



Receita Federal

Corregedoria

Apostila nº 5 Orientadora da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar

**Pareceres da AGU,
Formulações do Dasp e
Enunciados da CGU**

Dezembro de 2024

**Esplanada dos Ministérios, Bloco O, Ministério da Defesa, Anexo II, salas 513/515 - Brasília, DF
- CEP: 70049-900**

Fone: (61) 3412 6020/25 - e-mail: coger.df@rfb.gov.br

MINISTÉRIO DA FAZENDA
SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL
CORREGEDORIA-GERAL

PORTARIA COGER Nº 41, DE 5 DE JULHO DE 2012

(Publicada no Boletim de Pessoal MF nº 27, de 06/07/12)

Aprova as Apostilas Orientadoras da Aplicação
do Processo e do Regime Disciplinar.

O CORREGEDOR-GERAL DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 305, inciso III do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 587, de 21 de dezembro de 2010,

RESOLVE:

Art. 1º Ficam aprovadas as Apostilas Orientadoras da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar, bem como suas atualizações, disponíveis na Biblioteca Virtual da Corregedoria-Geral, na intranet da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Art. 2º As Unidades da Corregedoria-Geral, seja por seus servidores lotados e em exercício, seja, no que cabível, por servidores convocados ou designados como colaboradores eventuais, no desempenho de suas atribuições referentes a formalização, condução e demais atividades relativas a processos administrativos disciplinares e sindicâncias disciplinares de que trata o art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, deverão observar as orientações constantes das mencionadas Apostilas.

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

ANTONIO CARLOS COSTA D'ÁVILA CARVALHO



Apostilas Orientadoras da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar, aprovadas pela Portaria Coger nº 41, de 5 de julho de 2012

Apostila nº 1 Consolidação de Normas e Manifestações Vinculantes Aplicáveis ao PAD e Notas Técnicas Coger	Esta apostila compõe-se de duas partes, ambas com a característica comum de se limitarem a comandos de aplicação obrigatória. Consolidação de Normas e Manifestações Vinculantes Aplicáveis ao PAD é uma coletânea de dispositivos normativos (desde a Constituição Federal, passando por leis, até normas internas infralegais) e de manifestações administrativas (pareceres da AGU, enunciados da CGU e formulações do Dasp); e Notas Técnicas Coger são textos emitidos pela Corregedoria com o fim de uniformizar entendimento interno acerca de temas de interesse correcional.
Apostila nº 2 Legislação Básica	As apostilas de Legislação apresentam as informações acerca de publicação das normas, alterações sofridas, revogações, etc. As normas que se apresentam estão atualizadas, com as alterações embutidas. Para facilitar a pesquisa, as duas apostilas contêm índices explicativos, com reprodução dos assuntos abordados na norma (via de regra, reproduzindo a ementa), indicação se está reproduzida na íntegra ou em parte e lista das normas supervenientes que a alteram.
Apostila nº 3 Legislação Complementar	Apostila nº 2: Normas de aplicação direta e cotidiana, tais com a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, os dispositivos de interesse do Regimento Interno da RFB e a norma interna (e suas antecessoras) que regula a atividade correcional. Apostila nº 3: Normas de grande relevância para a matéria, que podem ser consideradas como fontes do processo disciplinar em geral e no âmbito da RFB, agrupadas em função do objetivo de seu emprego ou do assunto tratado.
Apostila nº 4 Jurisprudência (Decisões Judiciais)	Essas apostilas contêm decisões e pareceres sobre a matéria disciplinar. Apostila nº 4: Ementário de julgados das Cortes Superiores do Poder Judiciário federal, organizados por assunto, em ordem alfabética.
Apostila nº 5 Pareceres da AGU, Formulações do Dasp e Enunciados da CGU	Apostila nº 5: Contém a íntegra de praticamente todos os pareceres emitidos pela AGU sobre matéria disciplinar, desde 1993. Os pareceres estão organizados por assunto, em ordem alfabética, com alguns mecanismos para facilitar a busca em função do assunto desejado. O índice contém a reprodução da ementa e dos tópicos abordados. Além da pesquisa por assunto, o índice também permite pesquisa por numeração, pelo nome do Advogado-Geral da União que o aprovou. Além disso, ao final de cada grupo por assunto, destacam-se remissões a pareceres que, embora estejam em outro grupo, também abordam secundariamente aquele assunto. Quando aplicável, foi dado destaque ao fato de o parecer ser vinculante (aprovado e publicado). Constam ainda da apostila todas as formulações, pareceres e orientações normativas do antigo Dasp que se mantêm aplicáveis por estarem de acordo com o atual ordenamento e os enunciados emitidos pela CGU.

Elaboração (2004) e atualização:
Marcos Salles Teixeira

Apostila nº 5 Orientadora da Aplicação do Processo e do Regime Disciplinar

Pareceres da AGU, Formulações do Dasp e Enunciados da CGU

CONTEÚDO

(Após esta descrição do conteúdo, segue Índice com hyperlinks para o interior do texto)

PARECERES DA AGU, POR ASSUNTO

1 - ABANDONO DE CARGO

PARECER AGU Nº GQ-84 - Ementa: *Não implica nulidade do processo administrativo disciplinar a apuração do abandono de cargo consistente na tomada de depoimento, em vista dos boletins de frequência, exclusivamente do acusado que tinha conhecimento prévio do apuratório, na indicição, na apresentação de defesa e na elaboração do relatório final. Não nulifica o processo a inexistência de notificação do servidor a respeito dos direitos que as normas de regência lhe asseguram, no curso do apuratório, pois essa medida não decorre de imperativo de lei. Insere-se na área de competência do Presidente da República a aplicação das penalidades de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade também dos servidores das autarquias e das fundações públicas federais, incluídas as entidades universitárias.*

(Nota: O presente Parecer é anterior à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de abandono de cargo, e ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

Assuntos abordados neste Parecer: Não há nulidade por falta de notificação para acompanhar apuração se servidor assentiu ter ciência do processo.

PARECER AGU Nº GQ-143 - Ementa: *Em decorrência do disposto no art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, o total de mais de trinta faltas consecutivas ao serviço e a intencionalidade dessas ausências são conceptualmente os elementos constitutivos da infração disciplinar abandono de cargo.*

Assuntos abordados neste Parecer: Abandono de cargo se configura quando o servidor foge para frustrar a execução de prisão ordenada por autoridade judicial.

PARECER AGU Nº GQ-201 - Ementa: *Abandono de cargo. I - Na leitura do art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, para a demissão por abandono de cargo, são imprescindíveis a ausência ao serviço por mais de trinta dias e a intencionalidade dessa ausência. II - A prova da intenção*

incumbe à Administração. III - Ficou comprovada a ausência por mais de trinta dias, mas não logrou a Administração fazer a prova da intencionalidade, imprescindível para a caracterização do abandono de cargo. IV - Ao contrário, laudo médico registra a existência de distúrbio psiquiátrico. V - Não cabe, em consequência, a aplicação da pena extrema.

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova da intencionalidade de abandonar o cargo incumbe à Administração.

PARECER AGU Nº GQ-205 - Ementa: *Comprovado, às escâncaras, nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 53000.01259/97 o “animus” de abandonar o cargo por parte da servidora (...), poderá a autoridade superior, no caso o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, demiti-la com base no art. 132, inciso II e 138, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. II - A obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa foi, rigorosamente, observada pela Comissão Processante na apuração dos fatos que resultaram na indicição da servidora. III - Valor indiscutível dos laudos, perícias e pareceres técnicos emitidos por Juntas Médicas Oficiais, uma vez que têm preeminência sobre simples atestados médicos fornecidos por facultativos particulares.*

(Nota: Neste Parecer, há manifestações anteriores ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

Assuntos abordados neste Parecer: Laudos, perícias e pareceres técnicos emitidos por Juntas Médicas Oficiais têm preeminência sobre simples atestados médicos fornecidos por facultativos particulares.

PARECER AGU Nº GQ-210 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Abandono de cargo. Prescrição. Proposta de exoneração “ex officio”. Havendo nos autos quota do servidor manifestando sua intenção em desligar-se do serviço público, tal declaração deve ser recebida como pedido de exoneração, a ser concedida após declarada extinta a punibilidade pela prescrição.*

Assuntos abordados neste Parecer: Tendo manifestado intenção de abandonar o cargo, com punibilidade prescrita, o servidor deve ser exonerado a pedido e não *ex officio*.

PARECER AGU Nº GM-7 - Ementa: *Abandono de Cargo. Nulidade do processo. Ocorrência da prescrição. Exoneração ex officio. Apuração da responsabilidade pelas irregularidades constatadas. I - Nulidade do processo por cerceamento de defesa. II - A existência de sindicância preliminar não elimina a necessidade de repetir determinados atos processuais, dentre eles a citação. Os autos de sindicância constituem elementos informativos. III - O rito sumário não elimina a necessidade de oportunizar ao indiciado ampla defesa. Irregularidade na citação. Nulidade do processo que, retroagindo ao ato inicial, determinará, no caso presente, a prescrição da pretensão punitiva. IV - Extinta a punibilidade pela prescrição, e na permanência do abandono, deve o servidor ser exonerado “ex officio”, conforme entendimento já consagrado na Administração (Pareceres GQ-207 e GQ-211). V - As irregularidades constatadas aconselham a apuração de responsabilidades, conforme sugerido pela SAJ/PR.*

(Nota: Os Pareceres AGU nº GQ-207 e GQ-211, juntamente com os Pareceres AGU nº GQ-206 e GQ-214, foram considerados superados, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº GMF-6.)

(Nota: O Parecer AGU nº GM-7 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca do ilícito de abandono de cargo e de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-2.)

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade do processo por falta de publicação de portaria e de edital.

PARECER AGU Nº GMF-6 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Direito administrativo. Matéria disciplinar. Analogia com o direito penal. Abandono de cargo. Natureza permanente. Prescrição. Termo inicial. Cessação da permanência. I - As condutas que são objeto de persegui o na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avalia o do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto   contagem do prazo prescricional. II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configura o do abandono de cargo, mas também para a situa o de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorroga o de sua base consumativa. III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessa o da permanência. IV - Deve-se ter a supera o (“overruling”) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos Pareceres GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legisla o ordinária estadual.*

Assuntos abordados neste Parecer: Natureza jurídica do ilícito de abandono de cargo como permanente e termo inicial da prescri o a partir da cessa o da permanência.

PARECER AGU Nº AM-2 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Direito administrativo. Matéria disciplinar. Abandono de cargo. Ausência de apura o penal. Prescri o da pretensão punitiva da administra o pública. I - O prazo para a Administra o apurar eventual prática de abandono de cargo   de 5 anos, caso não tenha havido apura o na esfera penal. II - A utiliza o do prazo prescricional penal na esfera administrativa deve ser feita de forma reservada, restringindo-se aos casos em que já tenha sido deflagrada a atua o dos órgãos criminais competentes. III - Deve-se ter a supera o (“overruling”) das razões de decidir (“ratio decidendi”) sufragadas nos pareceres Pareceres GM-7 e GQ-144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.*

(Nota: O Parecer AGU nº AM-2 foi considerado superado, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº JL-6.)

Assuntos abordados neste Parecer: Prazo prescricional quinquenal do abandono de cargo. Para aplica o do prazo prescricional penal,   necessário existir inquérito policial ou a o penal.

PARECER Nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Direito administrativo disciplinar. Abandono de cargo. Diferenças entre os tipos penal e administrativo. Prazo prescricional penal. Possibilidade. Capitulação como crime. Desnecessidade de apuração criminal. Análise do caso concreto. Manutenção da superação dos pareceres gm-007 e gq-144. Revogação do parecer vinculante AM-02. 1. Nem toda infração de abandono de cargo é capitulada como crime de abandono de função; 2. No caso concreto, o tipo penal e o enquadramento administrativo podem incidir concomitantemente, situação em que se utilizará o prazo prescricional penal na esfera administrativa, mesmo que não haja apuração criminal; 3. O entendimento defendido nos pareceres GM-007 e GQ-144 não deve ser retomado a partir da revogação do Parecer AM-02, porquanto suas teses estão superadas.*

Assuntos abordados neste Parecer: Diferença entre ilícito administrativo de abandono de cargo e crime de abandono de função. Classificação do abandono de cargo como ilícito de natureza permanente. Prescrição do abandono de cargo.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-160, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL; e PARECER AGU Nº GQ-102, no tópico NULIDADE.

2 - ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS

PARECER AGU Nº GQ-7 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *A requisição, enquanto dure, não é de molde a sustar a eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais que exigem a compatibilidade de horários na acumulação de cargos públicos.*

Assuntos abordados neste Parecer: As exceções constitucionalmente permitidas de cargos acumuláveis requerem compatibilidade de horário. O afastamento para exercer cargo em comissão somente é permitido quando lícita a acumulação de dois cargos efetivos. O afastamento dos cargos efetivos, mesmo se requisitado pela Administração, não afasta a exigência constitucional de compatibilidade de horários.

PARECER AGU Nº GQ-145 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários. Com a superveniência da Lei nº 9.527, de 1997, não mais se efetua a restituição de estipêndios auferidos no período em que o servidor tiver acumulado cargos, empregos e funções públicas em desacordo com as exceções constitucionais permissivas e de má fé.*

(Nota: Alterado na parte final de seu parágrafo 27 pelo Parecer AGU nº AC-54.)

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-145 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca de limite de jornada de trabalho de sessenta horas semanais, pelo Parecer AGU nº AM-4.)

Assuntos abordados neste Parecer: Licitude da acumulação de cargo técnico, com jornada semanal de quarenta horas, com outro de professor, de vinte horas; ilicitude se ambos os cargos têm jornada de quarenta horas. Compatibilidade de horário. Falta de previsão para devolução dos estipêndios.

PARECER AGU Nº AC-54 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Administrativo. Servidor. Percepção simultânea de remuneração de cargo emprego ou função pública e de proventos de aposentadoria. Cargos acumuláveis na atividade. Compatibilidade de horários. Não incidência. I - É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (CF, art. 37, § 10). II - Para os cargos acumuláveis na forma do art. 37, XVI da Constituição, não se exige a comprovação da compatibilidade de horários quando o servidor está aposentado em um deles. Precedentes do STF e do TCU. III - Revisão parcial do PARECER AGU Nº AGU/GQ-145.*

Assuntos abordados neste Parecer: Licitude da acumulação da remuneração por exercício de cargo com proventos de aposentadoria se os cargos são cumuláveis na atividade. Desnecessidade de aferição de requisito de compatibilidade de horário se acumulação se dá com proventos de uma aposentadoria com remuneração de um cargo ativo. Revisão do parágrafo 27 do Parecer AGU nº GQ-145.

PARECER AGU Nº AM-4 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Administrativo. Legislação de pessoal. Acumulação de cargos públicos. Compatibilidade de horários. Art. 37, incs. XVI e XVII, da Constituição de 1988. 1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145. 2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos. 3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do tempus regit actum, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.*

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de excepcionalmente se conceder jornada semanal superior a sessenta horas com acumulação lícita de dois cargos.

3 - ASSÉDIO SEXUAL

PARECER Nº 1/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU - Ementa: *Direito Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual nas Autarquias e Fundações Públicas Federais da Procuradoria-Geral Federal. Uniformização de atuação e entendimento no âmbito da Procuradoria-Geral Federal como medida de segurança jurídica.*

(Nota: O presente Parecer, exarado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, vincula apenas as entidades da Administração Pública federal indireta.)

Assuntos abordados neste Parecer: Compreensão, para fim disciplinar, de assédio sexual como qualquer conduta de natureza sexual (ainda que única) que cause grave constrangimento. Enquadramento em valimento de cargo ou em incontinência pública ou conduta escandalosa. Aplicação vinculada de pena expulsiva.

PARECER AGU Nº JM-3 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Direito Administrativo Disciplinar. Assédio sexual e demais condutas que violam a dignidade sexual. Fixação de pena de demissão.*

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento em valimento de cargo ou em incontinência pública ou conduta escandalosa para as condutas de conotação sexual que afrontam a dignidade pessoal. Aplicação vinculada de pena expulsiva.

4 - COMPULSORIEDADE DA APLICAÇÃO DA PENA

PARECER AGU Nº GQ-167 - Ementa: *Configurada a infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, a apenação expulsiva torna-se compulsória. Os fatores de graduação de pena, enumerados no art. 128 da Lei nº 8.112, podem justificar punição mais grave que a expressamente cominada para o ilícito praticado.*

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena. Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Incontinência pública e conduta escandalosa.

PARECER AGU Nº GQ-177 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. Na hipótese em que o processo disciplinar seja nulo, deve assim ser declarado pela autoridade julgadora, vedado receber pedido de atenuação da penalidade como de revisão processual, pois é dever da Administração revisar seus atos inquinados de ilegalidade e o processo disciplinar é revisto quando há elemento de convicção capaz de demonstrar a inocência do servidor punido ou a inadequação da pena infligida. O entendimento externado por Consultoria Jurídica, no respeitante a processo disciplinar, constitui-se em simples ato de assessoramento e não se reveste do poder de vincular a autoridade julgadora. O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se*

admitindo sua presunção. Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha. O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.

Assuntos abordados neste Parecer: Verificadas autoria e infração, a pena de demissão não se atenua. Nulidade requer comprovação do efetivo dano à defesa. Consultoria jurídica é ato de mera assessoria, não vinculante.

PARECER AGU Nº GQ-183 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.*

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena.

PARECER AGU Nº GM-1 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na Administração Federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do Serviço Público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. A averiguação de transgressões disciplinares é compulsória e, dependendo de sua gravidade, pode ser efetuada por intermédio de processo disciplinar sem a realização prévia de sindicância. A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.*

Assuntos abordados neste Parecer: O fato de ex-servidor não mais integrar quadros da Administração impede apenas aplicação da pena, mas não o dever de apurar. Havendo reingresso, pena é aplicável. Sindicância não é pré-requisito do processo administrativo disciplinar.

PARECER AGU Nº GM-5 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Apurada a responsabilidade administrativa, em processo disciplinar em que observado o princípio do contraditório e assegurada ampla defesa, a aplicação da penalidade configura poder-dever, sem resultar de lei qualquer margem à discricionariedade do administrador público.*

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-128, no tópico DESÍDIA; PARECER AGU Nº GQ-121, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS; e PARECER AGU Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

5 - CONSULTORIA JURÍDICA

PARECER AGU Nº GQ-108 - Ementa: *A teor do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios são competentes para examinar processos disciplinares, mesmo que o julgamento destes caiba ao Presidente da República, que, a seu juízo, poderá submeter o assunto à apreciação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, previamente ao julgamento.*

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

Assuntos abordados neste Parecer: Competência para consultoria jurídica, que é ato de mera assessoria, não vinculante. No caso de nulidade desde a instauração, não se concretiza a interrupção da prescrição.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GQ-91, no tópico PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL.

6 - CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PARECER AGU Nº GQ-124 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Para a demissão fundamentada no inciso I do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, é imprescindível a existência de sentença judicial transitada em julgado condenando o servidor pela prática de crime contra a administração pública, sob pena de violação do disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.*

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento em crime contra Administração requer condenação judicial transitada em julgado. Independência das instâncias.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-121, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.

7 - DESÍDIA

PARECER AGU Nº GQ-128 - Ementa: *O servidor que, de forma dolosa, não observa normas técnicas que disciplinam o deferimento de títulos de relacionamento de granjas avícolas, inclusive omitindo-se na realização de vistorias das granjas e na análise dos projetos, relativos aos títulos de relacionamento, a fim de proporcionar o favorecimento de terceiros, incorre na falta disciplinar denominada “valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, não se caracterizando o procedimento desidioso.*

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Desídia não tem natureza dolosa.

PARECER AGU Nº GQ-164 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *À constatação da prática de infração “proceder de forma desidiosa”, a imputar-se em razão de fatos ligados à titularidade de cargo de confiança, é necessário o exame do método e volume dos trabalhos e das condições de funcionamento e acesso de servidores às dependências em que funciona a unidade administrativa dirigida pelo indiciado, na hipótese em que, no caso em apreciação, esses aspectos sejam considerados de relevo à formação do juízo de culpabilidade ou inocência. Em decorrência de a “lesão aos cofres públicos” corresponder ao crime de peculato, a respectiva ação corretiva extingue-se em dezesseis anos.*

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-164 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-3.)

Assuntos abordados neste Parecer: Prescrição computada conforme Código Penal (CP) quando a falta caracteriza-se também como crime, como exceção da independência das instâncias. Desídia.

PARECER Nº 1/2021/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo. Matéria disciplinar. Desídia. Caracterização. Conduta reiterada. Habitualidade. Doutrina. Jurisprudência. Desnecessidade de apuração disciplinar anterior. Ausência de previsão legal. Proporcionalidade. Ausência de discricionariedade. Conduta única. Possibilidade. Caracterização. Falta de zelo. Deslealdade. 1. Desídia refere-se à conduta reiterada, negligente, imprudente ou com falta de perícia, sem óbice de ser permeada pela consciência e pela vontade de atuar com desleixo, ou sem primor, dedicação, afinho ou interesse pelo serviço público. 2. A conduta desidiosa, para desencadear a aplicação da pena de demissão, pressupõe comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não um ato isolado, embora este último possa ser admitido, como exceção e na análise do caso concreto; 3. Um único ato de desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, indolência, inércia para com suas funções caracteriza-se como falta de zelo ou de deslealdade à instituição, passível de apuração aplicação de pena diversa; 4. Excepcionalmente, na esteira dos Pareceres Vinculantes GQ-127, 128, 140 e 164, admite-se a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta, da qual devem resultar graves consequências, o que deve ser analisado no caso concreto, uma vez que a habitualidade e reiteração da conduta continuam sendo requisito essencial, como regra da espécie; 5. Impossibilidade de mitigação da sanção prevista em lei e ausência de discricionariedade do julgador na aplicação da pena correspondente à desídia, pelo comando do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990; 6. O texto legal contido no Estatuto do Servidor Público Federal afasta eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e apresenta-se como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora ao impor a pena de demissão ao rol taxativo ali descrito, entre os quais se insere a conduta “proceder de forma desidiosa”, prevista no inciso XV, do art. 117 do Estatuto do Servidor Público Federal.*

Assuntos abordados neste Parecer: Desídia, em regra, é conduta habitual composta de reiterados atos culposos. Possibilidade de desídia por ato único grave. Desnecessidade de mau antecedente funcional por apenação com advertência ou suspensão em razão de quebra do dever de exercer atribuições com zelo e dedicação. Configuração de desídia impõe vinculada pena expulsiva, não cabendo dosimetria.

Ver também PARECERES AGU Nº GQ-127, GQ-140 e GQ-141, no tópico GRADAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

ENQUADRAMENTO SINGULAR OU MÚLTIPLO

Ver PARECER AGU Nº GQ-140, no tópico GRADAÇÃO DA PENA.

8 - EX-SERVIDOR

PARECER Nº 2/2018/CPPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Exoneração de servidor a pedido anterior à conclusão do PAD. Continuidade do apuratório. Possibilidade. Penalidade. Anotação nos assentamentos funcionais. Novo entendimento. Efeito prospectivo. 1 - Ainda que o servidor tenha pedido exoneração do cargo, deve-se proceder a apuração dos fatos tido por irregulares, por intermédio dos procedimentos disciplinares competentes, procedendo-se, inclusive, o julgamento definitivo, com a publicação da respectiva portaria, de modo que eventual penalidade nestes casos será anotada nos assentamentos funcionais em razão dos demais efeitos decorrentes da pena. 2 - A Administração Federal poderá recusar o pedido de exoneração quando em apuração os fatos irregulares praticados pelo servidor (art. 172, da Lei nº 8.112/90) ou, se já exonerado, anular o referido ato, se ficar definido que o pedido desta visava afastar a aplicação de eventual penalidade, pois se entende que o ato de exoneração é eivado de nulidade, sendo cabível a sua anulação e a respectiva punição do servidor, respeitado o devido processo legal. 3 - Atribuição de efeito prospectivo do novo entendimento jurídico, a teor do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784, de 1999.*

(Nota: O Parecer nº 2/2018/CPPAD/CGU/AGU foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca da possibilidade de anulação do ato de exoneração em caso de aplicação de demissão a ex-servidor ocupante de cargo efetivo e que antes se exonerou a pedido, pelo Parecer nº 3/2024/CNPAD/CGU/AGU.)

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de apuração de ilicitude cometida por aposentado, exonerado ou demitido e de aplicar os efeitos jurídicos de responsabilização expulsiva cabíveis a cada caso. Impossibilidade de converter em demissão exoneração de servidor ocupante de cargo efetivo deferida antes da instauração do processo disciplinar.

PARECER Nº 1/2023/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Direito administrativo. Processo administrativo disciplinar. Demissão decorrente de PAD. Prazo de incompatibilidade do ex-servidor para nova investidura em cargo público federal. Art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990. Art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990. Art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990. Teoria do "diálogo das fontes". Aplicação conjunta e harmônica das normas. Incidência do prazo de oito anos. Observância ao entendimento exarado pelo STF na ADI nº 2975. 1. O ordenamento jurídico pátrio possui, em plena vigência, o artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990, o qual instituiu inelegibilidade aos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos. 2. Via de consequência, os demitidos do serviço público após processo administrativo disciplinar não poderão tomar posse em novo cargo público pelo mesmo prazo de oito anos, pois o artigo 5º, inciso II, da Lei nº. 8.112, de 1990, impõe o pleno gozo*

dos direitos políticos pelo cidadão, como condição para investidura em cargos públicos. 3. O artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 137 da Lei nº 8.112, de 1990, sem se olvidar do entendimento exaradado pelo STF nos autos da ADI nº 2975, em que se estabeleceu, aos casos preceituados no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, a aplicação do prazo de, no mínimo, cinco anos, previsto no caput do mencionado artigo, de proibição de retorno ao serviço público aos demitidos pelas respectivas infrações. 4. Aplicando-se os dispositivos conjuntamente, há uma interseção entre os prazos, e, assim, os oito anos são aplicados para todas as demissões do serviço público, em decorrência do requisito de investidura em cargo público constante do artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990. 5. Assim, na prática, quaisquer demissões decorrentes de processo administrativo disciplinar incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

Assuntos abordados neste Parecer: Inegibilidade do demitido por qualquer enquadramento. Significado do pleno gozo dos direitos políticos inclui a elegibilidade. Aplicação da teoria do diálogo das fontes compatibiliza a alínea "o" do inciso I do art. 1º Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com inciso II do art. 5º e com o art. 137, ambos da Lei nº 8.112, de 11 dezembro de 1990. Vedação de retorno de oito anos para servidor demitido por qualquer enquadramento.

PARECER Nº 3/2024/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo. Registro adicional da penalidade de demissão nos assentamentos funcionais. Efeitos legais. proposta de revisão parcial do entendimento contido no parecer nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU. I - Apresenta-se juridicamente viável a aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, devendo haver, nesse caso, a preservação do ato de exoneração, cumulada com a realização do registro da penalidade de demissão nos assentamentos funcionais, a fim de que surta os devidos efeitos legais. II - Proposta de revisão parcial do entendimento consubstanciado no PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU.*

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de processo disciplinar em face de ex-servidor para apurar fato cometido ao tempo do exercício do cargo e de registro da pena nos assentamentos, com os efeitos jurídicos dela decorrentes. No caso de servidor efetivo que se exonera, não cabe anulação da exoneração, mantendo-se este ato e registrando-se a pena de demissão.

Ver PARECER AGU Nº GM-1, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GQ-168, no tópico JULGAMENTO.

9 - GRADAÇÃO DA PENA

PARECER AGU Nº GQ-127 - Ementa: *Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave.*

Assuntos abordados neste Parecer: Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Descumprimento do dever de promover imediata apuração. Desídia e inobservância de norma.

PARECER AGU Nº GQ-140 - Ementa: *Não se caracteriza o procedimento desidioso quando o servidor, ao afastar-se do serviço, durante o horário normal de expediente, com o intuito de preservar o normal atendimento aos segurados, assina fichas de concessão de benefícios previdenciários, sem o necessário preenchimento. O ato punitivo é fundamentado num só dispositivo legal nos casos de infração singular e de as plurais possuírem as mesmas características. Impõe-se a fundamentação múltipla na hipótese em que os fatos ilícitos apresentem diferenciação em suas conotações intrínsecas.*

Assuntos abordados neste Parecer: Incoerência na conclusão por cometimento de desídia e aplicação de suspensão. Não caracterização de desídia. Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Enquadramentos múltiplos apenas havendo irregularidades independentes.

PARECER AGU Nº GQ-141 - Ementa: *Configurada a infração disciplinar, a pena torna-se compulsória.*

Assuntos abordados neste Parecer: Afastamento da pena de demissão em conduta negligente. Desídia. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena.

Ver também PARECERES AGU Nº GQ-167 e Nº GQ-183, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GM-17, no tópico IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

10 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

PARECER AGU Nº GQ-200 - Ementa: *Improbidade administrativa - Conceito - Dolo do agente. I - Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta. II - Não provada a improbidade administrativa das servidoras, por convivência com as irregularidades praticadas pela Administração da entidade, não se há de aplicar as penas extremas de demissão às que se encontram na ativa e de cassação de aposentadorias às inativadas. III - Pelo arquivamento.*

Assuntos abordados neste Parecer: Conceito de improbidade administrativa requer comprovação do dolo do agente. Prescrição.

PARECER AGU Nº GM-17 - Ementa: *À caracterização de falta disciplinar como ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios que regem o Serviço Público é imprescindível considerar a natureza da infração e sua gravidade.*

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento em improbidade administrativa requer avaliação da natureza e da gravidade da infração. Improbidade por ato atentatório contra princípios. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena.

PARECER AGU Nº BBL-8 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Ato de improbidade. Demissão. Cassação de aposentadoria. Irretroatividade da norma a casos julgados. Art. 132, iv. Da lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. 1. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) possui natureza cível, sendo destinada à responsabilização dos agentes públicos e terceiros, integrando o sistema que tutela a probidade, respaldado no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal (CF) e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. 2. A aplicação do direito sancionador à tutela da probidade administrativa, não retira sua natureza cível, por isso não cabe a aplicação de todos os princípios e reservas do direito penal à tutela civil da probidade. 3. Reconhece-se a retroatividade da lei benéfica, instituto atinente ao Direito Penal, no Direito Administrativo Sancionador. Entretanto, a retroatividade deve respeitar os pressupostos do sistema constitucional que tutela a probidade. 4. A tipicidade da improbidade extrai-se do artigo 37, § 4º, da CF e a não retroatividade também é retirada do mesmo dispositivo constitucional que especifica a sua regulamentação por lei. 5. As inovações na LIA merecem interpretação sistemática a ser amparada principalmente no preceito constitucional de tutela da probidade. Considerando essa premissa, a retroatividade das novas disposições não pode levar a uma retroação irrestrita, pois significaria violação ao princípio da vedação do retrocesso e perda de eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º, da CF, bem como extinguiria o poder de autotutela da Administração, com grave reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo, na proteção ao patrimônio público e no direito da sociedade à gestão pública proba. 6. A probidade administrativa foi alçada a direito difuso fundamental no sistema de combate à corrupção definido pela CF, o que impede a retroatividade da norma de forma irrestrita, sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso no enfrentamento de irregularidades. 7. A retroatividade das alterações da LIA não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, reconhecendo-se no caso a aplicação da retroatividade temperada ou mitigada, por meio da qual a lei nova alcança e atinge os efeitos "futuros" de situações passadas consolidadas sob a vigência da lei anterior. As situações consolidadas na vigência da norma anterior submetem-se ao regime vigente ao tempo do seu processamento e decisão. 8. As inovações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior. 9. Aos atos ímprobos anteriores às inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados aplica-se as diretrizes da nova norma, diante a análise do caso em concreto, desde que a nova redação seja mais benéfica ao acusado. 10. No caso de atos praticados em momento anterior ao advento da Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados pela autoridade competente até a edição da referida lei, aplica-se a norma incidente ao tempo da prática dos respectivos atos (*tempus regit actum*), se, diante da análise do caso concreto, extrair-se que a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, apresenta-se mais maléfica ao acusado, em comparação com a redação anterior, insculpida na Lei nº 8.429, de 1992.*

Assuntos abordados neste Parecer: As alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, não retroagem em relação às penas já aplicadas ao tempo anterior às inovações. Aos atos ímprobos cometidos antes das

citadas alterações legais e ainda não julgados aplica-se a nova redação, se benéfica ao acusado.

PARECER Nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Ato de improbidade por enriquecimento ilícito punido com demissão. Patrimônio a descoberto. Art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990 c/c art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992. Alterações promovidas no tipo de improbidade pela Lei nº 14.230, de 2021. Incorporação de entendimento doutrinário e jurisprudencial. Segurança jurídica. Enriquecimento ilícito por acréscimo patrimonial não justificado. Dever do servidor de apresentar declaração de bens ao serviço de pessoal. Art. 13, § 3º, da Lei nº 8.429, de 1992 com redação dada pela Lei 14.230, de 2021, e art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993. Distribuição equânime do ônus da prova. Presunção de ilicitude da variação não justificada. Previsão legal no art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730, de 1993 e nos arts. 373 e 374, IV, do Código de Processo Civil. Interpretação que preserva a utilidade do tipo infracional. Proibição administrativa como direito fundamental. Enriquecimento ilícito por patrimônio a descoberto em convenções internacionais. Vedação ao retrocesso e garantia de proteção eficiente do direito fundamental à Administração proba.*

Assuntos abordados neste Parecer: As alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, apenas ratificaram os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sempre empregados acerca do enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. Presunção legal relativa e distribuição estática do ônus da prova entre Administração e servidor na apuração do enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial. Possibilidade de o servidor comprovar origem do incremento patrimonial desvinculada do cargo. Dever de transparência do servidor acerca de sua situação patrimonial em razão de sua relação especial de sujeição. Desnecessidade de se demonstrar o dolo específico de enriquecer ilicitamente, bastando a prova da desproporção patrimonial com descumprimento do dever funcional de transparência. Desnecessidade de demonstração do ato funcional antecedente, bastando a prova de que o enriquecimento ilícito se deu ao tempo da investidura no cargo. A proibição administrativa é um direito fundamental do regime republicano constitucional e as convenções internacionais que versam sobre combate à corrupção têm efeito supralegal, sendo vedado o retrocesso nesta área.

PARECER Nº 3/2023/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Direito administrativo disciplinar. Improbidade administrativa. Autonomia da infração disciplinar prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. Impossibilidade. Necessária caracterização de uma das condutas previstas na lei nº 8.429, de 1992 ou em outra lei que descreva o ato ímprobo. 1. A expressão “improbidade administrativa”, constante no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, é um elemento normativo jurídico, cujo conceito é dado pela Lei nº 8.429, de 1992 ou por outros tipos previstos em leis especiais, em respeito à norma prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. 2. As condutas enquadradas como atos de improbidade devem ser descritas na lei, e não emergir de interpretação da autoridade julgadora, em respeito aos princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica. 3. A tipificação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, requer, portanto, o enquadramento da conduta do servidor acusado em um dos tipos de improbidade descritos na Lei de Improbidade Administrativa ou outra lei que defina a conduta infracional de forma prévia, inequívoca (certa) e estrita. 4. Parecer com efeitos prospectivos em respeito ao art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784, de 1999 e aos arts. 24 e 30*

da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, com a redação conferida pela Lei nº 12.376, de 2010.

Assuntos abordados neste Parecer: Princípio da independências das instâncias para processar e para punir. Diferença entre termo jurídico indeterminado, que se densifica com trabalho hermenêutico, e elemento jurídico do tipo, que requer definição em lei. Argumentos a favor da tese da independência da configuração de improbidade administrativa em instância disciplinar em relação às definições materiais da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e argumentos a favor da tese da dependência daquela configuração àquelas definições materiais.

PARECER Nº 1/2024/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Pedido de revisão do parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União - Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito - Aquisição de bens em valor desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público - Indeferimento do pedido de revisão - Proposta de adoção do procedimento previsto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993. I - Não merece prosperar a argumentação externada pela Requerente, de modo que deve ser indeferido o pedido de revisão do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU. II - Com vistas a se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal ao posicionamento consubstanciado neste opinativo, propõe-se a adoção do procedimento previsto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993.*

Assuntos abordados neste Parecer: Em termos de apuração de enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, se requer da Administração, com parte que lhe incumbe na distribuição de ônus probante, provar a desproporção ocorrida ao tempo do exercício do cargo, não se requerendo a comprovação da conduta funcional ilícita antecedente. O ônus de provar a origem dissociada do cargo é da defesa, em razão de seu dever de transparência patrimonial. Este enquadramento requer comprovação do dolo, que se dá pelas circunstâncias externadas pela conduta, e que não exige especial fim de agir.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-165, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS; e PARECER AGU Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

11 - INASSIDUIDADE HABITUAL

PARECER AGU Nº GQ-122 - Ementa: *O elemento conceitual “sem justa causa” é imprescindível à configuração do ilícito inassiduidade habitual a que alude o art. 139 da Lei nº 8.112, de 1990.*

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova de ausência de justa causa, na inassiduidade habitual, incumbe à Administração.

PARECER AGU Nº GQ-147 - Ementa: *I - Recurso impróprio que, apresentado dentro do prazo legal, pode ser recebido como pedido de reconsideração. II - No Processo Administrativo Disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração. III - Para a configuração da inassiduidade habitual imputada ao servidor era imprescindível a prova da ausência de justa causa para as faltas ao serviço. A Comissão Processante não produziu a prova, limitando-se a refutar as alegações do servidor. Inverteram-se as posições, tendo a Comissão presumido a*

ausência de justa causa, deixando ao servidor a incumbência de provar sua ocorrência. IV - Não provada a ausência de justa causa, não seria de aplicar-se a penalidade extrema ao servidor. V - O pedido de revisão deve ser provido para invalidar a demissão do servidor, com a sua conseqüente reintegração, na forma do art. 28 da Lei nº 8.112, de 1990.

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova de ausência de justa causa, na inassiduidade habitual, incumbe à Administração. Pedido de reconsideração e revisão processual.

PARECER AGU Nº GQ-156 - Ementa: *Processo Administrativo Disciplinar nº 427/97 - GMEX. O relatório conclusivo da Comissão de Inquérito, que o conduziu, se acha díssono com os documentos que integram os autos. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora, no caso o Chefe do Poder Executivo, poderá, motivadamente, isentar o servidor de responsabilidade (cf. o art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90).*

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova de ausência de justa causa, na inassiduidade habitual, incumbe à Administração. Relatório contrário à prova dos autos não vincula o julgador.

PARECER AGU Nº GQ-160 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Os elementos conceituais “ausência intencional” e “sem justa causa” são imprescindíveis à configuração dos ilícitos respectivamente abandono de cargo e inassiduidade habitual a que se referem os arts. 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 1990.*

Assuntos abordados neste Parecer: Abandono de cargo e inassiduidade habitual requerem comprovação, por parte da Administração, de que faltas foram intencionais ou sem justa causa.

PARECER AGU Nº GQ-193 - Ementa: *Demissão de servidor público por inassiduidade habitual com base nos arts. 141, inciso I, 132, inciso III e 139, da Lei nº 8.112, de 11.12.90. Deve-se assegurar ao acusado, no processo administrativo disciplinar, a ampla defesa. A falta de oitiva das testemunhas arroladas pela defesa constitui vício insanável. É de ser anulado, em razão disso, o processo contaminado, devendo ser constituída nova Comissão Processante, com fundamento no art. 169 da Lei 8.112/90.*

Assuntos abordados neste Parecer: Inassiduidade habitual. Rito sumário não afasta a produção de provas, se necessária para o esclarecimento do fato. Nulidade decorrente de cerceamento à defesa.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-84, no tópico ABANDONO DE CARGO.

12 - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

PARECER AGU Nº GQ-121 - Ementa: *A substituição ou omissão de dispositivo legal na indicição, por si só, não implica prejuízo para a defesa, não advindo, daí, nulidade do processo disciplinar. Somente se configura a inobservância da proibição ínsita ao inciso XVIII*

do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, quando o servidor desempenha atividade, incompatível com o exercício do cargo, durante o horário de trabalho.

Assuntos abordados neste Parecer: Independência das instâncias. Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Enquadramento em crime contra Administração requer condenação judicial transitada em julgado. Possibilidade de alteração do enquadramento proposto na indicição. Participação na gerência ou administração de empresa. Atividade incompatível durante o horário de trabalho.

PARECER AGU Nº GQ-165 - Ementa: *O ato de improbidade que enseja a rescisão contratual, com justa causa, possui sentido amplo e, por esse aspecto, não correspondente, necessariamente, ao crime de estelionato ou de concussão. A absolvição judicial, calcada na insuficiência de prova, não invalida a aplicação de penalidade administrativa a servidor regido pela legislação trabalhista. A reintegração versada nos arts. 28 e 182, da Lei nº 8.112, de 1990, não se aplica no caso de demissão de servidor celetista, efetuada anteriormente à vigência desse Diploma Legal.*

Assuntos abordados neste Parecer: Independência das instâncias. Absolvição judicial por insuficiência de prova não invalida penalidade administrativa.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-124, no tópico CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PARECER AGU Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*; e PARECER AGU Nº GQ-55, no tópico NULIDADE.

13 - IN DUBIO PRO REO, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ÔNUS DA PROVA

PARECER AGU Nº GQ-136 - Ementa: *A penalidade do servidor deve adstringir-se às faltas sobre as quais existam, nos autos, elementos de convicção capazes de imprimir a certeza quanto à materialidade da infração e à autoria. No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração.*

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova da irregularidade incumbe à Administração. Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Ressarcimento do dano causado ao erário não elide a responsabilização.

PARECER AGU Nº GQ-139 - Ementa: *À apenação é imprescindível que estejam demonstradas, de maneira convincente, a materialidade e a autoria da infração, hipótese em que a edição do ato disciplinar torna-se compulsória. A caracterização da inobservância da proibição de receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, compreendida no art. 117, XII, da Lei nº 8.112, de 1990, pressupõe o exercício regular das atribuições cometidas ao servidor.*

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento no inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, decorrente das atribuições regularmente desenvolvidas pelo servidor. Ônus da prova da irregularidade incumbe à Administração.

PARECER AGU Nº GQ-173 - Ementa: *A Administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado.*

Assuntos abordados neste Parecer: *In dubio pro reo.* Dúvida acerca da responsabilidade impede imposição de pena.

PARECER AGU Nº GQ-182 - Ementa: *A Administração deve editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida a respeito da responsabilidade administrativa do indiciado. A dúvida induz à exculpação.*

Assuntos abordados neste Parecer: *In dubio pro reo.* Dúvida acerca da responsabilidade impede imposição de pena.

PARECER AGU Nº GM-3 - Ementa: *O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa. Incumbe à Administração apurar as irregularidades verificadas no Serviço Público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna. Apuradas a materialidade da infração e a autoria, por intermédio de processo disciplinar em que se assegurou o exercício do direito de defesa, e se o servidor tinha capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua atuação funcional, a irrogação da penalidade torna-se compulsória, sem margem à discricionariedade da autoridade julgadora e à constatação do dolo. À responsabilização administrativa por proceder o servidor de forma desidiosa, no exercício de cargo ou função de confiança, é imprescindível o exame da conduta do indiciado em face de fatores variados e condicionantes de sua realização funcional.*

Assuntos abordados neste Parecer: Independência das instâncias. Enquadramento em crime contra Administração requer condenação judicial transitada em julgado. Conceitos de atos de improbidade e de desídia. Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. *In dubio pro reo.*

PARECER AGU Nº GM-14 - Ementa: *Uma vez inibida a ação corretiva do Estado pela prescrição, anota-se esta e a conclusão da comissão processante na pasta de assentamentos funcionais dos indiciados e arquivam-se o processo disciplinar.*

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova da irregularidade incumbe à Administração. Anotação do fato em assentamentos funcionais quando prescrita a punibilidade.

PARECER Nº 1/2020/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Direito administrativo. Procedimento disciplinar. Cessão de servidor público. Possibilidade. Princípio da presunção de inocência consagrado na carta magna, em seu art. 5º, inciso LVII. A mera existência de sindicância ou de processo administrativo disciplinar não constitui, por si só, óbice à cessão do respectivo servidor público, tendo em vista tanto a observância ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, quanto a inexistência de qualquer previsão legal proibitiva, salientando-se*

que a autorização da cessão se insere no âmbito da discricionariedade da autoridade administrativa, atendidos os requisitos legais.

Assuntos abordados neste Parecer: Critérios para ocupação de cargo em comissão e de função de confiança e para cessão de servidor. Presunção de Inocência.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-201, no tópico ABANDONO DE CARGO; e PARECERES AGU Nº GQ-122, GQ-147 e GQ-156, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL.

14 - JULGAMENTO, LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS, RELATÓRIO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS, AGRAVAMENTO

PARECER AGU Nº GQ-60 - Ementa: *Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94. Acusados, respectivamente, ex-Diretor-Geral e ex-Diretor-Geral Adjunto de Operações do Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS. Erro na classificação das infrações disciplinares. No julgamento proferido por autoridade incompetente foram cominadas penas inadequadas e contrárias às provas dos autos. Necessidade de acerto e agravamento das penalidades impostas aos acusados, na conformidade das razões fáticas e jurídicas apresentadas pela Comissão Especial, criada pelo Decreto nº 1001, de 6 de dezembro de 1993. Cabe ao Presidente da República nos precisos termos do art. 141, da Lei nº 8.112/90, aplicar penalidades quando se tratar de demissões, cassações de aposentadorias de servidores vinculados ao Poder Executivo. Revisão do Processo Disciplinar 06000.003405/94. O não acatamento das premissas argüidas neste parecer enseja a determinação, de ofício, da instauração de processo de revisão, na conformidade do art. 174, da Lei nº 8.112/90. Remessa dos autos ao órgão do Ministério Público para as providências cabíveis, tendo em vista os delitos praticados pelos acusados contra a Administração Pública Federal.*

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

Assuntos abordados neste Parecer: Competência para aplicar penas. Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Relatório contrário à prova dos autos não vincula o julgador. Anulação de julgamento ilegal e promoção de novo julgamento, ainda que agravando proposta decisão inicial. Conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão.

PARECER AGU Nº GQ-135 - Ementa: *Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade.*

Assuntos abordados neste Parecer: Desde que não contrárias às provas dos autos, as conclusões da comissão devem ser acolhidas no julgamento.

PARECER AGU Nº GQ-149 - Ementa: *Processo Administrativo Disciplinar. A autoridade julgadora não se vincula, obrigatoriamente, ao relatório conclusivo da comissão processante,*

quando contrário às provas dos autos, podendo, se assim o desejar, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la e até mesmo isentar o indiciado de responsabilidade (art. 168, da Lei nº 8.112/90). O ato de julgamento deverá ser, então, motivado pela autoridade competente, apontando, na sua peça expositiva, as irregularidades havidas no iter inquisitivo, tornando-se, desse modo, imune às interpretações e conseqüências jurídicas que poderão advir de seu ato. No caso sob exame, há a necessidade de que seja feita adenda à Exposição de Motivos oferecida à consideração da autoridade superior, evitando-se, com isto, a configuração do chamado julgamento extrapolante. Sugestão de devolução dos autos do processo à origem para que seja motivada a proposta de aplicação da pena demissória.

Assuntos abordados neste Parecer: Livre apreciação da prova. Relatório contrário a prova dos autos não vincula o julgador.

PARECER AGU Nº GQ-168 - Ementa: *Na hipótese em que a penalidade administrativa tenha sido infligida com observância das normas legais e constitucionais, constituindo-se em ato perfeito e acabado, descabe a modificação deste para consignar fato diverso daquele que ensejou a pena e sem efeito retroativo.*

Assuntos abordados neste Parecer: Apuração de outra irregularidade por servidor já demitido. Anotação do fato em assentamentos funcionais. Descabe modificação de ato que aplicou penalidade conforme normas legais.

PARECER AGU Nº GQ-176 - Ementa: *No sistema da livre apreciação das provas, vigente no Direito Positivo pátrio, quando o relatório da comissão processante contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora que não se vincular às suas conclusões, poderá, motivadamente, agravar a penalidade sugerida, abrandá-la ou isentar o indiciado de responsabilidade (cf. o art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90). No caso, há que se inferir que a autoridade instauradora do Processo Administrativo Disciplinar em tela, na formação de sua livre convicção, sugeriu à autoridade julgadora, o Chefe do Poder Executivo, que comine ao servidor indiciado a pena de demissão, por abandono de cargo, ficando ao alvedrio deste aplicá-la ou não.*

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

Assuntos abordados neste Parecer: Relatório contrário a prova dos autos não vincula o julgador.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GQ-35, no tópico PORTARIA INSTAURADORA.

NOVO ACUSADO OU INFRAÇÃO CONEXA

Ver PARECERES AGU Nº GQ-55, GQ-98 e GQ-100, no tópico NULIDADE.

15 - NULIDADE, CERCEAMENTO À DEFESA E PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

PARECER AGU Nº GQ-10 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Decreto nº 20.910/32. Prescrição quinquenal. Postulação deduzida perante a Administração Pública, objetivando rever ato com vício de nulidade, acha-se sujeita à prescrição quinquenal, na conformidade do que estabelece o Decreto nº 20.910/32. A matéria tem merecido do Poder Judiciário, através de iterativos arestos de seus Pretórios, entendimento divergente do consagrado no Parecer JCF-11, de 30.01.1991 (anexo ao Parecer CR/CG nº 01, de 11.02.1992), motivo pelo qual deve ser revisto, para se conformar à doutrina e jurisprudência vigorantes. Acatamento do Parecer CJ nº 074/MJ, de 25.03.1993, do Ministério da Justiça que abordou de modo correto os aspectos jurídicos da questão e as razões para a revisão pleiteada.*

Assuntos abordados neste Parecer: Prescreve em cinco anos o direito de se pleitear à Administração que reveja ato nulo ou anulável, não se podendo relevar.

PARECER AGU Nº GQ-25 - Ementa: *Na hipótese em que o processo disciplinar esteja inquinado do vício de cerceamento de defesa, deve ser declarada sua nulidade e designada nova comissão de inquérito para proceder à nova apuração dos fatos, mas se não o converte em sindicância, dada a inadequação dessa medida com a situação apuratória dos fatos e a falta de previsão legal, para tanto.*

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade detectada em processo administrativo disciplinar (PAD) implica designação de nova comissão de inquérito, não havendo previsão legal para convertê-lo em sindicância. Sindicância não é pré-requisito do processo administrativo disciplinar (PAD).

PARECER AGU Nº GQ-37 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *O servidor envolvido na prática de infrações disciplinares, objeto de processo administrativo, há de ser notificado a respeito dos depoimentos das testemunhas, em consequência de o inquérito jungir-se ao princípio do contraditório. No entanto, a quantidade de provas, inclusive a reiterada confissão do servidor e seu representante legal, que evidencie, de forma inconteste, a existência do fato, a autoria e a ampla defesa assegurada, autoriza a ilação da regularidade do apuratório. É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa. Às informações consignadas na indicição, por força do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, não se acrescem formalidades desprovidas de previsão legal, de modo a obstar a validade de documento adequado, inquinando de nulidade o processo disciplinar. Com o intuito de impedir influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade, não se consignam, no ato de instauração do processo disciplinar, os ilícitos e respectivos preceitos transgredidos, bem assim os possíveis autores. Por imperativo de Lei, são adnumerados na indicição. A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório.*

Assuntos abordados neste Parecer: Notificação do depoimento de testemunhas ao envolvido. Oitiva de testemunha após o interrogatório do acusado. Cerceamento à defesa

requer prejuízo. Não se indicam irregularidades e autores na portaria de designação, mas sim na indicição. No processo administrativo disciplinar (PAD), conteúdo dos autos prevalece em relação à sua forma. PAD não tem sindicância como pré-requisito e a validade daquele não depende da validade desta.

PARECER AGU Nº GQ-55 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercer o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. Na hipótese em que ressaia da apuração dos fatos a culpabilidade de servidor não acusado, no mesmo processo, deverá ser imediata e expressamente notificado quanto a esse aspecto e à faculdade ínsita ao art. 156, supramencionado, assegurando-se-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa. A falta constatada no curso do processo deverá ser nele apurada, desde que conexa com as que ensejaram o apuratório ou, se não houver conexidade, essa medida não resulte em danos consideráveis para a conclusão ágil dos trabalhos. Caso contrário, a c.i. deve alvitrar a designação de outro colegiado, incumbido de investigar a infração. O prazo para a Administração exercer o poder-dever de infligir penalidade começa a correr da data em que tem conhecimento do fato delituoso. O poder de julgar a regularidade das contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, inscrito na esfera de competência do colendo Tribunal de Contas da União, não inibe a ação disciplinar do Estado, salvo se for negada a existência do fato ou a autoria.*

Assuntos abordados neste Parecer: Contraditório e ampla defesa. Momento de notificar acusado. Surgimento de outro acusado ou de infração conexa. Termo inicial da contagem da prescrição. Independência da instância disciplinar em relação ao Tribunal de Contas da União (TCU).

PARECER AGU Nº GQ-66 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Após a vigência da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, torna-se necessário, ainda na fase instrutória, facultar vista dos autos ao acusado em processo administrativo disciplinar, para que possa requerer o que for de direito.*

Assuntos abordados neste Parecer: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, exige instrução contraditória, cuja afronta enseja nulidade.

PARECER AGU Nº GQ-87 - Ementa: *É insuscetível de nulificar o processo disciplinar o fato de não haver sido publicada a portaria de designação de comissão de inquérito, desde que considerada a data do mesmo ato como de início do prazo estipulado para a conclusão do processo disciplinar e, em decorrência, não se constate infringência ao princípio do contraditório. A comissão de inquérito não é obrigada a especificar, no ato de notificação da instauração do processo disciplinar, os direitos que as normas processuais asseguram ao acusado durante a apuração da irregularidade, medida somente exigível se estatuída em lei, "stricto sensu". A conduta do servidor tendente a procrastinar seu retorno ao desempenho das respectivas atribuições, após ser notificado do término do prazo de afastamento legalmente autorizado para que frequentasse curso de aperfeiçoamento, no exterior, não é*

de molde a tipificar a infração disciplinar “proceder de forma desidiosa”, vez que à sua caracterização é imprescindível o real exercício do cargo.

Assuntos abordados neste Parecer: Desnecessidade de publicação de portaria instauradora. Desídia pressupõe exercício das atribuições. Nulidade por falta de notificação de oitiva.

PARECER AGU Nº GQ-98 - Ementa: *É nulo o processo disciplinar em que se define a autoria previamente à apuração dos fatos, o servidor é qualificado como indiciado durante toda a evolução do processo, não se efetua a indicição e são tomados depoimentos sem notificar-se o acusado, para presenciá-los.*

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade. Indicação de irregularidade e autor na portaria de instauração. Falta de notificação do acusado para acompanhar testemunhos. Surgimento de outro acusado ou de infração conexa. Pré-julgamento em proposta punitiva sem indicição.

PARECER AGU Nº GQ-99 - Ementa: *O cerceamento de defesa, por ser um fato, não se presume; porém, há de ser demonstrado, em face do contexto do processo disciplinar.*

Assuntos abordados neste Parecer: Cerceamento de defesa deve ser provado e não apenas presumido. Ausência de advogado no interrogatório do acusado. Oitiva de testemunha após o interrogatório do acusado.

PARECER AGU Nº GQ-100 - Ementa: *É imprescindível declarar-se a nulidade de processo administrativo disciplinar, originária da inobservância do princípio do contraditório de que resulta prejuízo para a defesa.*

Assuntos abordados neste Parecer: Inobservância do contraditório. Nulidade. Indicação de irregularidade e autor na portaria de instauração. Escolha entre sindicância e processo administrativo disciplinar (PAD). Surgimento de outro acusado ou de infração conexa.

PARECER AGU Nº GQ-102 - Ementa: *É insuscetível de nulificar o processo o fato de haver a comissão de inquérito intimado o acusado a prestar depoimento, sem notificá-lo no respeitante aos direitos que lhe são assegurados nas normas pertinentes, durante o curso do processo, dada a inexistência de lei que contemple a última medida. A falta de depoimento do indiciado, por si só, não significa inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a conseqüente nulidade, nem obsta a tipificação do ilícito. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 138, modificou o conceito da infração abandono de cargo, do que resulta sua caracterização quando se constata mais de trinta ausências consecutivas e a intencionalidade em faltar ao serviço.*

Assuntos abordados neste Parecer: Não são causas de nulidade a falta de notificação ao acusado do teor do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a falta de interrogatório do acusado, embora regularmente intimado. Materialização do abandono de cargo, mediante configuração da intencionalidade.

PARECER AGU Nº GQ-138 - Ementa: *Não implica nulidade do processo disciplinar a falta de publicação do ato de sua instauração, pois dessa omissão não advém prejuízo para o contraditório ou a defesa. A indicição tem a finalidade de facilitar ao servidor a verificação*

das irregularidades que a ele sejam atribuídas e o exame das respectivas provas, proporcionando oportunidade de contraditar-se a acusação, razão pela qual sua inexistência pode resultar em nulidade do processo disciplinar que, de forma analítica, verse sobre assunto complexo. O fato de o representante legal do indiciado receber a citação para o servidor apresentar defesa, por si só, não é fator nulificante do processo disciplinar.

Assuntos abordados neste Parecer: Falta de publicação do ato de instauração. Alegação de insanidade mental. Citação do acusado entregue a seu representante. Nulidade por ausência de indicição.

PARECER AGU Nº GQ-152 - Ementa: *Processo Administrativo Disciplinar nº 02024.000839/96-57. Declaração de nulidade parcial do processo administrativo disciplinar no qual se depara com a falta da citação por edital do indiciado no Diário Oficial da União (cf. o art. 163, da Lei nº 8.112/90). Convalidação dos atos praticados antes da fase citatória, desde que julgados válidos por nova Comissão Processante (cf. o art. 169, da Lei nº 8.112/90). Aceitação dos argumentos jurídicos esposados na Nota nº 2137/97-SAJ/PR-JM, de 10.07.97.*

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade parcial. Citação por edital. Convalidação de atos anteriores.

PARECER AGU Nº GM-4 - Ementa: *Direito Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Comissão Processante. Existindo vícios insanáveis no processo no respeitante à duplicidade de opiniões que encerram contradições evidentes e anacrônicas, deve-se declarar a sua nulidade parcial, devendo a autoridade que determinou a sua instauração, ou outra de hierarquia superior, ordenar que seja constituída outra Comissão para a feitura de novo processo.*

Assuntos abordados neste Parecer: Designação de outra comissão diante de vícios insanáveis.

PARECER Nº 4/2018/CPPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Instauração. Autoridade incompetente. Convalidação. Possibilidade. Art. 55 da Lei nº 9.784/1999. Prescrição. Art. 142 da Lei nº 8.112/1990. Há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição.*

Assuntos abordados neste Parecer: Fase de instauração e competência instauradora. Atos administrativos inexistentes, válidos, nulos, anuláveis e irregulares. Formas de convalidação de atos administrativos anuláveis (por ratificação, reforma ou conversão). Convalidação, por ratificação, da instauração de processo disciplinar por autoridade incompetente, por meio do julgamento da autoridade julgadora.

Ver também PARECERES AGU Nº GQ-84 e GM-7, no tópico ABANDONO DE CARGO; PARECER AGU Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; PARECER AGU Nº GQ-108, no tópico CONSULTORIA JURÍDICA; PARECER AGU Nº GQ-193, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL; PARECER AGU Nº GQ-121, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS

INSTÂNCIAS; PARECER AGU Nº GQ-35, no tópico PORTARIA INSTAURADORA; e PARECER AGU Nº GQ-28, no tópico REVISÃO PROCESSUAL.

OITIVA DE TESTEMUNHA POSTERIOR AO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

Ver PARECER AGU Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; PARECER AGU Nº GQ-37, no tópico NULIDADE; e PARECER AGU Nº GQ-99, no tópico NULIDADE.

PERÍCIA, LAUDO E ATESTADO MÉDICOS

Ver PARECERES AGU Nº GQ-201 e GQ-205, no tópico ABANDONO DE CARGO; e PARECER AGU Nº GQ-138, no tópico NULIDADE.

16 - PERDA DO CARGO

PARECER Nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo. Perda da função pública. Demissão em decorrência de cumprimento de ordem judicial. Cassação de aposentadoria. I. Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo, deixando claro que não se trata de demissão decorrente de penalidade disciplinar, mas mero cumprimento à ordem judicial. II. A determinação judicial de perda da função pública alcança o cargo efetivo, salvo disposição judicial expressa em sentido contrário. III. Caso o servidor se encontre aposentado é possível realizar a cassação de sua aposentadoria. IV. A autoridade administrativa tem o dever de proceder ao cumprimento da decisão, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, visto que o princípio do contraditório e da ampla defesa já foram plenamente observados e exercidos nos rigores da Lei Processual Cível e Penal. V. Caso o servidor já se encontre demitido em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar anterior, entende-se, ainda assim, necessária a edição de nova Portaria em cumprimento à decisão judicial que determinou a perda da função pública.*

Assuntos abordados neste Parecer: Necessidade de portaria de demissão em caso de decisão judicial de perda do cargo, mesmo que já seja ex-servidor. Possibilidade de decisão judicial acarretar cassação de aposentadoria se já for inativo.

17 - PORTARIA INSTAURADORA

PARECER AGU Nº GQ-12 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: (...) *No ato de designação da comissão de inquérito, não devem ser consignadas as infrações a serem apuradas, os dispositivos infringidos e os nomes dos possíveis responsáveis. Dos servidores a serem*

designados para integrar comissão processante poderão ser exigidas condições pessoais não previstas em lei.

Assuntos abordados neste Parecer: Processo administrativo disciplinar (PAD) não tem sindicância como pré-requisito. Indicação de irregularidade e de autor na portaria de instauração. Qualificações pessoais dos integrantes da comissão processante.

PARECER AGU Nº GQ-35 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Apura-se a responsabilidade administrativa dos servidores em geral, incluídos os titulares unicamente de cargos de natureza especial ou em comissão. Em relação aos últimos, são imperativas a indicição e defesa, ainda que tenha ocorrido sua exoneração, pois essa desvinculação é suscetível de conversão em destituição de cargo em comissão, na conformidade da Lei nº 8.112, de 1990, salvo se os fatos ilícitos precederam sua edição. A comissão de inquérito efetiva a apuração dos fatos na fase instrutória, com independência e imparcialidade, e somente indicia se comprovadas a falta e respectiva autoria. Não constitui nulidade processual a falta de indicição de quem o tenha sido em processo anterior, instaurado em virtude dos mesmos fatos, mas sendo este inacabado pelo decurso do prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos de apuração. Não é fator impeditivo da punição de servidor comprovadamente faltoso o aspecto de seus superiores hierárquicos, também envolvidos nas mesmas irregularidades, não terem sido indiciados porque a desvinculação destes do cargo de confiança tornou inviável a infligção de penalidade. A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos.*

Assuntos abordados neste Parecer: Processo disciplinar se aplica por atos cometidos por servidores tanto no exercício de cargo efetivo quanto no exercício unicamente de cargo em comissão. Conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão é aplicável somente a partir da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Impossibilidade de indicição de ex-servidor, defendida neste Parecer, é exclusivamente em função da situação específica da falta de previsão legal à época para responsabilização administrativa. Indicação de irregularidade e de autor na portaria de instauração. Relatório contrário à prova dos autos não vincula o julgador. Subordinação funcional somente se dá para cargo em comissão. Não há hierarquia entre cargos efetivos.

Ver também PARECERES AGU Nº GQ-37, GQ-87, GQ-98, GQ-100 e GQ-138, no tópico NULIDADE.

18 - PRESCRIÇÃO

PARECER AGU Nº GQ-144 - Ementa: *A designação de nova comissão de inquérito para prosseguir na apuração de irregularidade objeto do processo disciplinar inicial não interrompe, de novo, o curso do prazo prescritível, dado que a interrupção aludida no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, no tocante ao mesmo fato, ocorre uma só vez. A “decisão final” que, a teor do § 3º do mesmo art. 142, faz cessar a interrupção do transcurso do prazo de prescrição é pertinente ao processo disciplinar inicial válido, não repercutindo, como causa extintiva da ação disciplinar, aquela adotada em apuratório posterior, relativo à*

mesma irregularidade. O abandono de cargo é previsto como crime e, por esse fato, sua punibilidade extingue-se em dois anos.

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-144 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca do ilícito de abandono de cargo e de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-2.)

Assuntos abordados neste Parecer: Interrupção da prescrição ocorre apenas uma vez. Abandono de cargo configura crime sua prescrição ocorre em dois anos.

PARECER AGU Nº GQ-159 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *A fim de obstar a perpetuação do poder de o Estado infligir penalidade ao servidor que tenha praticado infração disciplinar, presume-se que a apuração e a “decisão final”, esta capaz de fazer cessar a interrupção do prazo prescricional proveniente da instauração do processo, tenham se verificado nos períodos a que aludem os arts. 152 e 167 da Lei nº 8.112, de 1990, findos os quais termina a interrupção e recomeça a contagem de novo prazo.*

Assuntos abordados neste Parecer: Interrupção do prazo de prescrição.

PARECER AGU Nº GMF-3 - Ementa: *I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/1990. II. No âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.*

Assuntos abordados neste Parecer: Observância da declaração de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A prescrição impede o registro do fato nos assentamentos funcionais.

PARECER AGU Nº AM-3 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Prescrição da ação disciplinar. Incidência do § 2º do art. 142, da lei nº 8.112, de 1990, nas infrações administrativas disciplinares. Possibilidade. Necessidade de apuração da mesma conduta do indiciado na esfera criminal. 1. Incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal. 2. Necessidade de revisão do Parecer AGU nº GQ - 164, publicado no DOU de 28.09.98, diante da jurisprudência predominante perante o Superior Tribunal de Justiça. 3. Nesse sentido, consoante já afirmava a extinta Consultoria-Geral da República em reiterados pareceres e ratificado por esta Instituição por meio do Parecer AGU nº GQ-10, publicado no DOU de 01.11.93 - a "orientação administrativa não há que estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito", por essa razão o Parecer AGU nº GQ-164, DOU de 28.09.98, deve ser revisto. 4. Portanto, deve-se ter a superação (“overruling”) das razões de decidir (“ratio decidendi”) sufragadas no Parecer AGU nº GQ-164, com eficácia prospectiva, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.*

(Nota: O Parecer AGU nº AM-3 foi considerado superado, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº JL-6.)

Assuntos abordados neste Parecer: Para aplicação do prazo prescricional penal, é necessário existir inquérito policial ou ação penal.

PARECER Nº 3/2018/CPPAD/CGU/AGU - Ementa: *Suspensão da prescrição. Ordem judicial de suspensão de investigação ou do processo administrativo disciplinar. Aplicação subsidiária da legislação processual civil. Princípio da razoabilidade. Intimação do investigado/acusado. Proposta de enunciado da consultoria-geral da união. I. A suspensão, por ordem judicial, das investigações ou do processo administrativo disciplinar, leva à suspensão do prazo prescricional, antes ou após a sua instauração. II. Doutrina e jurisprudência. III. Princípio da razoabilidade. IV. Intimação do investigado/acusado acerca da suspensão do prazo prescricional. V. Proposta de fixação de Enunciado da Consultoria-Geral da União.*

Assuntos abordados neste Parecer: Suspensão de procedimento investigativo ou de processo disciplinar por ordem judicial acarreta suspensão da contagem do prazo prescricional.

PARECER Nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo. Matéria disciplinar. Absolvição criminal. Aplicação do prazo prescricional penal. I. Aplica-se o prazo prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime nas hipóteses de absolvição na esfera criminal. II. Nas hipóteses de absolvição por inexistência do fato, negativa de sua autoria ou reconhecida excludente de ilicitude o servidor acusado não poderá ser responsabilizado na esfera administrativa pelo mesmo fato, consoante o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, e o art. 8º, da Lei nº 13.869, de 2019, razão pela qual a discussão acerca da aplicação do prazo prescricional penal fica prejudicada. III. Ainda que se aplique o prazo prescricional previsto na seara penal, a contagem na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas. IV. Não cabe aplicação retroativa da extinção da punibilidade na esfera penal após o julgamento na esfera disciplinar.*

Assuntos abordados neste Parecer: Hipóteses em que se aplica, ou não, o prazo prescricional penal no caso de absolvição na esfera criminal. Mesmo quando aplicável, não se altera a forma de contagem do prazo prescricional disciplinar.

PARECER AGU Nº JL-6 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Direito administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Prescrição. Prazo. Infrações disciplinares também capituladas como crime. Interpretação do art. 142, § 2º, da lei n.º 8.112/90. Princípio da independência entre as instâncias administrativa e penal. Prescindibilidade de inquérito policial ou ação penal. Necessidade de superação dos pareceres nº am-02 e am-03. I - A aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais. II - Os posicionamentos constantes dos Pareceres nº AM-02 e AM-03 devem ser superados.*

(Nota: Segundo o Parecer nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU, a aplicação do entendimento exposto no Parecer AGU nº JL-6, de que a Administração pode estender o prazo prescricional para o prazo previsto para o crime funcional independentemente de procedimento na seara penal, somente é cabível para fatos conhecidos pela autoridade com competência instauradora após a data de sua publicação oficial, em 13/11/2020, e, nos casos pendentes de julgamentos, para fatos conhecidos durante a vigência do Parecer AGU nº AM-3, entre

12/04/2019 e 12/11/2020, se o novo entendimento exposto no Parecer AGU nº JL-6 for mais favorável à defesa.)

Assuntos abordados neste Parecer: A aplicação do prazo prescricional penal prescinde de de inquérito policial ou ação penal, bastando que a infração disciplinar também seja considerada, pela Administração Pública, como crime pela Administração Pública. Nocasos de abandono de cargo, somente se aplica o prazo prescricional penal se a conduta se amoldar ao tipo do art. 323 do Código Penal.

PARECER Nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU: Ementa: *Consulta. Direito administrativo. Efeitos do Parecer nº JL-06, de 2020. Revogação do Parecer AM-03. Extensão do prazo prescricional penal às apurações administrativo disciplinares. Interpretação constitucional. Direito Administrativo Sancionador. Direitos e garantias fundamentais. Prescrição. Direito material. Revogação. Efeitos futuros. Aplicação de efeitos prospectivos a partir da data da publicação do Parecer nº JL-06, de 2020, no Diário Oficial da União. Entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. 1. Consulta a que se responde que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, sob o pálio de sua constitucionalização, devendo os direitos e garantias fundamentais pautar o núcleo punitivo estatal, em qualquer de suas esferas, ainda que com suas especificidades próprias; 2. A prescrição é instituto de Direito material, aplicando-se, pois, o entendimento fixado no art. 189 do Código Civil, a saber: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”; 3. A revogação no Direito Administrativo tem efeitos exclusivamente prospectivos; 4. Na esfera do Direito Sancionador disciplinar, considerando-se remansosa jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é a data do conhecimento do fato pela Autoridade competente para deflagrar o procedimento sancionador disciplinar que fixa o prazo da prescrição do ilícito, aplicando-se retroativamente, por excepcionalidade constitucional, prazo material ulteriormente fixado, mas somente para beneficiar o acusado; 5. O entendimento aprovado pelo Parecer nº JL-06, de 2020, no sentido de que a Administração independe de procedimento na seara penal para reconhecer a extensão do prazo prescricional aos apuratórios disciplinares, somente se aplica a fatos conhecidos pelas Autoridades competentes instauradoras a partir de 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado, e, assim, tornado vinculante para a Administração Pública Federal aquele entendimento; 6. Conclusões propostas para submissão ao Consultor-Geral da União, e, posteriormente, a Sua Excelência o Advogado-Geral da União.*

Assuntos abordados neste Parecer: Constitucionalização do Direito Administrativo Sancionador. Sendo a prescrição instituto de natureza material, rege-se pela lei vigente ao tempo do fato, não cabendo retroação, salvo se benéfica ao acusado. Aplicação dos efeitos temporais do Parecer AGU nº JL-6, que alterou entendimento exposto no Parecer AGU nº AM-3, somente se dá para fatos conhecidos pela autoridade com competência disciplinar após a publicação daquela primeira peça.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-108, no tópico CONSULTORIA JURÍDICA; PARECER AGU Nº GM-14, no tópico *IN DUBIO PRO REO*; e PARECERES AGU Nº GQ-10 e GQ-55, no tópico NULIDADE.

19 - PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL E RELAÇÃO COM ATRIBUIÇÕES DO CARGO

PARECER AGU Nº GQ-91 - Ementa: *A disciplina da competência atribuída ao Advogado-Geral da União para emitir parecer de caráter normativo, vinculando os órgãos e entidades da Administração Federal, não autoriza os órgãos de execução da AGU a formularem pedidos de seu reexame, em vista de excepcionalidade, qualificada a juízo de hermenêuticas neles em exercício. Há de ser mantido o entendimento isento de erro, de fato ou de direito, e caracterizado pela razoabilidade do resultado interpretativo.*

Assuntos abordados neste Parecer: O ordenamento vigente não prevê que consultorias jurídicas proponham reexame de Parecer vinculante da Advocacia-Geral da União (AGU). Ratificação do Parecer AGU nº GQ-35, à luz dos princípios da moralidade e da legalidade, de que aplicação de penalidade requer prévia cominação. Irretroatividade da lei mais severa. Ato vinculado e ato discricionário e conformação deste à lei. Regime disciplinar prevê responsabilização para servidor ativo, inativo ou exonerado.

PARECER AGU Nº GQ-153 - Ementa: *Incabível a responsabilização administrativa se a infração é praticada no exercício de cargo de confiança de entidade representativa de classe de servidor federal, portanto, em regra, sem relação com o desempenho do cargo e o Serviço Público.*

Assuntos abordados neste Parecer: Compulsoriedade de se apurar irregularidades e de se aplicar pena caso configurada a materialidade e a autoria. A responsabilidade administrativa está associada ao exercício das atribuições do cargo, o que não inclui irregularidade praticada em entidade de direito privado. Princípio da legalidade. Aplicação de penalidade requer prévia cominação legal.

PARECER Nº 1/2018/CPPAD/CGU/AGU - Ementa: *I - Aos empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional aplicam-se as penas previstas na CLT ou em lei específica, podendo, subsidiariamente, ser utilizado o rito da Lei nº 8.112, de 1990, ou o da Lei nº 9.784, de 1999. II - As penalidades aplicáveis aos empregados públicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado que estejam cedidos à União, suas autarquias e fundações de direito público são aquelas previstas na legislação trabalhista (CLT e leis específicas), em normas internas e acordos coletivos de trabalho, não se lhes aplicando as da Lei nº 8.112, de 1990.*

Assuntos abordados neste Parecer: Espécies de agentes públicos. Regime jurídico dos empregados públicos celetistas. Devido processo legal necessário e penas aplicáveis aos empregados públicos celetistas. Possibilidade de aplicação de pena de suspensão a empregados públicos de entidades da administração indireta cedidos à União, desde que os regulamentos internos das empresas e acordos coletivos de trabalho prevejam as hipóteses e impossibilidade de aplicação aos demais empregados.

20 - PUBLICIDADE POR MEIO DE BOLETIM INTERNO

PARECER AGU Nº GQ-38 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *A publicação de ato decisório de que possa resultar pedido de reconsideração ou interposição de recurso, em boletim de serviço, ou de pessoal, na forma do art. 108 da Lei nº 8.112, de 1990, gera presunção de conhecimento que admite prova em contrário. O pedido de reconsideração, ou o recurso, apresentado após o decurso do prazo fixado no aludido art. 108, deve ser recebido pela*

autoridade competente, se plausível a ilação de que o servidor desconhecia a publicação (em boletim de serviço ou de pessoal) do ato passível de impugnação, por motivo imputado à Administração.

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de flexibilização nos prazos para pedido de reconsideração ou interposição de recurso, contados a partir de publicação de ato em boletim de serviço ou de pessoal.

Ver também PARECERES AGU Nº GQ-87 e GQ-138, no tópico NULIDADE.

21 - RECURSOS E REVISÃO PROCESSUAL

PARECER AGU Nº GQ-28 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Pedido de Revisão de Processo Administrativo Disciplinar para anular decreto demissório. Decisão deferitória do pedido. Comissão Revisora. Fato novo. Acatamento do Parecer CJ nº 227/93-MJ. Elididos completamente os pressupostos fáticos e jurídicos do ato demissório, e provada a inobservância por parte da Comissão de Inquérito dos princípios do contraditório e da ampla defesa em face do ordenamento jurídico vigente, impõe-se a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar nº 1/80/SR-SP, com a conseqüente reintegração do ex-Delegado Federal punido, restabelecendo-se todos os seus direitos, atingidos pelo referido ato.*

Assuntos abordados neste Parecer: Afronta os princípios da ampla defesa e do contraditório. Nulidade. Princípios do processo administrativo disciplinar (PAD). Fato novo e revisão processual.

PARECER AGU Nº GQ-133 - Ementa: *Revisão de Processo Administrativo Disciplinar para anular ato demissório. A revisão do processo administrativo disciplinar tem, como pressuposto, a adução de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (cf. o art. 174, da Lei nº 8.112/90). Imprestável sob todos os aspectos processo de revisão que se baseia, tão somente, em pareceres antinômicos, sem o exame de elementos novos, ainda não apurados no processo originário. Devolução dos processos à origem para os fins de ser instaurado novo processo revisional.*

Assuntos abordados neste Parecer: Revisão requer prova do fato novo alegado.

PARECER AGU Nº GQ-154 - Ementa: *Revisão de processo administrativo disciplinar. Procedência. O instituto da revisão tem, como um dos seus pressupostos, a alegação da inadequação da penalidade aplicada (art. 174, da Lei nº 8.112/90). Os relatórios conclusivos das Comissões Processante e Revisora foram favoráveis à reintegração do ex-servidor ao serviço público, podendo, portanto, a autoridade julgadora, se lhe convier, isentá-lo de responsabilidade, declarando sem efeito a penalidade que lhe foi cominada, restabelecendo-se todos os seus direitos.*

Assuntos abordados neste Parecer: Revisão. Inadequação da penalidade.

PARECER AGU Nº GM-26 - Ementa: *I - Não se aplica ao caso dos autos o Parecer GQ-10. A revisão pode realmente efetivar-se a qualquer tempo, uma vez dependente da superveniência (que foge à competência do interessado) de fato novo, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (Leis 8.112 e 9.784; Decreto 59.310). Precedente: Parecer GQ-28 (vigentes Lei 8.112 e Dec. 20.910 e 59.310). II - A penalidade imposta no PAD resultou de inadequada apuração e valoração dos fatos. Mas está sujeita à revisão pela superveniência de fato novo a demonstrar a inocência do servidor. III - A revisão está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos (art. 1º, Dec. 20.910). O prazo começa a correr da data em que o interessado teve conhecimento do fato novo, mas interrompe-se com a apresentação do pedido de revisão (art. 4º, par. único, Dec. 20.910) na repartição pública. IV - A prescrição não corre durante a demora da Administração no exame do pedido (art. 4º, Dec. 20.910). V - No caso destes autos, o fato novo ocorreu em 17/4/96 e em 24/5/96 o interessado protocolou seu requerimento. Com o requerimento, em 24/5/96 interrompeu-se a prescrição (art. 4º, par. único, Dec. 20.910). VI - Salvo o requerimento de 1996, nenhum outro ato ficou na dependência do interessado. Toda a demora se deve, única e exclusivamente, à Administração. VII - A revisão deve ser julgada procedente e deve ser declarada “sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos.” (Dec. 59.310, art. 436. Ver também Lei 8.112/90, art. 182).*

Assuntos abordados neste Parecer: Revisão pode ser pedida a qualquer tempo, não havendo prazo prescricional para o surgimento de fato novo. A prescrição quinquenal é computada, uma vez tendo-se o servidor conhecimento do fato novo a seu favor, até a petição da revisão. O pedido de revisão interrompe o prazo prescricional.

PARECER AGU Nº JL-2 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Processo administrativo. Matéria disciplinar. Pedido de reconsideração. Revisão. Recurso hierárquico. Ação judicial. Não configuração de desistência tácita. I - Autoridade administrativa competente, caso preenchidos os demais requisitos legais, deve conhecer do Pedido de Reconsideração, de Revisão e/ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário. II - Não configura desistência tácita do pedido administrativo o acionamento da via judicial. III - A análise do pedido administrativo se torna prejudicada em caso de decisão judicial definitiva.*

Assuntos abordados neste Parecer: Ajuizamento de ação judicial não configura desistência das vias recursais administrativas.

Ver também PARECER AGU Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GQ-147, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL.

22 - RESPONSABILIDADE CIVIL DE RESSARCIR PREJUÍZO

PARECER Nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Infração administrativa disciplinar. Prescrição da pretensão punitiva. Impossibilidade de instauração de pad. Prejuízo ao erário. Independência das instâncias. Possibilidade de ressarcimento ao erário por outros meios. Jurisprudência stf e stj. Doutrina. 1. Independência das instâncias e possibilidade de cumulação das sanções administrativa, civil e penal, em caso de prática de irregularidades pelo servidor público no exercício de suas atribuições. 2. Verificada a prescrição e extinta a*

punibilidade, deixa de existir potencial formação processual de culpa, por impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva no âmbito administrativo (Parecer GMF nº 3 - PARECER N. 005/2016/CGU/AGU). 3. Em caso de prejuízo ao erário e ocorrida a prescrição administrativa, deve-se instaurar processo próprio, com vistas ao ressarcimento dos cofres públicos, ante a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade ou atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo (Repercussão Geral nº 666 no RE 669.069 e nº 897 no RE nº 852.475). 4. Na ocorrência de dano quantificado e atualizado monetariamente, o recolhimento pode ser voluntário, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90. 5. Caso não seja quantificado o débito, a apuração do dano pode dar-se por meio de processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784/99. 6. O valor devido ao erário poderá ser inscrito em dívida ativa, nos casos decorrentes de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos ativos ou inativos, desde que submetido a processo administrativo prévio, consoante precedente do STJ. 7. Exauridas as medidas administrativas, nas hipóteses em que for cabível, será instaurada Tomada de Contas Especial para apuração do fato, identificação do responsável e quantificação do dano, garantindo-se o devido processo legal, para posterior recolhimento do débito. 8. Poderá ainda ser manejada ação judicial específica para cobrança do valor devido ao erário, independentemente do esgotamento das medidas administrativas. Precedente do STJ.

Assuntos abordados neste Parecer: Prescrição da punibilidade disciplinar não impede ação de ressarcimento de dano ao erário. São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de crimes, de atos de improbidade e de atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo; mas são prescritíveis os danos ao erário que sejam decorrentes de ilícito de natureza estritamente civil, qualificados como tal por exclusão daqueles que decorrem de infrações em geral ao Direito Público. Hipóteses de ressarcimento ao erário em caso de prescrição administrativa de infração disciplinar: desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União (GRU), mediante concordância do servidor; processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, destinado a apurar e quantificar o dano; protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo; tomada de contas especial; ou proposição de ação judicial específica para apurar responsabilidade civil.

Ver PARECER AGU Nº GM-1, no tópico COMPULSORIEDADE DA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER AGU Nº GQ-136, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

23 - SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO

PARECER AGU Nº GQ-110 - Ementa: *Regra constitucional não escrita outorga ao TCU, quando em missão também constitucional de inspecionar bens e valores públicos, direito de examinar informações mesmo sigilosas, desde que intimamente vinculadas a inspeções ou auditorias em curso. Considerando que tal acesso não é indiscriminado, como sugerem as decisões 224/94 e n. 670/95 do Tribunal, e tendo em vista a gravidade das penas a que se sujeitam autoridades e funcionários, quer atendam às solicitações, quer deixem de a elas atender, aconselha-se a submissão da questão ao Judiciário.*

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-110 foi exarado sob a vigência da redação original do art. 198 do CTN, antes da alteração dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, e

foi considerado parcialmente revisado, no que tange a sigilo fiscal, pelo Parecer AGU nº AM-8.)

Assuntos abordados neste Parecer: Oposição de sigilos bancário e fiscal (antes da redação dada ao art. 198 do Código Tributário Nacional - CTN pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001) ao Tribunal de Contas da União.

PARECER AGU Nº AM-8 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) - Ementa: *Sigilo fiscal. dados e informações econômico-fiscais. arts. 5º, x e xii, e 145, § 1º, da CF/1988. bases de dados. compartilhamento com órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU). necessidade de acesso. finalidade: auditoria da administração tributária federal. intercâmbio de informações. identificação. indispensabilidade para a realização da auditoria ou inspeção. uso vinculado ao respectivo escopo. transferência do sigilo. possibilidade. art. 198, do CTN. interpretação da legislação tributária. compatibilidade com a preservação do sigilo. revisão parcial do parecer gq-110, de 1996. I - A competência dos órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU), em procedimentos de auditoria ou inspeção, restringe-se à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da União e de entidades da administração direta e indireta, não tendo por objetivo a fiscalização do cidadão ou de pessoa jurídica não submetidos às suas esferas de atuação. II - Informações protegidas por sigilo fiscal, sob custódia de órgãos da Administração Tributária Federal, podem ser compartilhadas com os órgãos administrativos federais de controle (TCU e CGU), transferindo-se-lhes o sigilo, na forma do art. 198, do Código Tributário Nacional. III - A solicitação pode ser feita por autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, na forma do art. 198, § 1º, II, do CTN, quando (i) comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, (ii) com o objetivo de investigar o sujeito passivo (pessoa física ou jurídica determinada) a que se refere a informação, por prática de infração administrativa. IV - Mediante decreto e instrumento próprio, no qual se estabeleçam os limites de uso da informação e as condicionantes necessárias ao resguardo do sigilo, pode ser realizado o compartilhamento de dados fiscais com o Tribunal de Contas da União ou com a Controladoria-Geral da União, sem anonimização, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria e inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União. V - O intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, nos termos e limites do art. 198, § 2º, do Código Tributário Nacional, com transferência do sigilo, para fins de auditoria na administração tributária e aduaneira, na gestão fiscal ou nas demonstrações financeiras da União pressupõe: (i) a existência de processo administrativo regularmente instaurado, contendo clara definição do objetivo e escopo da auditoria; (ii) que a entrega das informações se dê mediante recibo, que formalize a transferência, facultado, pela própria natureza, o uso de tecnologia que lhe faça as vezes e assegure autenticidade, integridade, registro de acessos e rastreabilidade (iii) a existência de manifestação fundamentada, contemporânea ao momento processual, demonstrando a pertinência temática da informação com o objeto da auditoria ou inspeção e a necessidade e indispensabilidade de acesso, vale dizer, com indicação de que o trabalho não pode ser realizado ou que o seu resultado não pode ser alcançado por outro modo, mesmo com a anonimização; (iv) uso restrito ao fim específico de realização da auditoria, vedada a divulgação ou a utilização para finalidade diversa do respectivo escopo.*

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal, da Administração tributária federal para o Tribunal de Contas da União e

para a Controladoria-Geral da União, mediante solicitação por autoridade para apuração de ilícito ou mediante intercâmbio para auditoria e inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União. Revisão parcial do Parecer AGU nº GQ-110, onde abordava necessidade de autorização judicial para aquela Corte ter acesso a dados protegidos por sigilo fiscal.

SINDICÂNCIA PRÉVIA AO PAD

Ver PARECER AGU Nº GM-7, no tópico ABANDONO DE CARGO; PARECER AGU Nº GM-1, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; PARECERES AGU Nº GQ-25, GQ-37 e GQ-100, no tópico NULIDADE; e PARECER AGU Nº GQ-12, no tópico PORTARIA INSTAURADORA.

24 - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

PARECER Nº 2/2024/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Procedimento de solução consensual de litígio de natureza disciplinar. Fatos de menor potencial ofensivo ou de menor gravidade são aqueles em que a suposta conduta irregular enquadra-se nas situações previstas nos artigos 116 ou 117, incisos I a VIII e XIX, não havendo indicação de tratar-se de casos preceituados no art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990, hipóteses em que, uma vez observadas as condições específicas indicadas no respectivo ato normativo aplicável, devem, em regra, ser celebrados termos de ajustamento de conduta, ressalvada a possibilidade de decisão fundamentada em sentido diverso, nos termos do art. 20 da LINDB.*

Assuntos abordados neste Parecer: Critérios para consideração de infração como de menor potencial ofensivo. Diretriz constitucional e legal para resolução consensual dos conflitos. Desde que atendidos os requisitos normativos, a regra deve ser a celebração de TAC, salvo se a situação concreta apontar a utilidade do processo disciplinar.

25 - VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO

PARECER Nº 3/2021/CNPAD/CGU/AGU - Ementa: *Processo administrativo disciplinar. Servidor efetivo que toma posse em outro cargo público inacumulável e repõe a processo administrativo disciplinar. Direito líquido e certo à vacância prevista no art. 33, inciso viii, da lei 8.112/90. Descabimento da restrição prevista no art. 172 da lei 8.112/90. 1. A vacância para ocupar cargo público prevista no inciso VIII do art. 33 da Lei 8.112/90 é direito líquido e certo do servidor aprovado em concurso público e que opte por requerer a vacância para tomar posse no novo cargo. 2. A Administração Pública não pode se valer do comando do art. 172 da Lei 8.112/90 para obstar a vacância de servidor que responde a PAD para posse em cargo público inacumulável, porque, além de tal proibição não estar expressa no art. 172, não ser razoável e esbarrar nos princípios da proibição do excesso e presunção de inocência, afronta a jurisprudência dos tribunais.*

Assuntos abordados neste Parecer: Mesmo respondendo processo disciplinar e ainda que não transcorrido o prazo de 140 dias desde a instauração, servidor não tem vedado o direito à vacância do cargo que ocupa para ocupar outro cargo inacumulável. No curso da vacância, vínculo com o cargo original e possibilidade de recondução não se extinguem enquanto servidor não superar estágio probatório do novo cargo, não podendo ser exonerado de ofício do primeiro provimento.

OUTRAS MANIFESTAÇÕES ADMINISTRATIVAS

26 - ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DA AGU

27 - FORMULAÇÕES DO DASP

28 - PARECERES DO DASP

29 - ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DO DASP

30 - ENUNCIADOS DA CGU

ÍNDICE

PARECERES DA AGU	44
1 - ABANDONO DE CARGO	55
PARECER AGU Nº GQ-84.....	55
PARECER AGU Nº GQ-143.....	64
PARECER AGU Nº GQ-201.....	67
PARECER AGU Nº GQ-205.....	75
PARECER AGU Nº GQ-210.....	99
PARECER AGU Nº GM-7	101
PARECER AGU Nº GMF-6	106
PARECER AGU Nº AM-2	124
PARECER Nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU.....	144
2 - ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS	152
PARECER AGU Nº GQ-7.....	152
PARECER AGU Nº GQ-145.....	156
PARECER AGU Nº AC-54	163
PARECER AGU Nº AM-4	170
3 - ASSÉDIO SEXUAL	201
PARECER Nº 1/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSUS/PGF/AGU.....	201
PARECER AGU Nº JM-3	217
4 - COMPULSORIEDADE DA APLICAÇÃO DA PENA	231
PARECER AGU Nº GQ-167.....	231
PARECER AGU Nº GQ-177.....	235
PARECER AGU Nº GQ-183.....	248
PARECER AGU Nº GM-1.....	253
PARECER AGU Nº GM-5.....	259
5 - CONSULTORIA JURÍDICA.....	264
PARECER AGU Nº GQ-108.....	264
6 - CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	269
PARECER AGU Nº GQ-124.....	269

7 - DESÍDIA	276
PARECER AGU Nº GQ-128.....	276
PARECER AGU Nº GQ-164.....	281
PARECER Nº 1/2021/CNPAD/CGU/AGU.....	294
8 - EX-SERVIDOR.....	324
PARECER Nº 2/2018/CPPAD/CGU/AGU	324
PARECER Nº 1/2023/CNPAD/CGU/AGU.....	334
PARECER Nº 3/2024/CNPAD/CGU/AGU.....	352
9 - GRADAÇÃO DA PENA	364
PARECER AGU Nº GQ-127	364
PARECER AGU Nº GQ-140.....	370
PARECER AGU Nº GQ-141.....	375
10 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	383
PARECER AGU Nº GQ-200.....	383
PARECER AGU Nº GM-17	400
PARECER AGU Nº BBL-8.....	407
PARECER Nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU.....	434
PARECER Nº 3/2023/CNPAD/CGU/AGU	474
PARECER Nº 1/2024/CNPAD/CGU/AGU.....	501
11 - INASSIDUIDADE HABITUAL	526
PARECER AGU Nº GQ-122.....	526
PARECER AGU Nº GQ-147	530
PARECER AGU Nº GQ-156.....	540
PARECER AGU Nº GQ-160.....	547
PARECER AGU Nº GQ-193.....	551
12 - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.....	556
PARECER AGU Nº GQ-121.....	556
PARECER AGU Nº GQ-165.....	564
13 - IN DUBIO PRO REO, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ÔNUS DA PROVA	570
PARECER AGU Nº GQ-136.....	570
PARECER AGU Nº GQ-139.....	576
PARECER AGU Nº GQ-173.....	580
PARECER AGU Nº GQ-182.....	585

PARECER AGU Nº GM-3.....	590
PARECER AGU Nº GM-14	611
PARECER Nº 1/2020/CNPAD/CGU/AGU.....	617
14 - JULGAMENTO, LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS, RELATÓRIO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS, AGRAVAMENTO	641
PARECER AGU Nº GQ-60.....	641
PARECER AGU Nº GQ-135.....	651
PARECER AGU Nº GQ-149.....	657
PARECER AGU Nº GQ-168.....	663
PARECER AGU Nº GQ-176.....	666
15 - NULIDADE, CERCEAMENTO À DEFESA E PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	670
PARECER AGU Nº GQ-10.....	670
PARECER AGU Nº GQ-25.....	679
PARECER AGU Nº GQ-37.....	685
PARECER AGU Nº GQ-55.....	692
PARECER AGU Nº GQ-66.....	705
PARECER AGU Nº GQ-87.....	708
PARECER AGU Nº GQ-98.....	714
PARECER AGU Nº GQ-99.....	720
PARECER AGU Nº GQ-100.....	727
PARECER AGU Nº GQ-102.....	734
PARECER AGU Nº GQ-138.....	744
PARECER AGU Nº GQ-152.....	752
PARECER AGU Nº GM-4.....	758
PARECER Nº 4/2018/CPPAD/CGU/AGU.....	768
16 - PERDA DO CARGO	783
PARECER Nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU.....	783
17 - PORTARIA INSTAURADORA	802
PARECER AGU Nº GQ-12.....	802
PARECER AGU Nº GQ-35.....	805
18 - PRESCRIÇÃO	812
PARECER AGU Nº GQ-144.....	812
PARECER AGU Nº GQ-159.....	815

PARECER AGU Nº GMF-3	818
PARECER AGU Nº AM-3	832
PARECER Nº 3/2018/CPPAD/CGU/AGU	869
PARECER Nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU	882
PARECER AGU Nº JL-6.....	898
PARECER Nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU	928
19 - NECESSIDADE DE PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL E DE RELAÇÃO COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO.....	961
PARECER AGU Nº GQ-91.....	961
PARECER AGU Nº GQ-153.....	977
PARECER Nº 1/2018/CPPAD/CGU/AGU	984
20 - PUBLICIDADE POR MEIO DE BOLETIM INTERNO	998
PARECER AGU Nº GQ-38.....	998
21 - RECURSOS E REVISÃO PROCESSUAL.....	1004
PARECER AGU Nº GQ-28.....	1004
PARECER AGU Nº GQ-133.....	1027
PARECER AGU Nº GQ-154.....	1058
PARECER AGU Nº GM-26	1066
PARECER AGU Nº JL-2.....	1081
22 - RESPONSABILIDADE CIVIL DE RESSARCIR PREJUÍZO	1098
PARECER Nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU	1098
23 - SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO	1120
PARECER AGU Nº GQ-110.....	1120
PARECER AGU Nº AM-8	1138
24 - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)	1168
PARECER Nº 2/2024/CNPAD/CGU/AGU	1168
25 - VACÂNCIA DO CARGO	1182
PARECER Nº 3/2021/CNPAD/CGU/AGU	1182
OUTRAS MANIFESTAÇÕES ADMINISTRATIVAS	1189
26 - ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DA AGU	1189
27 - FORMULAÇÕES DO DASP.....	1190

28 - PARECERES DO DASP	1215
29 - ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DO DASP	1219
30 - ENUNCIADOS DA CGU	1221

PARECERES DA AGU

A Advocacia-Geral da União (AGU), por intermédio do seu titular, o Advogado-Geral da União, à luz do art. 1º e do § 1º do art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, é o órgão máximo de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo federal.

À vista de tão elevada competência, como não poderia ser diferente para a matéria disciplinar, a AGU se revela uma importante e relevante fonte emanadora de conhecimento e de entendimentos, que irrigam a aplicação do regime e do processo disciplinar na Administração Pública. E o principal meio de contribuição que a AGU traz para a matéria são seus pareceres.

Esta parte da presente apostila originalmente foi extraída do extenso universo de todos os pareceres emitidos no âmbito da AGU (disponíveis em listas anuais no sítio eletrônico institucional <http://www.agu.gov.br/pareceres>, acessado em 29/07/20), a partir de abril de 1993, acerca dos mais diversos assuntos, adotados pelo Advogado-Geral da União e aprovados pelo Presidente da República, com o objetivo de agrupar em uma única coletânea as manifestações do órgão máximo de assessoramento jurídico do Poder Executivo sobre regime ou processo administrativo disciplinar (PAD).

A base legal de tais manifestações jurídicas repousa na Lei Complementar nº 73, de 1993, que é a lei orgânica da AGU. Os incisos X e XI do art. 4º desta norma conferem, para o Advogado-Geral da União, a atribuição para fixar a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico e para unificar entendimento sobre tema acerca do qual paire divergência na Administração Pública federal. Para tal atribuição, o Advogado-Geral da União conta com a colaboração da Consultoria-Geral da União (CGU/AGU) - ambos são órgãos de direção superior da AGU, sendo esta diretamente subordinada àquele, nos termos do art. 10 da mesma Lei Complementar. Pode-se dizer que muitas das competências da extinta CGR foram absorvidas e, obviamente, atualizadas na atual CGU/AGU, titularizada pelo Consultor-Geral da União.

De certa forma, pode-se sintetizar que, até 2015, sob a égide dos Atos Regimentais AGU nº 1, de 22 de janeiro de 2002, e nº 5, de 27 de setembro de 2007, os pareceres em si eram elaborados individualmente por um Consultor da União, amparados na competência da CGU/AGU de produzir tais peças, concedida pelo já mencionado art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 1993, e regulamentada em decretos estabelecadores das estruturas regimentais da época, e, como regra geral, se manifestavam sobre casos concretos, podendo, então, versar sobre diversos assuntos que eram postos em discussão a cada processo e formavam uma espécie de jurisprudência administrativa. A peça jurídica da lavra do Consultor da União era diretamente submetida à apreciação do Advogado-Geral da União.

Naquela fase, as manifestações jurídicas propriamente ditas inicialmente recebiam uma numeração anual com a sigla do nome do Consultor da União signatário. Assim, apenas no que tange a manifestações sobre temas disciplinares, têm-se, em séries anuais individualizadas, pareceres nº AGU/WM (de Wilson Teles de Macêdo); AGU/MF (de Mirtô Fraga); AGU/LS (de Luiz Augusto Paranhos Sampaio); AGU/PRO (de Miguel Pró de Oliveira Furtado); AGU/LA (de Luiz Alberto da Silva) e AGU/MS (de Marcelo de Siqueira Freitas).

Uma vez que, com o Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1997, o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado a competência para julgar processos disciplinares

e aplicar penalidades de demissão e de cassação de aposentadoria e como, à época, em geral, os pareceres decorriam de casos concretos (sobretudo os de maior gravidade) levados à apreciação da AGU, verificou-se um forte decréscimo na sua quantidade a partir de 2001, já que as manifestações jurídicas de maior relevância em matéria disciplinar passaram a se concentrar nas Consultorias Jurídicas (ConJur) dos respectivos Ministérios.

Após escassas quantidades de pareceres da AGU entre 2002 e 2015 (inclusive com alguns destes anos sem nenhuma manifestação e, de forma mais específica, tendo sido elaborado apenas um único parecer sobre tema disciplinar), a partir de 2016 esta atribuição institucional foi revigorada, com uma nova normatização interna. Em síntese, o trabalho de assessoramento evoluiu de pareceres monocráticos e concentrados em casos concretos para manifestações jurídicas em tese, discutidas em instâncias colegiadas no âmbito da CGU/AGU e ainda amparadas na atribuição concedida pelo sobredito art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 1993, e nas competências estabelecidas infralegalmente pelo inciso V do art. 11 e pelos incisos IV a VI do art. 43, ambos do Anexo I do Decreto nº 10.806, de 25 de janeiro de 2021, para sistematizar o conhecimento consultivo e uniformizar os entendimentos, por meio não só de pareceres jurídicos mas também de enunciados e de orientações normativas. Diferentemente da primeira fase, até 2015, em que, em geral os pareceres passavam diretamente da lavra do Consultor da União para a adoção pelo Advogado-Geral da União, no novo formato, a partir de 2016, as manifestações, ainda que eventualmente assinadas apenas por um relator, decorrem de discussão colegiada e tramitam por um crivo interno de aprovação, na linha hierárquica dentro da CGU/AGU, até chegarem ao Consultor-Geral da União e deste, se for o caso, ao Advogado-Geral da União. A construção condicional no final da frase anterior decorre de que os comandos acima citados do Anexo I do Decreto nº 10.608, de 2021, não só atribuem competência para a CGU/AGU emitir manifestações jurídicas mas também conferem atribuição para o Consultor-Geral da União, quando julgar necessário, a seu critério, poder submeter - ou não - os pareceres à aprovação do Advogado-Geral da União.

Neste novo contexto, primeiramente, cite-se o Ato Regimental AGU nº 1, de 4 de fevereiro de 2016, que instituiu a Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos (CNU/CGU/AGU). Em paralelo, a Portaria CGU/AGU nº 5, de 9 de fevereiro de 2017, criou, no âmbito da CGU/AGU, comissões temáticas permanentes, dentre as quais aqui interessa a Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CPPAD/CGU/AGU). Posteriormente, o Ato Regimental AGU nº 1, de 22 de março de 2019, extinguiu a CNU/CGU/AGU e previu a constituição de câmaras nacionais temáticas também no âmbito da CGU/AGU, conforme seus arts. 2º e 5º e o *caput* do seu art. 4º. Na sequência, a Portaria CGU/AGU nº 3, de 14 de junho de 2019, efetivamente constituiu as câmaras nacionais, em substituição às comissões permanentes, mantendo análogas nomenclaturas e objetos e absorvendo suas composições, de forma a passar a importar para o presente a Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD/CGU/AGU), que substituiu a CPPAD/CGU/AGU, conforme os incisos I e IV e os §§ 1º e 2º do seu art. 2º, o inciso V do seu art. 3º, o inciso III do seu art. 4º, o seu art. 17 e o § 1º do seu art. 18.

A CNPAD/CGU/AGU tem seus integrantes e seu coordenador designados pelo Consultor-Geral da União e seus trabalhos são supervisionados pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da CGU/AGU (Decor/CGU/AGU). Os pareceres da CNPAD/CGU/AGU recebem numeração anual e devem seguir a padronização de serem estruturados em ementa, relatório, fundamentação e conclusão, em que pode haver proposta de redação de enunciado. Os pareceres e eventuais propostas de enunciados fundamentados naquelas manifestações jurídicas, uma vez aprovados no colegiado, são submetidos, por sucessivos despachos a partir do coordenador, hierarquicamente, à

apreciação do Diretor do Decor/CGU/AGU, do Consultor-Geral da União e, quando este julgar pertinente obter a aprovação do titular máximo do órgão, do Advogado-Geral da União. Aqui, pertine ressaltar que o Parecer CNPAD/CGU/AGU aprovado pelo Consultor-Geral da União, a rigor, não dispõe de poder vinculante sequer internamente. Mas, na prática, já se consubstancia em uma relevante peça jurídica à qual, por praxe, em vista da natural e desejada tendência à uniformização, os membros das carreiras jurídicas e os órgãos jurídicos componentes da AGU (em especial as ConJur dos Ministérios) seguem seus termos e os adotam como diretrizes, até para evitar que seus trabalhos de execução possam ser internamente questionados.

Importante destacar que aqui, ao se mencionar a segunda fase, se sintetizou a produção de pareceres da CPPAD/CGU/AGU e mais recentemente da CNPAD/CGU/AGU. Mas deve-se registrar que, no exercício da competência uniformizadora da CGU/AGU, não necessariamente todas as manifestações jurídicas, sobre qualquer tema e em especial sobre matéria disciplinar, eram ou são elaborados no âmbito da respectiva Comissão Permanente ou Câmara Nacional, podendo haver manifestações jurídicas do Decor/CGU/AGU ou até mesmo da CGU/AGU.

É importante reiterar que a submissão dos pareceres elaborados no âmbito da CGU/AGU (e, de especial interesse, dos pareceres da CNPAD/CGU/AGU) à aprovação do Advogado-Geral da União, a fim de obter efeito vinculante (que, como se exporá adiante, pode ter diferentes alcances), é a critério do Consultor-Geral da União. Assim, neste modelo atual, pode haver pareceres emitidos no âmbito da AGU (mais especificamente, no âmbito da CGU/AGU) que tramitam no máximo somente até o Consultor-Geral da União e outros que tramitam até o Advogado-Geral da União e daí podem chegar até ao Presidente da República.

Sendo submetido ao Advogado-Geral da União e caso seja por ele adotado, o parecer com a manifestação jurídica propriamente dita (seja ao tempo da elaboração monocrática, seja ao tempo da elaboração colegiada na CNU/CGU/AGU ou na CPPAD/CGU/AGU ou na CNPAD/CGU/AGU ou da elaboração no Decor/CGU/AGU ou na CGU/AGU), sem perder sua qualidade de peça autônoma, é anexado à sucinta aprovação daquele dirigente máximo, e passa enfim a assumir a tipologia de parecer AGU com numeração própria e contínua (não reiniciada anualmente) ao longo de todo período em que dirigir o órgão, precedida das iniciais do seu nome. Assim, novamente apenas no que tange a manifestações sobre temas disciplinares, têm-se pareceres AGU nº GQ (de Geraldo Magela da Cruz Quintão, de 1993 a 2000), nº GM (de Gilmar Ferreira Mendes, de 2000 a 2002), nº AC (de Álvaro Augusto Ribeiro Costa, de 2003 a 2007), nº GMF (de Grace Maria Fernandes Mendonça, de 2016 a 2019), nº AM (de André Luís de Almeida Mendonça, em 2019) e nº JL (de José Levi Mello do Amaral Júnior, em 2020), ratificando-se que, até os presentes dias, há maiores quantidades concentradas nos anos iniciais, com os pareceres AGU nº GQ (sobretudo) e nº GM.

Só de ser aprovado pelo Advogado-Geral da União, o parecer AGU já adquire força vinculante interna - que, lembre-se, em sentido estrito formal, até então não possuía, ao contar com aprovação apenas do Consultor-Geral da União -, conforme leitura a *contrario sensu* do inciso II do art. 28 da Lei Complementar nº 73, de 1993. Como este comando legal veda que se contrarie parecer adotado pelo Advogado-Geral da União, daí se depreende eu tal peça jurídica, quando aprovada pelo titular máximo do órgão, torna-se de atendimento obrigatório para todos os membros das carreiras jurídicas e, conseqüentemente, por lógica, também para todos os órgãos jurídicos componentes da AGU (em especial as ConJur dos Ministérios).

Antes de prosseguir com a descrição da procedimentalização, cabe aqui antecipar uma ressalva. Embora se venha descrevendo uma instrumentalidade que caminha interna e ascendentemente na AGU, até o parecer da lavra da CNPAD/CGU/AGU aprovado pelo Consultor-Geral da União e chegar à adoção pelo Advogado-Geral da União, a leitura sistemática da Lei Complementar nº 73, de 1993, indica que o comando do art. 40, que a seguir será abordado, é aplicado como natural consecução do comando do art. precedente, o art. 39, que trata da hipótese em sentido inverso, de cima para baixo, em que o Presidente da República provoca o Advogado-Geral da União a se manifestar e que tal manifestação pode se dar por parecer.

Feita esta ressalva, aplicando aqui o *caput* do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993, de forma isolada (ou seja, sem ser o caso de o Advogado-Geral da União ter sido provocado pelo Presidente da República), depois de aprovar o parecer que veio da CGU/AGU, aquele titular máximo da AGU pode ainda, a seu critério, submetê-lo à aprovação desta autoridade máxima do Poder Executivo federal, a fim de dar à peça caráter vinculante além dos limites das carreiras jurídicas e dos órgãos jurídicos componentes da AGU. E esta submissão ao Presidente da República ainda se desdobra em duas possibilidades de resultados.

De acordo com o § 2º do art. 40 da Lei Complementar nº 93, de 1993, se o parecer AGU é apenas aprovado pelo Presidente da República, mas não enviado por este para publicação oficial, a peça passa a vincular os órgãos ou entidades consulentes ou envolvidos no caso específico ou nele de alguma forma interessados, a partir do momento em que dela tenham ciência. Por fim, na hipótese de maior repercussão, nos termos do § 1º do citado comando legal, se o parecer AGU é aprovado e oficialmente publicado juntamente com o despacho presidencial no Diário Oficial da União (DOU), a peça passa a vincular toda a Administração Pública federal, ficando todos os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, além dos que porventura tenham provocado e/ou consultado a AGU, obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Toda a construção acima exposta, da procedimentalização atualmente praticada, embora tenha se baseado em normas internas recentes, como não poderia ser diferente, tem amparo desde sempre na Lei Complementar nº 73, de 1993, e mais especificamente em seu art. 41, que, em leitura conjunta com o antecedente art. 40, atribui aos pareceres emitidos no âmbito da CGU/AGU o mesmo valor jurídico dos pareceres do Advogado-Geral da União, desde que tenham sido por este aprovados. Os pareceres que interessam para fim disciplinar, na instrumentalidade acima detalhada, justamente advêm da CGU/AGU e, uma vez aprovados pelo Advogado-Geral da União, passam a ter força vinculante sobre todos os membros das carreiras jurídicas e sobre todos os órgãos jurídicos componentes da AGU (em especial as ConJur dos Ministérios), à luz do inciso II do art. 28 da Lei Complementar nº 73, de 1993. Ademais, caso sejam submetidos pelo Advogado-Geral da União ao Presidente da República, passam a também adquirir poder vinculante em toda Administração Pública federal ou apenas nos órgãos consulentes ou envolvidos ou interessados, dependendo de terem sido, ou não, publicados oficialmente. Uma vez que, na verdade, a elaboração de pareceres AGU para fixação e uniformização de entendimentos acerca de processo ou de regime disciplinar tem tramitação ascendente dentro da AGU, desde a CNPAD/CGU/AGU, passando pela aprovação do Consultor-Geral da União, até chegar à adoção pelo Advogado-Geral da União, sua base legal reside precipuamente no art. 41 da Lei nº 73, de 1993, ao qual o antecedente art. 40 - que protagonizou a explanação linhas acima acerca da atribuição poder vinculante além dos limites funcionais e orgânicos da AGU - é agregado aqui apenas para suplementar a leitura conjunta.

Mas é de se reiterar que podem os pareceres elaborados no âmbito da CGU/AGU não ser submetidos à adoção pelo Advogado-Geral da União, eis que, ao lado dos “pareceres AGU” *stricto sensu* adotados pelo titular máximo do órgão, igualmente passa-se a se ter de considerar, de forma conglobante e inclusiva, os pareceres da CNU/CGU/AGU, da CPPAD/CGU/AGU, da CNPAD/CGU/AGU, do Decor/CGU/AGU ou da CGU/AGU emitidos a partir de 2016 sobre tema disciplinar e que, embora aprovados pelo Consultor-Geral da União, não tenham sido remetidos para apreciação superior. Mesmo não tendo sido submetidos à aprovação pelo Advogado-Geral da União, tal fato não lhes retira a qualidade de serem relevantes manifestações jurídicas da AGU (ou seja, não deixam de ser “pareceres da AGU” em sentido amplo) e, como tal, também são fortes referências de entendimento advindas do órgão máximo de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal.

No contexto do comando estabelecido pelo inciso II do art. 28 da Lei Complementar nº 73, de 1993, segundo qual o parecer advindo da CNPAD/CGU/AGU aprovado pelo Consultor-Geral da União e consecutivamente adotado pelo Advogado-Geral da União - ainda que não submetido à apreciação do Presidente da República -, assume poder vinculante interno diante dos membros das carreiras jurídicas e dos órgãos jurídicos componentes da AGU, dentre os quais as ConJur dos Ministérios, deve-se destacar, em particular, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). A PGFN, que desempenha o papel de ConJur no âmbito do Ministério da Economia (ME), é órgão subordinado técnica e juridicamente ao Advogado-Geral da União e administrativamente subordinado ao Ministro de Estado da Economia, incumbido da consultoria e do assessoramento jurídicos na Pasta, conforme o § 1º do art. 2º e os arts. 12 e 13, todos da Lei Complementar nº 73, de 1993, e também nos termos regulamentados pelo § 2º do art. 1º do Anexo I do Decreto nº 10.608, de 2021.

Portanto, os pareceres CNPAD/CGU/AGU que logram aprovação do Advogado-Geral da União, independentemente de terem, ou não, sido submetidos à apreciação do Presidente da República (e de serem, ou não, publicados oficialmente), tão somente em razão da adoção pelo titular máximo do órgão já devem ser seguidos pela PGFN ao julgar os processos disciplinares instaurados em todo âmbito do ME e em especial no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), pela Corregedoria (Coger) ou pelos Escritórios de Corregedoria (Escor).

Retomando a descrição dos comandos da Lei Complementar nº 73, de 1993, o seu art. 42 estabelece que os pareceres das ConJur dos Ministérios, aprovados pelos respectivos titulares das Pastas, obrigam os órgãos e entidades que provocaram o parecer. Assim, os pareceres da PGFN versando sobre matéria disciplinar, se aprovados pelo Ministro de Estado da Economia - e, em geral o são -, vinculam os feitos disciplinares instaurados pela Coger ou pelos Escor. Os casos envolvendo aplicação de pena capital bem como os pedidos de revisão processual são de competência ministerial, cabendo então assessoramento da PGFN. E informe-se que, como regra, aquela condição (de o parecer da PGFN lograr aprovação ministerial) é satisfeita na grande maioria destas peças, o que as torna vinculantes no âmbito da RFB.

Então, de uma forma indireta, se vislumbra um caminho para que os pareceres CNPAD/CGU/AGU não submetidos à apreciação do Presidente da República (ou seja, sem força vinculante para além da própria AGU) influenciem a atividade correcional na RFB. Sendo a PGFN vinculada ao parecer aprovado pelo Advogado-Geral da União ou ainda, tendo a PGFN a boa prática de seguir o teor de parecer aprovado apenas pelo Consultor-Geral da União, de uma forma ou de outra, ao julgar os processos disciplinares transcorridos na RFB, o órgão de assessoramento jurídico ministerial adota, em sua própria peça de assessoramento jurídico, aprovada pelo Ministro de Estado da Economia, o conteúdo

manifestado no parecer CNPAD/CGU/AGU. Assim sendo, este conteúdo técnico exarado pela CNPAD/CGU/AGU termina assumindo valor vinculante na RFB, por via encadeada, por força do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Daí, nesta Apostila, ao lado dos “pareceres AGU” *stricto sensu* adotados pelo Advogado-Geral da União, igualmente se colecionam pareceres da CNU/CGU/AGU, da CPPAD/CGU/AGU, da CNPAD/CGU/AGU, do Decor/CGU/AGU ou da CGU/AGU emitidos a partir de 2016 sobre tema disciplinar e que, embora aprovados pelo Consultor-Geral da União, não tenham sido submetidos à adoção por aquele titular do órgão, pois também são fortes referências de entendimento advindas do órgão máximo de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal.

Nesta visão conglobante e inclusiva, os pareceres da AGU acerca de matéria disciplinar, integralmente reproduzidos (salvo omissão de identificações pessoais dos envolvidos nos casos concretos da primeira fase, em postura de respeito à intimidade e que em nada prejudica o entendimento), foram divididos em grupos, em ordem alfabética, de acordo com o principal assunto neles abordado. Como é comum abordarem mais de um assunto (sobretudo aqueles mesmos pareceres sobre casos concretos) e que nem todos constem de sua ementa, para facilitar a pesquisa, além de se reproduzir a ementa e a informação de que é vinculante (quando é o caso), foram listados, para cada parecer, todos os assuntos abordados. E estes pareceres multitemáticos foram integralmente reproduzidos apenas no grupo do seu principal assunto e, como complemento da informação, foram citados ao final dos demais grupos também abordados.

Informe-se que a Controladoria-Geral da União (CGU) disponibiliza no sítio eletrônico do seu Repositório de Conhecimento uma lista com diversas manifestações jurídicas exaradas no âmbito da AGU que, ao que se presume, o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) entende como relevantes, no link <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/1795>, acessado em 10/12/24

PARECERES DA AGU, POR ORDEM DE NUMERAÇÃO

(Tabela com hyperlink nos nº dos Pareceres)

PARECERES AGU Nº GQ (GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO)

PARECER AGU Nº GQ-7 (Parecer vinculante), de 06/09/93 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-8/93)

PARECER AGU Nº GQ-10 (Parecer vinculante), de 06/10/93 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-4/93)

PARECER AGU Nº GQ-12 (Parecer vinculante), de 07/02/94 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-2/94)

PARECER AGU Nº GQ-25, de 09/08/94 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-6/94)

PARECER AGU Nº GQ-28 (Parecer vinculante), de 30/08/94 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-7/94)

PARECER AGU Nº GQ-35 (Parecer vinculante), de 30/10/94 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-9/94)

PARECER AGU Nº GQ-37 (Parecer vinculante), de 09/11/94 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-13/94)

PARECER AGU Nº GQ-38 (Parecer vinculante), de 22/11/94 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-14/94)

PARECER AGU Nº GQ-55 (Parecer vinculante), de 30/01/95 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-1/95)

PARECER AGU Nº GQ-60, de 31/01/95 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-1/95)

PARECER AGU Nº GQ-66 (Parecer vinculante), de 31/03/95 (tem anexo o Parecer nº AGU/PRO-4/95)

PARECER AGU Nº GQ-84, de 16/10/95 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-8/95)

PARECER AGU Nº GQ-87, de 13/11/95 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-12/95)

PARECER AGU Nº GQ-91, de 14/12/95 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-5/95)

PARECER AGU Nº GQ-98, de 14/03/96 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-13/95)

PARECER AGU Nº GQ-99, de 14/03/96 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-1/96)

PARECER AGU Nº GQ-100, de 14/03/96 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-2/96)

PARECER AGU Nº GQ-102, de 16/05/96 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-11/95)

PARECER AGU Nº GQ-108, de 22/07/96 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-5/96)

PARECER AGU Nº GQ-110 (Parecer vinculante), de 09/09/96 (tem anexo o Parecer nº AGU/PRO-04/96)

PARECER AGU Nº GQ-121, de 20/03/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-1/97)

PARECER AGU Nº GQ-122, de 10/04/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-2/97)

PARECER AGU Nº GQ-124 (Parecer vinculante), de 28/05/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-1/97)

PARECER AGU Nº GQ-127, de 26/07/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-5/97)

PARECER AGU Nº GQ-128, de 24/07/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-6/97)

PARECER AGU Nº GQ-133, de 10/12/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-3/97)

PARECER AGU Nº GQ-135, de 18/12/97 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-7/97)

PARECER AGU Nº GQ-136, de 26/01/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-1/98)

PARECER AGU Nº GQ-138, de 02/02/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-2/98)

PARECER AGU Nº GQ-139, de 19/02/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-3/98)

PARECER AGU Nº GQ-140, de 19/02/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-4/98)

PARECER AGU Nº GQ-141, de 05/03/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-6/98)

PARECER AGU Nº GQ-143, de 18/03/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-7/98)

PARECER AGU Nº GQ-144, de 18/03/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-8/98)

PARECER AGU Nº GQ-145 (Parecer vinculante), de 30/03/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-9/98)

PARECER AGU Nº GQ-147, de 27/04/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-4/98)

PARECER AGU Nº GQ-149, de 27/04/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-1/98)

PARECER AGU Nº GQ-152, de 20/05/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-3/98)

PARECER AGU Nº GQ-153, de 25/06/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-5/98)

PARECER AGU Nº GQ-154, de 25/06/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-5/98)

PARECER AGU Nº GQ-156, de 25/06/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-2/98)

PARECER AGU Nº GQ-159 (Parecer vinculante), de 10/08/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-16/98)

PARECER AGU Nº GQ-160 (Parecer vinculante), de 10/08/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-15/98)

PARECER AGU Nº GQ-164 (Parecer vinculante), de 24/09/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-18/98)

PARECER AGU Nº GQ-165, de 01/10/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-22/98)

PARECER AGU Nº GQ-167, de 01/10/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-21/98)

PARECER AGU Nº GQ-168, de 01/10/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-20/98)

PARECER AGU Nº GQ-173, de 28/10/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-23/98)

PARECER AGU Nº GQ-176, de 03/12/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-6/98)

PARECER AGU Nº GQ-177 (Parecer vinculante), de 03/12/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-24/98)

PARECER AGU Nº GQ-182, de 28/12/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-25/98)

PARECER AGU Nº GQ-183 (Parecer vinculante), de 28/12/98 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-28/98)

PARECER AGU Nº GQ-193, de 21/06/99 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-1/99)

PARECER AGU Nº GQ-200, de 10/09/99 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-3/99)

PARECER AGU Nº GQ-201, de 10/09/99 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-4/99)

PARECER AGU Nº GQ-205, de 14/12/99 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-2/99)

PARECER AGU Nº GQ-210 (Parecer vinculante), de 21/12/99 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-9/99)

PARECERES AGU Nº GM (GILMAR FERREIRA MENDES)

PARECER AGU Nº GM-1 (Parecer vinculante), de 10/04/00 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-2/2000)

PARECER AGU Nº GM-3, de 10/04/00 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-4/2000)

PARECER AGU Nº GM-4, de 31/03/00 (tem anexo o Parecer nº AGU/LS-2/2000)

PARECER AGU Nº GM-5 (Parecer vinculante), de 26/03/00 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-3/2000)

PARECER AGU Nº GM-7, de 28/04/00 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-5/2000)

PARECER AGU Nº GM-14, de 11/12/00 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-6/2000)

PARECER AGU Nº GM-17, de 02/02/01 (tem anexo o Parecer nº AGU/WM-10/2000)

PARECER AGU Nº GM-26, de 27/09/01 (tem anexo o Parecer nº AGU/MF-3/2001)

PARECER Nº AC (ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA)

PARECER AGU Nº AC-54 (Parecer vinculante), de 10/04/06 (tem anexo o Parecer nº AGU/MS-7/2006)

PARECERES Nº GMF (GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA)

PARECER AGU Nº GMF-3 (Parecer vinculante), de 19/12/16 (tem anexo o Parecer nº 5/2016/CGU/AGU)

PARECER AGU Nº GMF-6 (Parecer vinculante), de 18/08/17 (tem anexo o Parecer nº 1/2016/CPPAD/CGU/AGU)

PARECERES Nº AM (ANDRÉ LUIS DE ALMEIDA MENDONÇA)

PARECER AGU Nº AM-2 (Parecer vinculante), de 09/04/19 (tem anexo o Parecer nº 1/2017/CPPAD/CGU/AGU)

PARECER AGU Nº AM-3 (Parecer vinculante), de 09/04/19 (tem anexo o Parecer nº 2/2017/CPPAD/CGU/AGU)

PARECER AGU Nº AM-4 (Parecer vinculante), de 09/04/19 (tem anexo o Parecer nº 1/2017/CNU/CGU/AGU)

PARECER AGU Nº AM-8 (Parecer vinculante), de 18/10/19 (tem anexo o Parecer nº 53/2019/Consuniação/CGU/AGU)

PARECERES Nº JL (JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR)

PARECER AGU Nº JL-2 (Parecer vinculante), de 18/05/20 (tem anexo o Parecer nº 2/2019/CNPAD/CGU/AGU)

PARECER AGU Nº JL-6 (Parecer vinculante), de 10/11/20 (tem anexo o Parecer nº 81/2020/Decor/CGU/AGU)

PARECER Nº BBL (BRUNO BIANCO LEAL)

PARECER AGU Nº BBL-8 (Parecer vinculante), 07/10/22 (tem anexo o Parecer nº 5/2022/CNPAD/CGU/AGU)

PARECER Nº JM (JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS)

PARECER AGU Nº JM-3 (Parecer vinculante), 04/09/23 (tem anexo o Parecer nº 15/2023/Consunhão/CGU/AGU)

PARECER CPPAD/CGU/AGU (COMISSÃO PERMANENTE DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO)

PARECER Nº 1/2018/CPPAD/CGU/AGU, de xx/xx/18

PARECER Nº 2/2018/CPPAD/CGU/AGU, de 29/01/18

PARECER Nº 3/2018/CPPAD/CGU/AGU, de 30/08/18

PARECER Nº 4/2018/CPPAD/CGU/AGU, de 25/09/18

PARECERES CNPAD/CGU/AGU (CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO)

PARECER Nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU, de 13/08/19

PARECER Nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU, de 13/08/19

PARECER Nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU, de 15/10/19

PARECER Nº 1/2020/CNPAD/CGU/AGU, de 17/01/20

PARECER Nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU, de 01/12/20

PARECER Nº 1/2021/CNPAD/CGU/AGU, de 09/11/21

PARECER Nº 3/2021/CNPAD/CGU/AGU, de 20/10/21

PARECER Nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, de 22/02/22

PARECER Nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU, de 13/07/22

PARECER Nº 1/2023/CNPAD/CGU/AGU, de 31/10/23

PARECER Nº 3/2023/CNPAD/CGU/AGU, de 27/06/23

PARECER Nº 1/2024/CNPAD/CGU/AGU, de 26/03/24

PARECER Nº 2/2024/CNPAD/CGU/AGU, de 16/07/24

PARECER Nº 3/2024/CNPAD/CGU/AGU, de 02/07/24

**PARECER SUBCONSU/PGF/AGU (SUBPROCURADORIA FEDERAL DE CONSULTORIA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL)**

PARECER Nº 1/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU, de 03/08/23

1 - ABANDONO DE CARGO

Assuntos abordados neste Parecer: Não há nulidade por falta de notificação para acompanhar apuração, se servidor assentiu ter ciência do processo.

PARECER AGU Nº GQ-84

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 16.10.95”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23080.053900/92-77

ORIGEM: Universidade Federal de Santa Catarina

ASSUNTO: Declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar, em consequência da inobservância de comando de que se assegure ao servidor, envolvido na irregularidade, o direito de acompanhar o processo e de se não o haver notificado do apuratório.

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-8/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo.

Brasília, 16 de outubro de 1995

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-8/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-84)

EMENTA: Não implica nulidade do processo administrativo disciplinar a apuração do abandono de cargo consistente na tomada de depoimento, em vista dos boletins de frequência, exclusivamente do acusado que tinha conhecimento prévio do apuratório, na indicição, na apresentação de defesa e na elaboração do relatório final.

Não nulifica o processo a inexistência de notificação do servidor a respeito dos direitos que as normas de regência lhe asseguram, no curso do apuratório, pois essa medida não decorre de imperativo de lei.

Insere-se na área de competência do Presidente da República a aplicação das penalidades de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade também dos servidores das autarquias e das fundações públicas federais, incluídas as entidades universitárias.

PARECER

Em abril de 1992, titular do cargo de Eletricista do quadro de pessoal da Universidade Federal de Santa Catarina, passou a faltar ao serviço sistematicamente, resultando dessa conduta funcional a instauração de processo administrativo disciplinar, destinado a apurar o possível abandono de cargo, em que teria incorrido.

2. A conduta funcional do servidor foi apurada por comissão de inquérito, designada pela Portaria nº 534/GR/93, de 11 de março de 1993, do Pró-Reitor de Ensino de Graduação da Instituição de Ensino, no exercício da Reitoria, a qual concluiu, no relatório final, pela inflição da penalidade de suspensão, por trinta e cinco dias.

3. Examinaram os autos os Órgãos jurídicos da Universidade, do Ministério da Educação e do Desporto e do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, divergindo todos da ilação do órgão colegiado, incumbido do apuratório, nos seguintes aspectos:

a) nos termos do art. 169 da Lei nº 8.112, de 1990, concluiu-se pela nulidade do processo disciplinar, decorrente do fato de não se ter assegurado ao servidor o direito de acompanhar a apuração do ilícito disciplinar, notificando-o *“de seus direitos, por escrito, antes mesmo de ser intimado para depoimento. De outro lado, alertado dos mesmos, pelo menos, quando de sua intimação, o que não ocorreu”*;

b) há inadequação da penalidade de suspensão, impondo-se a edição de ato expulsivo pela própria Universidade, com base no item III do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990 (comina a penalidade de demissão por inassiduidade habitual), por isso que se trata de servidor sem estabilidade;

c) cabível a aplicação da pena de demissão, face à caracterização do abandono de cargo a que aludem os arts. 132, II, e 138 da Lei nº 8.112, de 1990.

4. Em vista da sugestão do Senhor Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, os autos foram encaminhados, de ordem, a esta Instituição, por despacho do Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, a fim de pacificar divergências verificadas entre as Consultorias Jurídicas do MEC e do MARE.

5. Do início do presente Processo Disciplinar consta expediente do Chefe da Seção de Engenharia Elétrica do Hospital Universitário do referido estabelecimento de ensino, informando à Diretoria Administrativa, que integra, as ausências ao serviço praticadas pelo acusado, desde 11 de julho de 1992. O assunto tramitou por diversas unidades administrativas da Universidade e foi objeto da juntada dos boletins de frequência de fls. 3 a 10 e da ficha financeira de 1992 (fl. 11).

6. De maneira seqüencial, expediu-se a portaria de designação da comissão processante de fl. 12. Instalados os respectivos trabalhos, o colegiado deliberou, na mesma reunião, no sentido de ouvir-se o servidor, possivelmente faltoso (fls. 15 e 16).

(Nota: O presente Parecer é anterior à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de abandono de cargo.)

7. A seguir, a c.i. comunicou à autoridade instauradora do processo a instalação dos trabalhos de apuração (fl. 17) e convidou *“para prestar esclarecimentos, no processo que apura a prática de irregularidades que lhe são atribuídas”*, com indicação do local e hora (fl. 19), procedendo à juntada dessa “convocação” (fl.18).

8. Após colher o “depoimento” do servidor aludido, (fls. 20/1), o presidente da c.i. oficiou ao Departamento de Pessoal da Universidade, encarecendo informações pertinentes à licença para o trato de interesses particulares, que foi solicitada pelo acusado e a que se referiu, no depoimento (fl. 22). Em resposta, dilucidou-se que nada constava quanto à concessão da cogitada licença e encontrava-se suspenso o pagamento do acusado (fl. 22v).

9. Como passo seguinte, lavrou-se o documento de fl. 23, onde é consignado o encerramento da fase instrutória do processo e se delibera pela citação do acusado para apresentar defesa, consoante se verificou, nos termos do documento de fl. 24.

10. Em seqüência à defesa (fls. 25 e 26), foram juntados aos autos contracheques de pagamentos do indiciado, cópia de memorando em que solicitara o deferimento de licença para tratar de interesses particulares e o Processo nº 23080.022557/91-19, originário desse pedido de licenciamento. Não consta do apuratório o termo de juntada desses documentos, nem se dirime sobre a manifestação volitiva do indiciado para que assim se procedesse.

11. As providências subseqüentes consistiram na elaboração do relatório e encaminhamento do processo, presumidamente, à autoridade instauradora (fls. 42/52).

12. É exposta, de maneira minudente, a atuação da comissão apuradora, com o intuito de proporcionar melhor visualização do desenvolvimento do processo e evidenciar a desnecessidade da notificação para o acusado acompanhar os trabalhos, executados com o objetivo de determinar a verdade dos fatos, pois a comissão entendeu como suficientes, para a convicção de que se incorreu em abandono de cargo, a comunicação das faltas ao serviço, os respectivos registros e o depoimento do próprio acusado, afigurando-se-lhe despidiendos outros depoimentos e investigações, além de acareações e diligências. Assim é que no documento de fl. 23, a c.i. consigna que *“as provas documentais, aliadas às informações extraídas do depoimento do próprio acusado, constituem indício forte da responsabilidade do servidor, conforme art. 138 da já citada Lei: ‘Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos’.* Portanto, fica encerrada a fase de instrução deste processo. Com isto, o Presidente passa a citar o acusado para que apresente sua defesa, por escrito, no prazo legal que lhe é concedido (dez dias).”

13. O acusado não peticionou no sentido de *“arrolar ou reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas ou formular quesitos”* (art. 156 da Lei nº 8112, de 1990), não obstante haver sido convocado, imediatamente após a instalação dos trabalhos da c.i, para prestar depoimento relativo à infração que lhe estava sendo imputada, o que evidencia o conhecimento do processo.

14. Os arts. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, e 5º, inciso LV da Constituição são peremptórios em exigir que se observem o princípio do contraditório e a ampla defesa na apuração de infrações disciplinares. É incontestado que o acusado deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos concernentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente ser-lhe-á atribuída.

15. É essa a linha de raciocínio desenvolvida por Celso Ribeiro Bastos, *verbis*:

“O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualação não pode ser absoluta porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes.

A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.

Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em

dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas.

É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento.

Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo.” (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1989, 2ª vol, p. 267).

16. No caso dos autos em exame, à comissão de inquérito pareceu suficiente, para formar a convicção da culpabilidade, a singela apuração dos fatos, consistente numa seqüência imediata de instalação dos trabalhos de investigação, depoimento do acusado, indicição e defesa. Seria formalismo excessivo considerar o presente processo como padecente do vício de nulidade pelo só motivo de não haver-se notificado o servidor faltoso para acompanhá-lo, mormente em se considerando que o acusado, no seu depoimento (fl. 20), afirmou ter conhecimento do processo a que respondia.

17. A pretensão de que se declare a nulidade do processo pelo motivo aduzido no item anterior tem o condão de fazer presente ao espírito do parecerista a preleção de que deve “*o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis*” (Hermenêutica e Aplicação do Direito - Carlos Maximiliano, Forense, 1979, 9ª ed, p. 166) (*grifo do original*).

18. Por relevante, deve ser ponderado que inexistente determinação legal compelindo a c.i. a notificar o servidor “*de seus direitos, por escrito, antes mesmo de ser intimado para depoimento*”, sem o que entender-se-ia o processo inquinado de nulidade. O conhecimento da Lei (art. 156 do Estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais) é presumido, numa decorrência de sua publicação no órgão oficial de divulgação do Estado. A essa medida a comissão apuradora se obrigaria, na hipótese em que houvesse o comando legal: é a consequência imediata do princípio da legalidade, esculpido no art. 37 da Carta Republicana).

19. A juntada de contracheques de pagamentos do indiciado, de cópia de memorando em que solicitou o deferimento da licença para o trato de interesses particulares e do processo que cuida do último tema (não se dilucida a iniciativa dessa medida) não é de molde a caracterizar cerceamento de defesa, que se constitui num fato e, em assim sendo, deve ser demonstrado, indubitavelmente.

20. Esses documentos, se fossem relevantes para a formação do juízo de culpabilidade ou exculpação, seriam suscetíveis de influenciar na convicção da falta de tipificação do ilícito administrativo, uma vez que o indiciado alegou, no depoimento e na defesa, sérias dificuldades financeiras e o indeferimento arbitrário da licença, requerida.

21. Elucida-se, nos autos, que o servidor não possui estabilidade, condição para conceder-se o afastamento pleiteado, *ex vi* do art. 91 da Lei nº 8.112, de 1990, o qual, aliás,

não se constitui em direito do servidor, mas somente se o defere a critério exclusivo da Administração.

22. Assistisse direito ao servidor de obter a licença e negada, com desvio de poder, ainda assim não resultaria descaracterizada a tipificação da falta disciplinar, em virtude do conceito legal do abandono de cargo, fixado pelo art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, como sendo “*a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos*”. O estatuto imediatamente anterior ao atual considerava abandono de cargo “*a ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos*”, preferindo o legislador substituir essa expressão grifada pelo vocábulo “intencional”, com o propósito de tornar mais objetiva e prática a verificação do ilícito e elidir a excessiva subjetividade que a “justa causa” proporcionava na apuração do *animus abandonandi*.

23. A propósito, a deliberação do indiciado em faltar ao serviço exsurge do seu depoimento e até mesmo da defesa, apesar de enfatizar que sua ausência se deveu à necessidade de prover a família do seu sustento, que não lhe proporcionava a retribuição auferida pelo desempenho do cargo ocupado na Universidade. Observe-se:

“Esclareceu a seguir quanto aos motivos que o levaram à referida irregularidade: o salário percebido pelo acusado à época (setembro/92) era insuficiente para o seu sustento e o da família (03 pessoas: mulher, marido e filho de 02 anos de idade)”.

“Refere, também, que meses antes havia solicitado pela 2ª vez, licença sem vencimentos, com o objetivo de melhorar suas condições financeiras, buscando algum serviço que lhe trouxesse rendimentos para uma digna sobrevivência (ao menos por aquele momento). Tendo em vista que o pedido lhe foi negado resolveu ‘tentar a sorte em outro lugar’.”

“Passados alguns meses tentou reaproximar-se da UFSC, através de contato direto com a chefia imediata, com que, insistiu mais uma vez na possibilidade de conseguir ‘licença sem vencimentos’. Mais uma vez lhe foi dito que tal possibilidade inexistia. Foi então que o acusado resolveu ‘ir embora’.”

24. Não obstante alegar, na defesa, que a ausência ao trabalho não era intencional, mas premido o indiciado pela sua situação financeira, reconhece que se viu “*obrigado a procurar outras formas de recurso financeiro devido a situação de fome por que passava, pois como é sabido, o salário referente ao meu cargo, nesta Universidade, à época, era demasiadamente baixo*”.

25. Dúvidas inexistem relativamente à tipificação do abandono de cargo, na espécie. Não se configura o cerceamento de defesa, mesmo porque “*o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo*” (Celso Ribeiro Bastos, op. cit.).

26. O art. 141, item I, da Lei nº 8.112, de 1990, possui alcance que admite asserir que se inscreve na esfera de competência do Presidente da República a expedição de atos de demissão e cassação de aposentadoria e disponibilidade dos servidores públicos civis do Poder Executivo, bem assim das autarquias e fundações públicas federais, inclusive as entidades universitárias, tenham estabilidade, ou não. A abrangência dos servidores de tais autarquias e fundações dimana da inserção do termo “entidade” no supramencionado preceito estatutário.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

27. Nenhuma incompatibilidade se evidencia entre esse comando e a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial atribuída às universidades pelo art. 207 da Carta. A autonomia universitária não impede a função legiferante do Estado a nível infraconstitucional, que viabilize o controle administrativo dessas entidades pelo Poder Executivo.

28. Esse tema mereceu exame da extinta Consultoria-Geral da República, numa apreciação exaustiva. A propriedade de suas considerações induz à conveniência de reproduzirem-se excertos lapidares do entendimento, *ipsis verbis*:

“A autonomia universitária, qualquer que seja a dimensão em que se projete, objetiva assegurar às universidades um grau razoável de auto-governo, de auto-administração e de auto-regência dos seus próprios assuntos e interesses, sempre sob controle estatal, em função de sua tríplice destinação: o ensino (transmissão de conhecimentos), a pesquisa (produção de novos conhecimentos) e a extensão (prestação de serviços à comunidade).

A noção de autonomia universitária, contudo, não se confunde com a de independência, posto que supõe o exercício limitado de competências e de poderes, consoante prescrições e regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

A gestão de bens e interesses próprios e o poder de auto-administração e desempenho de funções específicas não afetam a possibilidade jurídica de controle administrativo do Poder Público sobre as universidades, nem subtraem, a este, a competência para autorizar-lhes o funcionamento, reconhecê-las e fiscalizar-lhes as atividades. É dever do Estado, diz a Constituição.

O regime de tutela que disciplina as relações entre o Estado e as universidades não impede que estas sejam submetidas a fiscalização de ordem institucional, ou de ordem político-administrativa ou, ainda, de ordem econômico-financeira.

A esse poder de vigilância não é oponível o princípio da autonomia universitária, posto que o exercício da prerrogativa estatal visa, tão-somente, à realização plena, por meios regulares e conformes ao ordenamento jurídico, dos fins institucionais para que a universidade foi concebida, idealizada e criada.

O sentido da cláusula constitucional referente à autonomia universitária - inextensível aos estabelecimentos isolados de ensino superior - não despoja o Estado de seu poder de tornar efetivos, mediante ato do Poder Executivo da União, após parecer favorável do Conselho de Educação competente, a autorização para funcionamento e o reconhecimento da Universidade.

A esse respeito, observa Celso Antônio Bandeira de Mello (in Revista de Direito Público, v, 73/57),

‘O reconhecimento da conveniência da adoção de medidas que autonomizem as universidades nos setores aludidos, de modo algum significa que o Estado deva ou até mesmo possa despedir-se seja de providências controladoras, seja de imprimir normativamente certas

contenções fundamentais que balizem o âmbito desta liberdade para auto-administração universitária...’

O princípio da autonomia universitária, embora de extração constitucional, não configura um valor absoluto em si mesmo e nem inibe a ação estatal destinada a tornar efetivos certos comandos inseridos na própria Constituição, cuja formulação objetivou assegurar, em essência, (a) a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (artigo 206, II); (b) o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas (artigo 206, III); (c) a gestão democrática do ensino público (artigo 206, IV); (d) a garantia de padrão de qualidade do ensino (artigo 206, VII); (e) a promoção humanística, científica e tecnológica do País (artigo 214, V).

A Universidade não se tornou, só por efeito do primado da autonomia, um ente absoluto, dotado de soberania e desvinculado do ordenamento jurídico.

A constitucionalização desse princípio - como já precedentemente observado - não alterou o conteúdo, não modificou a noção, não ampliou o alcance da autonomia universitária, e nem conferiu à Universidade a prerrogativa de agir à revelia dos órgãos federais competentes, a cujo poder normativo e de controle ainda continua sujeita (ver Lei nº 5.540/68, artigos 47 e 49, *vg.*).

O grau de autonomia concedido ao ente universitário sequer priva o Estado - nos casos de violação do ordenamento jurídico - de até intervir na Universidade, suspendendo-lhe, em consequência desse ato radical, o gozo e o exercício da própria autonomia, a teor do que dispõe o artigo 48 da Lei nº 5.540, de 1968, *verbis*:

‘O Conselho Federal de Educação, após inquérito administrativo, poderá suspender o funcionamento de qualquer estabelecimento isolado de ensino superior ou a autonomia de qualquer universidade, por motivo de infringência da legislação do ensino ou de preceito estatutário ou regimental, designando-se Diretor ou Reitor ‘pro tempore’.’ (Grifei)

Como anteriormente salientado, a autonomia de que gozam as universidades projeta-se, no que concerne ao seu conteúdo material, em três dimensões, a saber:

a) autonomia didático-científica, de caráter principal, que confere à universidade, sob a égide do pluralismo de idéias, o direito à liberdade de ensino e de comunicação do pensamento. Essa expressão da autonomia universitária transforma a universidade no ‘locus’, no espaço social privilegiado da liberdade e é, em torno dela, que se desenvolvem os demais aspectos. As autonomias de natureza administrativa e financeira ostentam caráter acessório ou instrumental, em face daquela de ordem didático-científica, que apenas buscam complementar. Por isso mesmo, adverte o eminente Caio Tácito (ver Parecer, in RDA, v. 136/263-268). ‘na autonomia universitária o que está em causa é o princípio mais alto da liberdade do ensino, que é uma das facetas da liberdade de expressão do pensamento’. E prossegue: ‘A liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério (...) é o fulcro da autonomia didático-científica das Universidades...’;

b) autonomia administrativa, de caráter acessório, que assegura à universidade, sempre em função de seu tríptico objetivo institucional, capacidade decisória para, de um lado, administrar os seus serviços, agindo

e resolvendo, '*interna corporis*', os assuntos de sua própria competência, e, de outro, disciplinar as suas relações com os corpos docente, discente e administrativo que a integram;

c) autonomia financeira, de caráter instrumental, que outorga à universidade o direito de gerir e aplicar os seus próprios bens e recursos, em função de objetivos didáticos, científicos e culturais já programados. Esse aspecto da autonomia universitária não tem o condão de exonerar a universidade dos sistemas de controle interno e externo. O Pretório Excelso, ao julgar essa questão, decidiu, pertinentemente ao tema da autonomia universitária, que o 'controle financeiro se faz a posteriori, através da tomada de contas e das inspeções contábeis' (ver RTJ, v. 94/1130).

A relação de acessoriedade - que torna ancilares, da autonomia didático-científica, as de caráter administrativo e financeiro - foi enfatizada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu que são estas, na realidade, inerentes e imprescindíveis à plena realização daquela, que se assenta no princípio assecuratório da liberdade de cátedra (ver Revista Forense, v. 186/149).

Em suma: o exame deste tema evidencia a possibilidade de plena convivência entre o instituto da autonomia universitária, de um lado, e os poderes de ordenação e de controle do Estado, de outro. Não se negam, não se repelem e nem constituem '*deux choses qui hurlent de se trouver ensemble*'.

Configuram, pelo contrário, situações só aparentemente antagônicas, posto que, na realidade, complementam-se, no interior do nosso sistema de direito positivo, em harmoniosa interação." (Parecer nº SR-79, in D.O. de 16/12/88).

29. Os boletins de frequência (fls. 3 a 10) consignam que o acusado cometeu mais de trinta faltas consecutivas ao trabalho, nos meses de abril e maio de 1992, antes de perfazerem sessenta faltas interpoladas. As ausências verificadas nos meses de junho e julho seguintes não somaram trinta consecutivas, vindo a se tornar contínuas a partir de outubro. Incorreu o servidor em abandono de cargo, em duas oportunidades, mas não se configurou a inassiduidade habitual, uma vez que as faltas ao serviço, computadas na tipificação de uma das infrações (abandono do cargo), não podem sê-lo para a configuração de outra (inassiduidade habitual).

30. Em síntese, tem-se:

a) a inexistência, nos autos, da notificação do servidor para acompanhar a evolução do processo disciplinar, no caso, não implicou inobservância do princípio do contraditório e da ampla defesa, porquanto a comissão de inquérito, essencialmente, apenas efetivou a juntada dos boletins de frequência, em que são indicadas as faltas ao serviço e tomou o depoimento somente do servidor a que se atribuiu o abandono de cargo, indiciando-o, de imediato, e o convocando para apresentar a defesa. No seu depoimento, o acusado assentiu que tinha ciência do processo instaurado para apurar sua conduta ilícita;

b) caracterizou-se a prática, por duas vezes, do abandono de cargo, sem que se incorresse em inassiduidade habitual, impondo-se, destarte, a inflição da penalidade expulsória, em decorrência da primeira infração;

c) a demissão dos servidores das entidades universitárias e das demais autarquias e fundações públicas federais se inclui na competência do Presidente da República, *ex vi* do art. 141, item I, da Lei nº 8.112, de 1990.

31. Na hipótese em que este pronunciamento seja adotado pelo douto Advogado-Geral da União e a decisão deste aprovada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, poderá o presente processo disciplinar ser encaminhado ao Ministério da Educação e do Desporto, a fim de ser formalizada a proposta de demissão do servidor faltoso.

Sub censura.

Brasília-DF, 10 de outubro de 1995

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Abandono de cargo se configura quando o servidor foge para frustrar a execução de prisão ordenada por autoridade judicial.

PARECER AGU Nº GQ-143

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 18.3.98”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23049.000029/97-91

ORIGEM: Ministério da Educação e do Desporto

ASSUNTO: Exame de processo administrativo disciplinar.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-7/98, de 5 de março de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 18 de março de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-7/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-143)

EMENTA: Em decorrência do disposto no art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, o total de mais de trinta faltas consecutivas ao serviço e a intencionalidade dessas ausências são conceptualmente os elementos constitutivos da infração disciplinar abandono de cargo.

PARECER

O presente processo disciplinar foi encaminhado a esta Instituição pela Presidência da República (v. Aviso nº 3, de 5/1/98, da Casa Civil), a fim de que seja pacificada divergência verificada entre a respectiva Subchefia para Assuntos Jurídicos e a Consultoria Jurídica do Ministério da Educação e do Desporto, relativamente à configuração do abandono do cargo de Agente de Vigilância do quadro de pessoal da Escola Técnica Federal de Mato Grosso e à conseqüente aplicação da penalidade de demissão ao servidor faltoso.

2. O dissenso prende-se ao entendimento assim externado pelo Órgão jurídico do MEC, quanto à responsabilização administrativa do indiciado, *verbis*:

“Tramita na 8ª Vara Criminal da Comarca de Cuiabá o Processo nº 1.945/97, resultado de Inquérito Policial instaurado contra o referido Servidor, na Polícia Especializada de Costumes, Jogos e Diversões (fls. 13), por crime de estupro, tendo como vítima a menor (...), filha de (...), companheira do Servidor, autora da acusação, Inquérito esse que, em 26.11.96, já se encontrava registrado na citada repartição.

3. Embora o processo ainda tramite no mencionado Juízo, a companheira do Servidor, após confirmar a inveracidade dos fatos relatados pela sua filha motivadores do registro da queixa, arrependida da representação criminal feita a desfavor do Servidor, recorreu a advogados, com o intuito de impedir que o mesmo fosse responsabilizado pelo suposto ilícito penal. Assim, foragido da polícia, o Servidor desapareceu do seu meio familiar, passando a viver em lugar incerto e não sabido, não sendo, inclusive ouvido pela Comissão processante, mesmo citado por Edital, conforme determina a legislação que rege a matéria.

Pelo demonstrado, é inquestionável a existência de fortes motivos que, com certeza, refletiram na vida do Servidor, causando problemas emocionais, familiares, profissionais e até mesmo judicial, que afastam, terminantemente, a configuração do ‘animus abandonandi’ do servidor” (*Encaminhamento nº 108/97, de 23/9/97*).

3. Diverge a Subchefia para Assuntos Jurídicos pelos motivos que se seguem.

“Permito-me, *‘data venia’*, discordar do entendimento e da solução emanados da retrocitada Unidade Jurídica, uma vez que as provas carreadas para os autos confirmam que o acusado teve a irrefutável intenção de faltar ao serviço, sendo esta conduta suficiente para incorrer no abandono de cargo, nos precisos termos do art. 138, da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe:

‘Art. 138 - Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço, por mais de 30 dias consecutivos’.

Ademais, é nesse sentido a Formulação nº 26 do ex-DASP (Incorre em abandono de cargo o funcionário que foge para frustrar a execução de prisão ordenada por autoridade judicial) e o Parecer C.G.R nº H-571/67 - D.O.U. de 06/10/67, os quais se fundamentaram nas disposições do art. 207 da Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários Cíveis da União, comandos legais estes recepcionados pelo atual Regime Jurídico Único aprovado pela Lei nº 8.112/90, arts. 132, inciso II, e 138.

Em face ao exposto e estando os autos, como de fato estão, instruídos na forma preconizada pela legislação vigente, tendo sido, inclusive, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, entendo que há de prevalecer a conclusão apresentada pela Comissão Processante, que recomendou a demissão do acusado, por abandono de cargo.”

4. Imprescindível apreciar se é consentâneo com o art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, o delineamento da caracterização do abandono de cargo, estabelecido pelo MEC com o objetivo de demonstrar a atipicidade da conduta funcional do indiciado, sob a alegação de que qualquer um dos seguintes motivos estaria compreendido nos limites do senso da razoabilidade e justificaria as faltas ao serviço:

a) o indiciado foragiu-se com o propósito de escapar à prisão determinada judicialmente, em virtude de ação penal movida por crime de estupro perpetrado contra a filha de sua companheira, à época com treze anos de idade (cfr. certidão de fl. 13, laudo de conjunção carnal de fls. 14 e 15, defesa de fl. 45, voto de membro da comissão de inquérito de fl. 46 e declaração de fl. 59). O último documento consigna a denúncia oferecida pelo Ministério Público, capitulando o delito no art. 213 do Código Penal (crime de estupro);

b) a comunicação dos fatos supra e o requerimento da adoção de medidas adequadas, formulados pela mãe da ofendida e também servidora da Escola (cfr. as fls. 11 e 71/75), teriam criado situação incômoda para o indiciado, no seu ambiente de trabalho.

5. A Lei nº 1.711, de 1952, no art. 207, § 1º, conceituava o abandono de cargo como resultante da “ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos”. A subjetividade acentuada de que se revestia a caracterização do *animus abandonandi* foi atenuada e imprimiu-se maior objetividade na verificação do tipo do fato delituoso, após a promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, art. 138, com a modificação conceptual dessa transgressão, dado que, *de lege lata*, considera-se abandonado o cargo no caso em que ocorre “a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos”. É

nítido o propósito do legislador: à caracterização do ilícito disciplinar exige-se a intencionalidade, elidida a exigência de que a falta ao trabalho não tenha motivo qualificado de justa causa.

6. Em consequência, entende-se autorizada a ilação de que, para efeito da configuração do abandono de cargo, são necessárias, exclusivamente, mais de trinta faltas consecutivas ao serviço e a intenção da ausência.

7. No caso, é inconteste que o indiciado faltou ao trabalho propositadamente.

8. Apenas para argumentar, se coubesse perquirir a respeito da justeza das ausências do indiciado, não seriam consideradas justificáveis, mesmo que improcedente a imputação do ilícito penal (as declarações de fls. 53 e 77 não suprem, na esfera administrativa, a decisão judicial sobre a culpabilidade ou inocência do réu, nem são suficientes à mera verificação de suas consequências na denúncia do Ministério Público, coubesse ao Executivo apreciar, em processo disciplinar, os atos deste ou os judiciais, pertinentes à área penal) e relevante o constrangimento que o servidor experimentaria, na repartição, em decorrência da comunicação da existência do processo criminal, efetuada pela genitora da vítima (fl. 11).

9. Os autos sequer noticiam que a presença do indiciado no seu local de trabalho implicaria risco para sua integridade física, de modo que houvesse justo receio de dano e necessidade de ausentar-se do serviço para proteger-se.

10. Utiliza-se a Administração do labor dos seus agentes para lhe infundir ação e expressar sua vontade, de modo a alcançar seu objetivo, consistente em proporcionar a utilidade pública. No caso específico da prisão, é decretada com o fito de proteger a sociedade. Diante disso, a Lei nº 8.112, no art. 229, instituiu o auxílio-reclusão devido à família do servidor, mas não contemplou qualquer justificativa, e não poderia ser diferente, quando este falta ao trabalho para esquivar-se de prisão judicial. Entender-se a fuga como fator de descaracterização do abandono de cargo representaria a premiação de quem se insubordinou contra a ordem judicial e dificultou a ação da Justiça, mesmo que manifesta fosse sua inocência.

11. Dúvida inexistente de que o indiciado faltou ao serviço, intencionalmente, durante mais de trinta dias. Caracterizado o abandono de cargo, como conceituado no art. 138, a sanção torna-se consequência da imperatividade do art. 132, ambos da Lei nº 8.112. Prescindível a fundamentação do decreto expulsório no primeiro dispositivo, pois ele tão-só consubstancia a conceituação do ilícito abandono de cargo.

Sub censura.

Brasília, 5 de março de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova da intencionalidade de abandonar o cargo incumbe à Administração

PARECER AGU Nº GQ-201

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 10.9.99”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 53000.001718/98-49

ORIGEM: Ministério das Comunicações

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Demissão.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-4/99, de 23 de agosto de 1999, da lavra da Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de setembro de 1999

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-4/99 (Anexo ao Parecer nº GQ-201)

EMENTA: Abandono de cargo.

I - Na leitura do art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, para a demissão por abandono de cargo, são imprescindíveis a ausência ao serviço por mais de trinta dias e a intencionalidade dessa ausência.

II - A prova da intenção incumbe à Administração.

III - Ficou comprovada a ausência por mais de trinta dias, mas não logrou a Administração fazer a prova da intencionalidade, imprescindível para a caracterização do abandono de cargo.

IV - Ao contrário, laudo médico registra a existência de distúrbio psiquiátrico.

V - Não cabe, em consequência, a aplicação da pena extrema.

I - RELATÓRIO

Com o Aviso nº 163, de 4 de fevereiro de 1999, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República submete à apreciação desta Advocacia-Geral da União o processo administrativo supra indicado, em face de divergência entre a Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações e a Subchefia para Assuntos Jurídicos daquela Casa.

2. O Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado com a Portaria nº 50, de 9 de junho de 1998 (fls. 23), para apurar a prática da infração abandono de cargo imputada à servidora (...), Auxiliar de Recreação, Classe B, Padrão II, matrícula Siape nº 752910. Diligências para localizar a servidora resultaram infrutíferas, tendo sido publicado Edital de Notificação (fls. 60 e 61). O defensor dativo designado (Portaria 63, de 16/7/98; fls. 73), ao apresentar defesa (fls. 75/77), indicou o endereço onde a servidora se encontrava, requereu fosse ela submetida a exame por junta médica e, no caso de constatado o desequilíbrio emocional, fosse aposentada por invalidez ou readaptada nos termos do art. 24 da Lei nº 8.112/90. Em virtude disso e considerando ter escoado o prazo estabelecido, a Comissão processante sugeriu fosse designada nova Comissão, o que ocorreu com a Portaria nº 69, de 30 de julho de 1998 (fls. 90).

3. A Comissão Processante, apesar de considerar como atenuante o fato de, por diversos períodos, a acusada ter faltado ao serviço ao longo de sua vida funcional em razão de problemas de saúde, concluiu:

“De todo o exposto, após terem sido analisados os autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 53000.001718/98, com plena isenção de ânimo, com extrema cautela e oferecida ampla defesa à indiciada, inclusive, submetendo-a a exames de sanidade física e mental, onde os senhores peritos médicos, mediante informação pelo Ofício/SECAB/REHUM/DAMF-DF nº 25/98, datado de 14/09/98 (fls. 156 e 157), constataram que o distúrbio psiquiátrico apresentado é curável e reversível, e que o motivo é decorrente de conflitos graves na família e social, porém, não constituindo razão suficiente para torná-la incapaz de entender o caráter irregular dos fatos que lhes foram atribuídos e perpetrados, em decorrência das injustificadas faltas praticadas. Portanto, face ao exposto no teor do relatório, esta Comissão conclui que, a servidora (...), Auxiliar de Recreação, Classe B, Padrão III, Siape 752910, do quadro permanente deste Ministério, faltou injustificadamente ao serviço, nos meses de janeiro/98, dias 08, 09, 12 a 16, 27 a 30 (fls. 11 e 12), fevereiro/98, dias 02, 03, 18 a 20, 25 a 27 (fls. 13 e 14), março/98, dias 02 a 06 (fls. 15), abril/98, dias 06 a 30 (fls. 17 e 18), maio/98, dias 01 a 31 (fls. 19 e 20) e, junho/98, dias 01 a 30 (fls. 91 e 92), não cumprindo com seu dever funcional, previsto no inciso I, II, III, X, do artigo 116, da Lei 8.112/90 (com redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97), configurando o abandono de cargo (inciso II, do artigo 132, da Lei 8.112/90 (com redação dada pela Lei 9.527, de 10/12/97), e sendo passível a penalidade disciplinar de demissão, consagrada no inciso III, do artigo 127, da Lei 8.112/90 (com redação dada pela Lei 9.527, de 10/12/97). Na certeza de haveremos enviado todos os esforços para o bom cumprimento do mandato a nós conferido e, diante das exposições acima, submetemos o relatório a V. Sª., para análise e decisões cabíveis.”

4. A Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações em parecer aprovado pelo Titular da Pasta, endossou a conclusão da Comissão:

“A Comissão Processante, no seu Relatório conclusivo, às fls. 161/165, concluiu que a servidora indiciada infringiu os arts. 116, incisos I, II, III, X; 132, inciso II, 127, inciso III, da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (com redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97), por falta ao serviço sem causa justificada, tipificado como abandono de cargo. Compulsando-se referido P.A.D., observam-se presentes os tipos objetivos e subjetivos dos ilícitos praticados pela indiciada, em estreita consonância com os artigos acima descritos. Desta forma, reconhecida a responsabilidade da servidora diante das provas colhidas nas investigações e nos depoimentos prestados, esta Conjur entende estar caracterizado *‘animus dereliquend’*, qual seja, a intenção consciente de abandonar o cargo, com seu alcance de ordem jurídico-legal. No que tange à defesa da servidora indiciada a vista do processo, não se vislumbra qualquer prova consistente e capaz de elidir a acusação, do que argumentos de todo impróprios e sem relevância diante do conjunto probatório dos fatos suficientemente subsistentes. O presente P.A.D. obedeceu *‘in totum’* as formalidades previstas nos arts. 143/166, da Lei 8.112/90, em todas as suas fases, desde a nomeação da Comissão Processante, sua instalação, as devidas citações, notificações, oitivas testemunhas, as respectivas juntadas, inclusive e principalmente o respeito pelo contraditório bem como o direito a ampla defesa, ambos consignados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não se antevendo cerceamento ou quaisquer outros atos que induzam o competente

julgamento em erro. '*Facta concludentia*', a indiciada infringiu os multicitados dispositivos legais, que prescrevem a pena de demissão para o tipo de transgressão qualificado na respectiva norma legal. Ante todo o exposto, face as provas irrefutáveis do ilícito praticado pela servidora (...), de repercussão danosa ao regime funcional e disciplinar sob controle oficial, ou expondo a tal, esta Conjur ratifica o enquadramento nos dispositivos legais sugeridos pela Comissão Processante, o que autoriza a autoridade competente a adotar as medidas cabíveis previstas nos arts. 141, inciso I, 132, e 138, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990."

5. Mas a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República discordou. Da Nota nº 208/99-SAJ/PR-MM, da lavra do Dr. Márcio A. Teixeira Mazzaro, destaque:

"2. Da análise processual constata-se que, na condução dos trabalhos apuratórios, foram observados, pelo trio processante, os princípios basilares do contraditório e da ampla defesa, tendo a acusada, em sua defesa, justificado as faltas a problemas de insanidade mental temporária, agravados em decorrência de uma instabilidade emocional oriunda de problemas familiares, que lhe obrigaram a se refugiar em uma chácara nos arredores de Brasília, deixando seus filhos aos cuidados de terceiros, acrescentando, ainda, a não ocorrência da intenção de abandonar o cargo público, até porque depende dele para seu sustento e de seus filhos.

3. A Junta Médica Oficial, constituída para avaliar as condições de sanidade da indiciada, concluiu por constatar a ocorrência de distúrbio psiquiátrico, inerente a conflitos graves na esfera familiar e social, sendo que o quadro observado, contudo, não incorreu em razão bastante para torná-la incapaz de entender o caráter irregular dos fatos que lhe foram atribuídos, sendo a doença de caráter reversível e curável.

4. A douta Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, mediante o Parecer Conjur nº 1.132/98, da lavra do Dr. Raimundo da Conceição Bahia Alves, concordou integralmente com a conclusão dos trabalhos apuratórios propondo, de igual sorte, a aplicação da penalidade de demissão da sobredita servidora, conclusão esta acompanhada por seus superiores, e que veio a ser objeto da Exposição de Motivos nº 412/MC, de 17 de dezembro p.p., e seu anexo projeto de decreto, subscrita pelo titular daquela Pasta.

5. Inobstante tais conclusões, com a devida vênia, sou quedado a discordar de tal entendimento, propondo, em contrapartida, a isenção de responsabilidade da servidora quanto ao delito que lhe é imputado.

6. E assim o faço convicto de que a prova dos autos é clara quanto à determinação de insanidade da servidora, mesmo sendo esta de caráter reversível e curável, como atestou a Junta Médica Oficial no documento de fls. 156.

7. Apurou a c.i., inclusive, que as faltas ao serviço por parte da indiciada tiveram como motivação os distúrbios psiquiátricos constatados pela Junta Médica, os quais, segundo justificou a servidora, não lhe deram condições para o regular exercício de suas funções, com atingimento, inclusive, na esfera familiar, resultando na medida extrema de separação dos seus filhos menores, legando-os temporariamente a outras pessoas, até que pudesse se recuperar do abalo emocional experimentado.

8. Consta, também, nos autos, alguns atestados médicos determinantes da insanidade física e mental da servidora no período em que esteve ausente do serviço (fls. 10, 79 e 141).

9. Ademais, a doença mental de que é portadora a servidora, atestada pela Junta Médica, embora não constituísse razão para torná-la incapaz de entender o caráter irregular dos fatos que lhe são atribuídos, lhe impediram de comparecer ao serviço, e que a reversibilidade e cura de seu distúrbio psiquiátrico demandará tratamento, podendo se agravar, contudo, caso se perpetue sua demissão, já que do fruto de seu trabalho depende não só a servidora como sua prole.

10. Entendo que a Administração, ciente da insanidade da servidora, não pode fazer vistas grossas ao problema, simplesmente desligando-a do serviço público. Pode, e deve, oportunizar-lhe tratamento adequado e especializado, com posterior acompanhamento sistemático pela rede de saúde pública, em atitude humana e sensata.

11. O supramencionado posicionamento, inclusive, tem até o condão de evitar prejuízos ao erário com possível demanda judicial que fatalmente seria favorável à servidora em questão caso se socorresse a tal tutela.

12. Assim, presente a dúvida quanto a higidez física e mental da servidora indiciada, salvo melhor juízo, entendo não se deva lhe aplicar a pena expulsória, na forma recomendada pela sobredita Exposição de Motivos e, muito pelo contrário, proporcionar a mesma tratamento adequado e especializado para que veja sua doença revertida e curada, como atestou a douta Junta Médica Oficial.

13. Nestas circunstâncias, e diante da divergência de entendimentos jurídicos, opino pela submissão da questão à decisão da d. Advocacia-Geral da União, a quem compete dirimir a controvérsia, nos termos da Lei Complementar nº 73/93, decidindo pela decretação da penalidade expulsória, ou não, em face do abandono não intencional do cargo pela servidora em questão.”

II - CONCEITO DE ABANDONO DE CARGO - INTENCIONALIDADE - ÔNUS DA PROVA - ATRIBUIÇÕES DA COMISSÃO

6. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

.....

II - abandono de cargo;

.....

Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.

7. No caso de abandono de cargo, a ausência deve ser intencional, ou seja, não basta a inexistência de justa causa para a ausência ao serviço; é preciso mais: deve haver a intenção. Por mais de uma vez, esta Instituição já se pronunciou neste sentido (Pareceres nºs GQ-102/96, GQ-143/98, GQ-148/98, GQ-160/98). Do Parecer nº AGU/WM-11/95, da lavra Consultor da União Dr. Wilson Teles de Macêdo, adotado pelo Parecer GQ-102, da lavra do Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão, Advogado-Geral da União, destaco:

“Veja-se que a Lei nº 1.711, de 1952, art. 207, § 1º, conceituava o abandono de cargo como resultante da ‘ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos’. A subjetividade acentuada de que se revestia a caracterização do ‘animus abandonandi’ foi atenuada e imprimiu-se maior objetividade na verificação de que foi verificado o fato delituoso,

após a promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, que inseriu modificação conceitual, de maneira que é considerado abandonado o cargo no caso em que ocorre 'a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos' (art. 138). Para caracterizar a infração, a Lei já não mais exige que a falta ao trabalho não tenha motivo qualificado de justa causa, mas é suficiente a intencionalidade. À tipificação do abandono de cargo a norma legal requer mais de trinta faltas ao serviço e a intenção da ausência."

8. E o ônus da prova dessa intenção, cabe à Administração, por intermédio da Comissão Processante. É a lição que se extrai de Rigolin: *"No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado."* (Ivan Barbosa Rigolin, Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 283).

9. Da mesma forma, Hely Lopes Meirelles. Ao referir-se à instrução, concluiu que nos "processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1995, 20ª ed., p. 591)

10. Recentemente, esta Instituição também teve oportunidade de afirmar que *"No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração"* (GQ-136/98).

11. A gravidade da punição recomenda cautela na apuração da falta administrativa. Em parecer sobre a infração de abandono de cargo, o então Consultor-Geral da República, Dr. Saulo Ramos asseverou:

"2. O abandono de cargo ou função constitui, em nosso direito positivo, ilícito passível de repressão nas esferas administrativo-disciplinar e penal. Se caracterizado, tornará impositivo, no plano administrativo, a sanção expulsiva, consistente na pena de demissão. O extremo rigor da resposta estatal, inclusive nos domínios penais, corresponde à gravidade objetiva do comportamento funcional do infrator, que, ao assim proceder, deixa de cumprir dever essencial ao exercício do cargo ou função e gera uma situação de potencialidade danosa à regularidade e à continuidade dos serviços públicos (ver Mário Masagão, 'Curso de Direito Administrativo', p. 233 e 249, itens 408 e 428, 5ª ed., 1974, RT; José Cretella Júnior, 'Tratado de Direito Administrativo', vol. IV, P. 379 e 392/393, itens 20 e 211, 1967, Forense; Themistocles Brandão Cavalcanti, 'Tratado de Direito Administrativo', vol. III, p. 418/419 e 470/471, 1942, Freitas Bastos; J. Guimarães Menegale, 'O Estatuto dos Funcionários', vol. II, p. 596/600, itens nºs 528/532, 1962, Forense; Celso Delmanto, 'Código Penal Comentado', nota ao artigo 323, 1986, Freitas Bastos; Damásio E. de Jesus, 'Direito Penal', vol. 4, p. 159, 1988, Saraiva).

3. Dentre os 'essentialia' que compõem a estrutura jurídica do abandono de cargo ou função, está um, de caráter subjetivo, cuja ausência descaracteriza o ilícito administrativo em questão. Trata-se do elemento moral da infração, que se reflete no 'animus derelinquendi vel abandonandi', cuja aferição dependerá da análise de circunstâncias objetivas.

4. Assim, a existência de motivo relevante, que torne justificável, nos termos da lei, a ausência prolongada ao serviço, poderá inibir a Administração Pública de impor a sanção demissória (ver RDA, vol. 42/353), porque 'sem a prova da intenção, não se configura o abandono de cargo' (ver RDA, vol. 42/375).

5. O estado de inimizabilidade do suposto infrator suprime-lhe a capacidade ético-jurídica de autodeterminação, tornando-o, em consequência, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Essa observação se torna juridicamente relevante, porque a inimizabilidade atua como fator de exclusão da culpabilidade do agente, rompendo o vínculo moral ou o liame subjetivo que se estabelece entre o agente e o ilícito objetivado em sua conduta.

6. A espécie versada nestes autos envolve agente público que ora pleiteia revisão de inquérito administrativo de que lhe resultou a aplicação da pena de demissão, por abandono do cargo de Agente de Portaria, Código TP - 1202, Classe A, do Ministério do Exército.

7. Comprovou-se, pericialmente, que o agente público interessado já apresentava, no ano em que ocorreram as faltas ao serviço (1979), alteração de personalidade e instabilidade emocional, fatores estes que tiveram o condão de afetar-lhe o senso de responsabilidade e a capacidade de reflexão consciente sobre os seus próprios atos." (D.O.U de 11/8/88, p. 15.195.)

12. A prova da intenção, repete-se, incumbe à Administração por intermédio justamente da Comissão processante cujas atribuições não se resumem à constatação da ausência por mais de trinta dias consecutivos. Como representante do Estado, deve procurar a verdade, apurar a real situação a fim de possibilitar à autoridade julgadora a emissão de decisão justa. Ao tempo da Consultoria-Geral da República, a Administração já estava atenta para esse aspecto. Tomemos como exemplo o Parecer L-191, da lavra do Consultor-Geral da República Luiz Rafael Mayer (D.O.U. de 27/6/78, p. 9.725). Depois de citar acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos, no sentido de que "*O crime de abandono de função pública é de natureza dolosa; só se caracteriza ou integra com a existência do dolo; ou seja, a vontade deliberada do funcionário de abandonar o cargo*", o ilustre Consultor-Geral prosseguiu: "*Caio Tácito adere a idêntico pensamento e, com apoio em Nino Lei, proclama 'que não se confundam o abandono doloso com a simples ausência do serviço, o critério distintivo está no 'animus revertendi', que inexiste no primeiro caso e configura a segunda hipótese'.*" (Rev. Dir. Adm. Vol. 1 - fac. 1, pág. 210). Tratando-se, pois, de orientação normativa, caberá aos encarregados de apurar faltas desta natureza usar de toda cautela no sentido de colher, através de todos os instrumentos de prova, o verdadeiro propósito do servidor acusado, pois a norma positiva impõe a sanção quando o comportamento do agente se evidencia contrário à sua permanência no serviço público.

13. É certo, igualmente, que o processo deverá conter todos os elementos que conduzam o julgador a uma firme convicção, quer da inexistência do '*animus*' do abandono, ou do '*animus revertendi*', no dizer de Caio Tácito, - caso em que compete ao funcionário comprovar, - quer, ao invés, da intenção de ruptura do vínculo empregatício. A materialidade da ausência continuada ao trabalho autoriza a Administração a tomar as providências para afastar o funcionário de seus quadros, mas esse propósito disciplinar, entretanto, deverá ceder diante da comprovação de não ter havido a vontade de abandonar o serviço, ou em razão de acontecimentos que justificassem, cabalmente, aquele afastamento, ou quando o conjunto de fatos indica, pelo menos, uma óbvia inadequação

entre os motivos da conduta e a representação mental de suas conseqüências. Tudo isso deveria ser suscitado nos autos, de modo a que a sensibilidade dos membros da Comissão e do próprio julgador seja capaz de apreender a definição mais justa da hipótese. Na verdade, a atitude do faltoso, envolvendo diretamente seu meio de subsistência, protegido pelo direito natural, deve ser ponderada com sensibilidade. Não se chegaria, decerto, ao ponto de inconsiderar o direito positivo perante aquele, como, por certo, sustentaria a doutrina jusnaturalista (cfr. Hans Kelsen, in “A Justiça e o Direito Natural”, pág. 5), mas é recomendável o exame da conciliação entre o preceito e o comportamento, antes que se busque o conflito inevitável a sugerir a punição.

Entretanto, é forçoso convir que a tarefa da Comissão não reside, exclusivamente, em analisar as alegações de defesa, pois o processo administrativo visa a apurar, por todos os meios, os fatos e suas circunstâncias, a verdade real, de sorte a orientar a autoridade no seu julgamento, fornecendo-lhe os elementos necessários a uma justa decisão. A própria Lei nº 1.711, de 1952, evidencia o propósito ao declarar: “Art. 221. A Comissão procederá a todas diligências convenientes, recorrendo, quando necessário, a técnicos ou peritos.” Comentando o preceito, o ilustre A. A. Contreiras de Carvalho é incisivo: “A função da Comissão de Inquérito é, pois, a de reunir ‘os produtores desta certeza’, certeza não somente da existência dos fatos, como também, da sua autoria. Para isso lhe outorga a lei os poderes a que atrás nos referimos” (“Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado”, vol. II, pág 233/4).

Não se paute, portanto, a Comissão, na sua indagação probatória, simplesmente pelas linhas ou sugestões do articulado da defesa, que poderá ser limitado ou deficiente. Pois a sua incumbência é a de buscar a verdade através de todos os meios ao seu alcance, dado que, no caso, a Administração, que ela representa, se é promotora do inquérito tendente a punir, tem igualmente a função de juiz que deve julgar com imparcialidade e completo conhecimento de causa. No caso destes autos, por exemplo, o simples fato de um funcionário, com trinta e quatro anos de serviço deixar de comparecer ao trabalho, por um período que caracterize o abandono, perdendo, em conseqüência, não apenas o emprego mas, e aí o inusitado, uma aposentadoria que se lhe apresentava tão próxima, ensejava, pelo menos, uma séria indagação inicial sobre a normalidade do seu comportamento. A não ser por capricho extravagante, ninguém, em sã consciência, renunciaria a esse direito, tanto mais que a situação financeira do indiciado era a mais precária possível, já perdidos todos os seus bens, móveis e imóveis, sem teto para morar, e no entanto com obrigações para com o sustento da família, como tudo se vê dos autos. Não será necessário, tendo em vista a própria contingência humana, uma maior certeza sobre integridade psíquica de uma pessoa, que, nesta situação, deseja desvincular-se do único meio de sobrevivência de que dispõe?

14. No caso destes autos, como bem salientou a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, o laudo médico, inobstante tenha afirmado que a doença de que é acometida a servidora seja curável, uma vez que não é irreversível, foi categórico ao afirmar a existência de distúrbio psiquiátrico: “Considerando o distúrbio psiquiátrico constatado, inerente a conflitos graves na esfera familiar e social, temos a informar que o quadro observado é reversível e curável.” (fls. 156).

III - CONCLUSÃO

15. A Comissão processante anexou aos autos comprovantes de ausência por mais de trinta dias ao serviço. Não provou, todavia, a intenção. Além de a servidora alegar problemas de saúde, que foram comprovados pelo laudo médico, acrescente-se que, como consta dos autos, depende de seu emprego para manter-se e a seus filhos. Não seria normal que abandonasse o único meio de subsistência. Ao longo de sua carreira, como se pode ver de

sua ficha funcional (fls. 41/44), a servidora esteve, por motivo de licença médica, afastada de seu cargo inúmeras vezes, tendo sido inclusive “*em conformidade com relatório médico*” recomendada a sua readaptação em 1995 (fls. 39), o que parece não ter-se efetivado.

16. Não há prova inconteste da intencionalidade da ausência ao trabalho. Houve falhas na apuração da alegada infração que não restou devidamente comprovada.

17. Não tendo havido a prova de abandono de cargo, não se há de aplicar a punição extrema ao servidor.

18. Pelo arquivamento dos autos.

À consideração superior.

Brasília, 23 de agosto de 1999.

Mirtô Fraga
Consultora da União

Assuntos abordados neste Parecer: Laudos, perícias e pareceres técnicos emitidos por Juntas Médicas Oficiais têm preeminência sobre simples atestados médicos fornecidos por facultativos particulares.

PARECER AGU Nº GQ-205

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 14.XII.99*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 53000.012259/97-84

ORIGEM: Ministério das Comunicações

ASSUNTO: Proposta de demissão da servidora (...), por abandono de cargo, com fundamento nos arts. 132, inc. II e 138, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-2/99, de 19 de outubro de 1999, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 14 de dezembro de 1999

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER NºAGU/LS-2/99 (Anexo ao Parecer nº GQ-205)

EMENTA: Comprovado, às escâncaras, nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 53000.01259/97 o *animus* de abandonar o cargo por parte da servidora (...), poderá a autoridade superior, no caso o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, demiti-la com base no art. 132, inciso II e 138, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

II - A obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa foi, rigorosamente, observada pela Comissão Processante na apuração dos fatos que resultaram na indicição da servidora.

III - Valor indiscutível dos laudos, perícias e pareceres técnicos emitidos por Juntas Médicas Oficiais, uma vez que têm preeminência sobre simples atestados médicos fornecidos por facultativos particulares.

PARECER

Vem de ser solicitada a audiência desta Instituição, com o Aviso nº 688, de 25 de maio do corrente ano, da Chefia da Casa Civil da Presidência da República, pelo qual é encaminhada a Exposição de Motivos nº 5, de 26.01.99, do Ministério das Comunicações, acompanhada do respectivo Processo Administrativo Disciplinar nº 53000.012259/97, instaurado no âmbito de antedita Secretaria de Estado para apurar possíveis faltas injustificadas ao serviço, imputadas à servidora (...).

2. Esta Instituição está sendo chamada a opinar, porquanto nos autos do processo há evidente divergência de entendimento entre a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota-SAJ nº 1371/99-JAM) e o pronunciamento da douta Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações (Parecer nº 025/99-Conjur/MC) a respeito da matéria neles contida.

3. Ao fito de se conhecer as duas opiniões, que se contrapõem, necessário se torna transcrevê-las na íntegra para que, depois, se possa oferecer desate à questão.

4. Em primeiro lugar, manifestou-se a Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, expondo e concluindo, da seguinte maneira, *in verbis*:

“Parecer nº 025/99-Conjur/MC
Origem: Ministério das Comunicações
Assunto: Abandono de Cargo

Senhora Consultora Jurídica,

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 1º do art. 167, da Lei nº 8.112, de 1990, o Senhor Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração deste Ministério encaminha a esta Consultoria Jurídica o processo referenciado para análise e pronunciamento. Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar instaurado com a finalidade de apurar ausências injustificadas no local de trabalho por mais de trinta dias consecutivos, a partir de 28 de julho de 1998, pela servidora (...), Agente Administrativo, Siape nº 0779290, do Quadro de Pessoal Permanente deste Ministério. A Comissão Processante, no seu Relatório Conclusivo, às fls. 321/334, concluiu que a servidora indiciada infringiu o art. 138, da Lei nº 8.112/90, estando passível de pena de demissão regra imposta no inciso II, do art. 132, inciso III, do art. 127 da mesma Lei com redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97, por faltar ao serviço sem causa justificada, tipificado como abandono de cargo, *in verbis*:

Art. 116. São deveres do servidor:

- I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- II - ser leal às instituições a que servir;
- III - observar as normas legais e regulamentares;
- X - ser assíduo e pontual ao serviço;
- (...)

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- (...)
- II - abandono de cargo;
- (...)

Art. 127. São penalidades disciplinares:

- (...)
- III - demissão;
- (...)

Verificando-se o feito, constata-se que os dispositivos acima mencionados foram infringidos pela indiciada, o que caracteriza a responsabilidade da servidora diante das provas colhidas nas investigações e nos depoimentos prestados à Comissão Processante.

Foram cumpridas as formalidades previstas nos arts. 140 e seguintes, da citada Lei nº 8.112/90, em todas as fases do Processo Administrativo Disciplinar desde a nomeação da Comissão Processante, sua instalação, as devidas citações, notificações, oitivas de testemunhas, as respectivas juntadas, principalmente a respeito do contraditório e da ampla defesa, institutos jurídicos indispensáveis ao bom andamento e à conclusão do PAD, consignados no art. 5º, inciso LV da Carta Magna de 1988. Diante de tais fatos, esta Consultoria Jurídica entende que ficou caracterizado o abandono de cargo por parte da indiciada, a servidora (...), razão pela qual foram elaborados os atos a serem encaminhados, juntamente com o referido processo e seus apensos, à consideração do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, autoridade competente para julgar e decidir a

matéria, na forma do inciso I, do art. 141, da multicitada Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

É o Parecer s.m.j., à consideração da Senhora Consultora Jurídica.

Brasília, 12 de janeiro de 1999.

Maria Dulcimar Martins Benvindo

Chefe de Divisão

Despacho nº 027/99-Conjur/MC

Aprovo o Parecer nº 025/99-Conjur/MC, pelo que submeto a matéria à elevada consideração do Sr. Ministro de Estado das Comunicações.

Brasília, 15 de janeiro de 1999.

Raimunda Nonata Pires

Consultora Jurídica”

(Nota: Neste Parecer, há manifestações anteriores ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

5. Eis, abaixo, a Nota exarada pela douta Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, *ipsis litteris*:

“Nota SAJ nº 1371/99 - JAM

Proposta de demissão da servidora (...), por abandono de cargo, com fundamento nos arts. 141, inciso I, e 132, inciso II, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; pela não aplicação da penalidade sugerida, não só porque não comprovada a vontade de abandonar, como também em razão de vício insanável, não oitiva da acusada (crise emocional no primeiro depoimento, não concedeu-se nova oportunidade); sugestão de anulação do apuratório, constituição de outra Comissão para instauração de novo PAD, ao abrigo do art. 169, da Lei nº 8.112, de 1990; face a controvérsia encaminhamento dos autos à Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei Complementar nº 73/93.

Proc. nº 53000.012259/97-84.

Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela Portaria nº 253, de 16 de novembro de 1998, do Senhor Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério das Comunicações, publicada no Boletim de Serviço nº 47, de 20 de novembro de 1998 (fls. 217), para apurar possíveis irregularidades administrativas atribuídas a servidora (...) (abandono de cargo), matrícula Siape nº 0779290, Datilógrafo do Quadro de Pessoal do Ministério das Comunicações.

Impende consignar, preliminarmente que segundo a ficha médica da servidora (fls. 101 e 101 verso) vem ela apresentando atestados médicos desde o ano de 1992, sendo certo que a partir de 02 de fevereiro de 1998 não foram mais os atestados homologados por Junta Médica Oficial (fls. 38 e 39).

Cumpre salientar, por oportuno, que a Comissão Processante após a juntada de documentos diversos, inclusive Perícia Médica (fls. 273 a 275), oitiva da testemunha Dr. (...) (fls. 230 a 234), única tentativa de interrogatório da acusada (fls. 299), termo de instrução e indicição (fls. 300 a 304), e defesa (fls. 310 a 320), utilizando-se do processo sumário previsto nos arts. 133 e 140, da Lei nº 8.112, de 1990, opinou, em extenso

relatório final (fls. 321 a 334), pela aplicação da penalidade de demissão a servidora (...), por abandono de cargo (arts. 132, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990), assim aduzindo, em conclusão:

‘III - Conclusão

Afastada, à saciedade, a viabilidade de ser dado provimento às hipóteses argüidas pela defesa, esta Comissão conclui que a acusada incorreu em abandono de cargo, na forma do disposto no art. 138, da Lei nº 8.112/90, estando passível da pena de demissão capitulada no inciso II, do artigo 132 da mesma Lei. Convictos de que envidamos todos os esforços para bem cumprir a tarefa que nos foi conferida, damos por encerrados os trabalhos desta Comissão e submetemos à consideração de V.Sª o presente Relatório, bem assim toda a documentação autuada no Procedimento Administrativo Disciplinar nº 53000.012259/97, constituído de 334 folhas, inclusive esta, para que sejam elaborados os atos necessários à aplicação da pena de demissão da servidora (...), sem prejuízo das demais medidas que se mostram necessárias ao completo saneamento deste procedimento administrativo, tendo em vista que o abandono de cargo ficou caracterizado a partir de 28 de julho de 1998, tendo a acusada recebido seus vencimentos integrais até o mês de setembro do mesmo ano (fl. 165).’

Encaminhados os autos à d. Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, que do seu exame entendeu, pelo Parecer CJ nº 025/99, de 12 de janeiro de 1.999 (fls. 336 a 338), concordando plenamente com o posicionamento adotado pela Comissão Processante, em propor a demissão da servidora com supedâneo nos arts. 132, inciso II, e 138, da Lei nº 8.112, de 1990, que se relacionam com abandono de cargo, cujas conclusões foram as seguintes:

‘Foram cumpridas as formalidades previstas nos arts. 140 e seguintes, da citada Lei nº 8.112/90, em todas as fases do Processo Administrativo Disciplinar desde a nomeação da Comissão Processante, sua instalação, as devidas citações, notificações, oitivas de testemunhas, as respectivas juntadas, principalmente a respeito do contraditório e da ampla defesa, institutos jurídicos indispensáveis ao bom andamento e à conclusão do PD, consignados no art. 5º, inciso LV da Carta Magna de 1998. Diante de tais fatos, esta Consultoria Jurídica entende que ficou caracterizado o abandono de cargo por parte da indiciada, a servidora (...), razão pela qual foram elaborados os atos a serem encaminhados, juntamente com o referido processo e seus apensos, à consideração do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, autoridade competente para julgar e decidir a matéria, na forma do inciso I, do art. 141, da multicitada Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.’

Do nosso exame, no entanto, discordamos tanto da Comissão Processante como da d. Consultoria Jurídica do Ministério da Comunicações, posto que entendemos que o relatório final, que aduz ter a testemunha prestado depoimento pela volta ao trabalho, vai de encontro com as provas do apuratório, uma vez que esta única testemunha ouvida, médico que a vários anos acompanha a acusada, na verdade atesta, no caso específico, da impossibilidade do retorno ao trabalho, a saber:

‘Perguntado qual seria a doença que a acusada está acometida, respondeu que Transtorno Distímico de Humor (Comorbidades: Depressão maior e Síndrome do Pânico). ... perguntado se confirma o entendimento expressado pela acusada quando afirma à fl. 1, que o trabalho prejudicaria sua recuperação, respondeu que eu só acho, que no exame eu não vejo em

condições de retornar ao trabalho, eu pessoalmente acho, sou a favor do trabalho, eu trabalho no sábado e no domingo, sou totalmente a favor do trabalho, mas tem hora que eu tenho que admitir que não tem condições de trabalhar. No caso específico eu tenho afirmado claramente que ela não tem condições de trabalhar. Eu acho que trabalho não prejudica tratamento algum. Ela não reúne condições mínimas de desenvolver um trabalho. Quando a pessoa apresenta condições mínimas para trabalhar, eu sou o primeiro a estimular. ... Perguntado se a presença da acusada no ambiente de trabalho poderia ensejar constrangimento aos colegas de trabalho, seja pela sua aparência física, seja pelo seu comportamento, na forma por ela insinuada à fl. 3, respondeu que talvez ela tenha se expressado de forma equivocada, pois acho que o constrangimento seria dela. É uma situação constrangedora para ela e até para os colegas de trabalho. Perguntado se o desmaio é um sintoma peculiar à doença da acusada, conforme afirmado à fl. 1, respondeu que não, não é característica. Perguntado se o fato da acusada necessitar de acompanhamento psiquiátrico implica necessariamente em seu afastamento das atividades laborais (fl. 8), respondeu que na grande maioria dos pacientes portadores dessa patologia, tem sido curados. Fazendo as coisas normais do dia a dia. Estamos falando a respeito de uma lamentável exceção. Perguntado se conjugua com o Laudo Psiquiátrico nº 604/97 - SPL, emitido pelo Instituto de Medicina Legal Leonídio Ribeiro (fls. 7/8), no sentido de que a acusada é capaz de reger a si e de administrar seus bens, declarou que sim, ela não é psicótica, uma alienada mental, ela estabelece raciocínio, pode falar de futebol, política. Perguntado se conjugua com o entendimento proferido pela Junta Médica do Ministério dos Transportes (fl. 22 do Processo nº 53000.007218/97), no sentido de que a patologia alegada ensejaria o afastamento das atividades laborais, no máximo, por noventa dias e que, a partir daí, esse afastamento reverteria em prejuízo para a recuperação e integração da acusada ao meio, respondeu que o meu desejo que ela possa ter uma resposta positiva, só que a verdade é outra lamentavelmente as coisas não aconteceram dessa forma. Teoricamente eu estou de acordo, só que na prática está acontecendo outra coisa, isso seria o desejável, mas não é o que está acontecendo....`

Assim, tem-se evidente conflito entre o depoimento do médico que há anos acompanha a acusada, com o laudo pericial apresentado pela Junta Médica Oficial, o que por si só recomendaria a realização de novas diligências para elucidação da controvérsia. Não restando, por conseguinte, devidamente comprovado, ao nosso sentir, o ´animus´ de abandonar o cargo por parte da acusada. Recomendar-se-ia, deste modo, face a gravidade do ocorrido a designação de nova Junta Médica composta de peritos indicados pela Administração e pelo advogado da servidora, de modo que fosse ela novamente examinada, objetivando a elucidação da controvérsia instalada, relativa a divergência de opinião médica existente no feito, entre o depoimento de médico especialista na matéria, e que acompanhou a acusada, e o laudo sobre a capacidade laboral da servidora. Há que se ter em conta, ademais, que a Comissão Processante ao não facultar a acusada nova oportunidade para seu próprio depoimento, dada a crise emocional de que foi acometida na primeira convocação, incorreu em evidente cerceamento de defesa, violando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, expressos no art. 5º, inciso LV, da Carta Política, ´*verbis*´:

‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;’

Desta forma, no caso em tela, sugerimos a decretação da nulidade do processo, pelo descumprimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, devendo ser designada nova Comissão Processante, que terá como medida principal, sem embargo de qualquer outra que entender necessária, a elucidação da controvérsia entre o depoimento do médico especialista na doença da acusada e o laudo da Junta Médica sobre a capacidade laboral da servidora. Contudo, em razão da evidente divergência de entendimento entre esta Subchefia e a d. Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, opinamos pelo encaminhamento dos autos à Advocacia-Geral da União, a qual compete dirimir a controvérsia, nos termos da Lei Complementar nº 73/93.

É o nosso entendimento, s.m.j.

Brasília (DF), 24 de maio de 1999.

Jorge Alberto Rocha de Menezes
Assessor”

6. Antes de entrar no mérito da matéria em epígrafe, acho conveniente tecer algumas considerações sobre os passos dos processos que compõem este espesso volume de 335 páginas a fim de que se possa, ao depois, explicitar os fatos, conhecer sua fase instrutória, adentrar no mérito e, finalmente, oferecer desate à questão.

7. Foram instaurados 7 (sete) processos, todos eles provocados pela interessada, contendo em seu bojo recursos administrativos hierárquicos, reconsiderações sobre laudos de juntas médicas, e defesa apresentada perante a Comissão Processante, nomeada pela Portaria MC nº 253/98, encarregada, no Processo Administrativo Disciplinar nº 53000.012259/97, de apurar irregularidades praticadas pela servidora (...).

8. Desse modo, os processos nºs 53000.012259/97, de 16.12.97; 53000.003776/98, de 4.08.98; 53000.632/98, de 26.01.98; 53000.007218/97, de 01.08.97; 53000.004167/98, de 25.08.98; 53000.0067344/98, de 26.11.98 e 53000.007241/98, de 30.12.98, foram apensados, formando, de consequência, o Processo de nº 53000.012259/97, que reúne, então, o emaranhado de assuntos discutidos nos autos a respeito da intrincada vida funcional da servidora.

I - VIDA FUNCIONAL PREGRESSA DA SERVIDORA, INDICIADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR Nº 53000.012259/97.

9. Os deveres cometidos ao servidor público civil da União pela Lei nº 8.112, de 11.12.1990, são elencados no art. 116. O inciso X diz que o servidor deve ser assíduo e pontual ao serviço. Obviamente, o servidor, ao investir-se no cargo, fica sujeito às sanções adnumeradas no capítulo referente às penalidades disciplinares se não se houver a contento no desempenho de suas obrigações. A assiduidade é um dever elementar do servidor, da qual dependem, indubitavelmente, a ordem e a continuidade administrativas.

10. Nenhum outro dever, entre aqueles que lhe são exigidos, tem maior importância do que o da assiduidade, uma vez que é dele que surge o nexo entre o servidor e a administração. Assim, é de compreender-se que a assiduidade não é apenas o ato de

comparecer ao serviço, mas também a permanência contínua no local onde lhe foi determinado trabalhar, sem retiradas longas, ou faltas decorrentes de licenças médicas demoradas, muitas vezes obtidas ao fito de se conseguir driblar o dever da prestação contínua e regular das atividades laborais.

11. Embora nos pareceres exarados por mim e atinentes a esta matéria tenha sempre buscado analisar a vida funcional dos servidores públicos sob a ótica da compreensão e do bom senso, no caso sob enfoque, causa-me estupefação presenciar o grande número de atestados médicos e medidas protetórias apresentados pela servidora nesses últimos anos.

12. Tomando-se por base o ano do seu ingresso no serviço público, que se verificou em 1981 (cfl. fls. 274), vê-se que a partir desta época até a presente, a servidora (indiciada) faltou ao serviço por força de licenças médicas, a grosso modo, mais de 1.600 (hum mil e seiscentos dias) o que equivale a quase cinco anos de ausências contínuas e descontínuas. (Vejam-se nas fls. 17, 18, 19, 20, 21, 48, 18/19, 35, 65, 256, essas contagens, na conformidade da numeração constante nos autos dos processos apensados).

13. Para obtenção dessas licenças médicas angariou cerca de 70 (setenta) atestados médicos expedidos por mais de 30 (trinta) facultativos, integrantes de hospitais, clínicas médicas especializadas particulares, não somente desta Capital, bem assim de outras capitais e cidades.

14. No que concerne aos laudos, e perícias fornecidos por Juntas Médicas Oficiais, divisei nos autos, aproximadamente, 19 (dezenove) deles, emitidos por médicos e peritos oficiais, sendo que o último laudo elaborado em 16.12.98, pela Junta Médica Oficial, designada pela Portaria nº 299, de 9 de dezembro de 1998, do Sr. Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério das Comunicações, composta dos Drs. (...) (Presidente), (...) (membro) e (...) (membro), proferiu o seguinte parecer (*in verbis*):

“Os Médicos designados pela Portaria supra citada, publicada no Boletim de Serviço nº 50 de 11/12/98, constituída com a atribuição específica de periciar a servidora pública federal (...), Datilógrafo, Classe B, Padrão I, matrícula Siape nº 779290, reunidos em junta médica no Ministério da Saúde, aos dezesseis dias de dezembro de 1998 proferem o parecer que se segue:

Identificação: (...), 37 anos de idade, brasileira, casada, nascida em 19-07-61 em Fortaleza - CE, servidora pública federal do Ministério das Comunicações, residente à SQN 415, Bloco “F”, ap. 301, Brasília - Distrito Federal.

2. Objetivo do Exame: Parecer médico pericial para fins de instrução ao Processo Administrativo Disciplinar nº 53000.012259/98 instaurado pela Coordenação-Geral de Recursos Humanos do Ministério das Comunicações.

3. Histórico: Pericianda nascida de parto normal, a termo, teve desenvolvimento psicomotor normal e apresentou as viroses próprias da infância. É a 3ª filha de uma prole de 5, relata bom relacionamento familiar na infância. Estudou até a terceira série do segundo grau, sem apresentar dificuldades no aprendizado. Casada há 13 (treze) anos, tem duas filhas. Relata início de seu quadro depressivo após a realização de um aborto há 20 anos, quando alega ter tentado o suicídio. Diz que no início da doença apresentava tonturas, náuseas, cefaléia e episódios de medos. Foi examinada à época por um neurologista que diagnosticou síndrome vestibular psíquica. Relata piora de seu quadro depressivo após o falecimento de seu pai há 5 anos. Nega internação psiquiátrica, mesmo quando da ocorrência de tentativa de suicídio. A Pericianda relata que faz

tratamento psiquiátrico há vários anos, em uso diário no momento de Aropax (20mg ao dia), Passiflorine e um vaso dilatador cerebral que não sabe o nome, sem obter melhora efetiva do quadro depressivo com este tratamento.

Foi admitida no serviço público em julho de 1981 (sic) e de acordo com os relatórios anexados ao presente Processo, desde outubro do mesmo ano iniciou a obter licenças médicas. Não sabe precisar se o motivo do afastamento do trabalho naquela época era mesmo do atual. Sempre trabalhou em funções administrativas tendo sido cedida para vários órgãos federais por períodos que não sabe precisar corretamente. Vinha sendo licenciada ininterruptamente desde 19 de dezembro de 1996 até 07 de dezembro de 1997 quando foi informada pela Coordenadora-Geral de Recursos Humanos do Ministério das Comunicações que deveria retornar ao trabalho por ter sido considerada apta pela Junta Médica Oficial daquele órgão. À época alegou estar incapacitada para o trabalho e apresentou atestado de seu médico particular.

Segundo informações da pericianda, a Junta Médica Oficial daquele órgão não homologou os dois últimos atestados de seu médico particular, de 90 (noventa dias) cada um. A pericianda tinha ciência de que a não homologação de seus atestados médicos implicaria em seu imediato retorno ao trabalho, e mesmo assim não o fez por alegar-se sem condições laborativas. Conseqüentemente foi instaurado o presente Processo Administrativo Disciplinar. Informa ainda a pericianda que teve seu pagamento suspenso desde outubro de 1998.

4. Exame Mental: A Pericianda comparece à entrevista acompanhada pelo esposo, em vestes limpas e adequadas, com asseio e higiene pessoal preservados. Lúcida, orientada no tempo, no espaço e autopsiquicamente, linguagem compatível com seu nível de instrução, responde às perguntas com desembaraço e fluidez adequada. Não observamos qualquer alteração mnêmica ou de nível de consciência que a impeça de entender o propósito da entrevista. Chora por diversas vezes durante o exame, repetindo frases como 'não sei de nada, não entendo por que isso'. O humor está polarizado para a depressão, embora sua capacidade de atenção, concentração, curso, forma e conteúdo do pensamento estejam preservadas.

Não observamos durante o exame qualquer prejuízo do pragmatismo, nem do juízo crítico. Não há sintomatologia psicótica que impeça a pericianda de entender o caráter de suas decisões. O distúrbio psíquico alegado nos atestados médicos apresentados e no relatório de seu médico assistente (Transtorno Distímico do Humor), não a incapacitam para o exercício de seu cargo, mormente por um período tão longo, salientando-se ainda que uma das melhores alternativas terapêuticas nos quadros depressivos é a indicação de laborterapia, visto que na maioria dos casos, contribui efetivamente para a ressocialização dos pacientes.

Desta forma e estando portanto patente que a pericianda permanece em pleno gozo de suas faculdades físicas e mentais, esta Junta Médica conclui que não cabe a alegação por parte da servidora de incapacidade laborativa para retornar ao exercício de seu cargo, devendo responder integralmente pelos seus atos perante a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar do Ministério das Comunicações. Sendo o que tínhamos a relatar no momento, assinamos o presente Laudo Médico."

15. Forçoso é observar que a servidora indiciada se serviu de vários advogados para recorrer, interpelar, solicitar revisão quando a Administração deixou (e não foram poucas as vezes) de homologar os atestados médicos conseguidos ao longo dos anos.

16. É, ainda, necessário esclarecer que, irresignada com a determinação para que retornasse ao serviço, impetrou o Mandado de Segurança Individual (Processo nº 1998.34.01301-2) perante a Justiça Federal (Seção Judiciária do Distrito Federal), precisamente na 14ª Vara Federal, tendo o ilustre Juiz Federal (Substituto) Dr. Anselmo Gonçalves da Silva denegado a segurança, o fazendo nos seguintes termos *ipsis litteris*:

“Sentença nº 162/98-B

Processo nº 1998.34.01301-2 14ª Vara Federal

Mandado de Segurança Individual Classe: 2100

Impete: (...)

Impdo: Secretário-Geral de Administração do Ministério das Comunicações

Sentença

I (...), qualificada na inicial, impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do Sr. Secretário-Geral de Administração do Ministério das Comunicações, tendo indicado como litisconsortes passivos necessários a Sra. Coordenadora-Geral de Recursos Humanos do Ministério das Comunicações e a Junta Médica do Ministério dos Transportes, objetivando ver anulado o ato administrativo que ratificou a decisão de não homologar o atestado médico por ela apresentado e que ordenou o seu retorno imediato ao trabalho. Sustentou a impetrante que é portadora de doença psicológica grave, conforme constatado por Laudo do IML e atestado por médico do Hospital de Base de Brasília, de modo que entende ser equivocada a decisão que determinou o seu retorno ao trabalho, o que pode acabar afetando o seu tratamento.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 08/32.

Foi denegada a liminar pela decisão de fls. 33/34.

Prestando informações às fls. 36/39, a autoridade impetrada alegou, em sede de preliminar, a sua ilegitimidade passiva ‘ad causam’ e a inexistência de direito líquido e certo. No mérito, sustentou a total improcedência do pedido.

A Sra. Coordenadora-Geral de Recursos Humanos do Ministério dos Transportes (fls. 87/90) e o Representante da Junta Médica Ministério dos Transportes (fls. 84/86) prestaram informações batendo firme na tecla de que nenhuma das avaliações médicas e/ou psicológicas da impetrante sugeriu o seu afastamento do trabalho.

Com as informações vieram os documentos de fls. 49/83, que, por conterem informações médicas sigilosas, ensejou a determinação para que o feito fosse processado em segredo de justiça (fl. 48).

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pela denegação da segurança (fls. 95/98).

Com tais ocorrências, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Decido.

II - Preliminares

Não merece acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam alegada pela autoridade impetrada, porquanto foi seu o ato de não acolhimento do recurso administrativo da impetrante, inclusive em pedido de reconsideração. Tendo, pois, competência para desfazer o ato, não há que se falar em ilegitimidade passiva. Quanto à alegação de que não existe direito líquido e certo a ser amparado no presente 'writ', tenho que é matéria que resvala para o mérito e com o mesmo será decidida. Rejeito as preliminares.

III - Mérito

Postula a impetrante a anulação do ato administrativo que, ratificando decisão de não homologar os atestados médicos que apresentou, determinou o seu imediato retorno ao trabalho. Como não poderia deixar de ser, a questão 'sub examen' deve ser analisada à luz das disposições legais que regem a hipótese. Assim, vejamos o que dispõe a Lei nº 8.112/90 a respeito da licença médica para tratamento de saúde, com a redação dada pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997:

‘Art. 203. Para licença até 30 (trinta) dias, a inspeção será feita por médico do setor de assistência do órgão de pessoal e, se por prazo superior, por junta médica oficial. (...)’

§ 2º Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde se encontra ou tenha exercício em caráter permanente o servidor, e não se configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230, será aceito atestado passado por médico particular.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o atestado somente produzirá efeitos depois de homologado pelo setor médico do respectivo órgão ou entidade, ou pelas autoridades ou pessoas de que tratam os parágrafos do art. 230.’

Verifica-se, pois, dos termos do próprio Regime Jurídico dos Servidores Civis da União, que existe a necessidade de homologação do atestado médico particular pelo setor médico do respectivo órgão ou entidade, de sorte que, isto não ocorrendo, como no caso em apreço, não há que se falar na existência de direito líquido e certo à licença. Neste ponto, merece destaque os fatos historiados pelo então Presidente da Junta Médica do Ministério dos Transportes, Dr. Luiz Henrique Andrade da Silva, que bem demonstram como se chegou à conclusão de que a impetrante tem capacidade para o trabalho, 'verbis':

‘De plano não há como se argüir a incapacidade física e mental da impetrante, para as atividades laborativas, uma vez que, isto foi objeto de sucessivas avaliações periciais, conforme documentação que ora peço ajuntada aos autos, se Vossa Excelência acatar, por se tratar de subsídios considerados na decisão da matéria em apreço e que não se limitou apenas a Junta Médica constituída a nível do Ministério das Comunicações, mas se ateve a buscar a profundidade do conhecimento especializado oficiosamente no setor de Perícias Médicas do INSS do Ministério da Previdência Social e oficialmente de uma Junta Psiquiátrica Forense, de inquestionável saber reconhecido no meio médico e jurídico. Portanto esta Junta Médica não mediu esforços no sentido de melhor avaliar a pericianda garantido-lhe por todo o tempo necessário seu afastamento do trabalho até certificar-se de suas condições físicas e mentais, concluindo pelo retorno ao trabalho a partir de 08 de dezembro de 1997, não havendo razão para homologar os atestados emitidos posteriormente reportando-se a mesma enfermidade.’

Deve ser consignado, ainda, que a via célere do mandado de segurança não comporta qualquer questionamento acerca das conclusões da Junta Médica do Ministério dos Transportes e do Instituto Médico Legal da Polícia Civil do Distrito Federal, pois é certo que um dos seus pressupostos é a existência de prova pré-constituída. 'In casu', as provas carreadas aos autos são, na verdade, contrárias à pretensão da impetrante. De fato, o Laudo do IML, ao qual se apegava a impetrante, após reconhecer a necessidade de acompanhamento psiquiátrico e psicoterapêutico, ressaltou:

'Acrescentamos que as suas capacidades para reagir a si e administrar os seus bens estão preservadas'.

Portanto, como já deixei dito na decisão em que deneguei a liminar, a conclusão deste Laudo não socorre a impetrante, pois quem tem capacidade para reger a si e administrar os seus bens, até que me convençam do contrário, tem capacidade para trabalhar.

Nesse mesmo diapasão, tem-se as conclusões da Junta Médica do Ministério dos Transportes, que vai mais além, recomendando o trabalho para superação do quadro, nestas letras: 'A patologia alegada não tira do indivíduo o senso de juízo e a responsabilidade. Ela deve, quando muito, manter o indivíduo dela acometida afastado da atividade laborativa, no máximo por 90 dias. A partir daí, há prejuízo para a recuperação e integração do indivíduo ao meio. A resistência do indivíduo a integrar-se ao meio chama-se de ganho secundário, ou seja, o benefício indulgente de outros interesses.' (fl. 67)

Daí, portanto, tenho por incensuráveis as conclusões do Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Procurador da República Humberto Jacques de Medeiros, nestes termos:

- 'a) dos atestados do médico da impetrante não nasce direito à licença.
- b) a lei impõe o pronunciamento da junta médica oficial do Ministério em que trabalha a impetrante.
- c) o pronunciamento da junta é suficientemente fundamentado.
- d) há pronunciamento, sobre a impetrante, colhido junto a peritos médicos e psicólogos do Instituto Médico Legal que indicam capacidade laboral.
- e) o procedimento do Instituto Nacional do Seguro Social com segurados com a mesma patologia da impetrante não concede licença por período superior a 90 dias.
- f) a resistência da impetrante faz parte da patologia e a integração ao trabalho é terapêutica.'

IV - Isto tudo posto e considerado, denego a segurança postulada.

Custas pela impetrante, já recolhidas.

Sem honorários (Súmula 512 do STF).

Não havendo recurso, a documentação acostada às fls. 57/82 deve ser entregue à impetrante, certificando-se nos autos.

P.R.I.

Brasília/DF, 15 de maio de 1998.

Anselmo Gonçalves da Silva Juiz Federal Substituto" (cfl. fls. 24 usque 28, dos autos)

17. Seria fastidioso efetuar o traslado para este parecer de todos os recursos, e outros meios utilizados pela servidora-indiciada para resistir à sua volta ao trabalho.

18. Faltas ao serviço ocorrem naturalmente, justificáveis ou injustificáveis. Faltando sem justificativa, o servidor perde o direito a receber seu vencimento nos dias que não comparecer para trabalhar; se ausentar (intencionalmente) por mais de trinta dias consecutivos, acha-se configurado o abandono de cargo na conformidade do que preceitua o art. 138, da Lei 8.112/90.

19. No caso sob exame, a servidora inassídua habitual e recalcitrante quanto às determinações para voltar a trabalhar, sujeitou-se, como não poderia ser o contrário, a processo administrativo disciplinar por abandono de cargo.

II - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (Nº 53000.012259/97)

20. Tendo sido infrutíferas as reiteradas tentativas para que a servidora-indiciada retornasse ao serviço público, aos 16 de novembro de 1998, o Sr. Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério das Comunicações, com esteio no disposto no artigo 143 c/c os artigos 133 e 140, da Lei nº 8.112/90 e levando em consideração o que consta do Processo nº 53000.012259/97, resolveu expedir a Portaria nº 253, no seguinte teor:

“Designar os servidores estáveis (...), Assistente Jurídico, Categoria Especial, matrícula Siape nº 809330, (...), Assistente Jurídico, Categoria Especial, matrícula Siape nº 809415, (...), Assistente Jurídico, 2ª Categoria, matrícula Siape nº 810141 e (...), Agente Administrativo, Classe D, Padrão V, matrícula Siape nº 1043665, para, sob a presidência do primeiro, constituírem, Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, de procedimento sumário, destinada a apurar, no prazo de 30 (trinta) dias, o abandono de cargo em que incorre a servidora (...), Datilógrafo, Classe B, Padrão I, matrícula Siape nº 0779290. Esta Portaria entra em vigor a partir de sua publicação no Boletim de Serviço.”

21. Evidencia-se demarcar, desde já, que sobredito processo teve sua tramitação regular, como pode-se observar pela leitura das peças que o integram (às fls. 217 *usque* 334), tendo a Comissão designada para esse mister chegado à seguinte conclusão in verbis:

“Relatório

Ilustríssimo Senhor Dr. Artur Nunes de Oliveira Filho, Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração

A Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, constituída pelo Subsecretário de Assuntos Administrativos, por meio da Portaria nº 253, de 16/11/98, publicada no Boletim de Serviço nº 47 do dia 20 subsequente, alterada pela Portaria nº 304 de 16/12/98, publicada no Boletim de Serviço nº 51, de 18/12/98, havendo concluído a colheita de provas mediante:

1 - oitiva do Dr. (...), médico psiquiatra que vem assistindo a indiciada e fornecendo-lhe os atestados médicos utilizados pela servidora para se manter afastada de suas atividades laborais (fls. 230/234);

2 - constituição de Junta Médica com a finalidade específica de periciar a indiciada (fls. 244/253 e 271/275);

3 - diligências junto ao Serviço Médico do Ministério dos Transportes, bem como junto à Coordenação-Geral de Recursos Humanos (fls. 254/268 e 280/293, respectivamente);

4 - interrogatório (fl. 299), indicição e citação da acusada (fls. 300/304 e 305, respectivamente) para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar defesa escrita; e

5 - prorrogação do prazo para apresentar defesa escrita (fl. 308), após haver recebido a Defesa, formalizada irregularmente junto ao Protocolo Geral do Ministério das Comunicações sob o nº 53000.007241/98, juntada aos autos deste Processo Administrativo Disciplinar às fls. 309/ 320, vem apresentar a V. Sa. o respectivo Relatório.

I - Histórico

O presente Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado para apurar o abandono de cargo praticado pela servidora (...), matrícula Siape nº 779290, do quadro de pessoal deste Ministério das Comunicações, que consiste na ausência injustificada da acusada ao seu local de trabalho, por mais de trinta dias consecutivos, a partir de 28 de julho de 1998. Em 23/11/98, deu-se a instalação da Comissão na sala 913 do Ed. Sede do Ministério das Comunicações (fl. 219). No dia seguinte, a acusada foi cientificada da instauração deste procedimento disciplinar, ocasião em que lhe foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, e facultado acompanhar, por si ou por procurador devidamente constituído, todos os atos a serem praticados, bem como ter vista ao processo, na repartição, durante o horário de expediente e, ainda arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas.

Os fatos apurados por esta Comissão já se encontram detalhadamente relatados no Termo de Indicição da Acusada acostado às fls. 300/304, a seguir transcritos: 'A servidora obteve concessões de licenças para tratamento de saúde, mediante atestados médicos devidamente homologados pela Junta Médica do Ministério dos Transportes, no período ininterrupto de 19 de dezembro de 1996 a 07 de dezembro de 1997. A partir do dia seguinte, por força do Parecer Médico acostado às fls. 139, a servidora deveria retornar ao trabalho, pelo que foi convocada a reassumir suas atividades laborais, por meio da Carta nº 86/97/CGRH (fls. 142) e telegrama (fls. 145), ambos datados de 5/12/97. Ao invés de atender àquela convocação, no próprio corpo da citada Carta a servidora exarou o seguinte despacho: Eu, (...), apresentei-me à Coordenação-Geral de Recursos Humanos no dia 08/12/97, encontrando-me de Licença Médica, devido ao estado de saúde.'

Inconformada, interpôs recursos objetivando a reforma da decisão administrativa que determinara seu retorno, sem obter êxito. Paralelamente impetrou Mandado de Segurança buscando o mesmo objeto, no qual lhe foi negada a tutela pretendida (fls. 88 a 92). Posteriormente a acusada apresentou atestados médicos, datados de 02/02/98 (fl. 96) e 28/04/98 (fl. 98), ambos concedendo-lhe 90 (noventa) dias de licença, sendo que o primeiro foi homologado por dois médicos (fl. 107) e o segundo por apenas um (fl. 99). Os dois atestados médicos emitidos em 28/07/98 (fl. 182) e 20/10/98 (fl. 184), ambos atestando que a acusada necessitava de noventa dias de repouso, não foram homologados pela Junta Médica em razão de indicarem o código do mesmo atestado cuja homologação havia sido indeferida pela mesma Junta Médica em 04.12.97, ocasião em que aquela Junta concluiu pela alta da servidora e seu retorno ao trabalho (fl. 178), manifestando-se expressamente no sentido de que 'a patologia alegada não tira do indivíduo o senso de responsabilidade', entendimento esse que se encontra em harmonia com o expressado pela Junta Médica do Instituto de Medicina Leonídeo Ribeiro, quando conclui

‘Acrescentamos que as suas capacidades para reger a si e administrar seus bens estão preservadas’.

Uma análise superficial da questão conduziria ao entendimento de que a acusada estaria incorrendo em abandono de cargo desde 8 de dezembro de 1997, data em que se deu o primeiro indeferimento de homologação de atestado médico por ela apresentado, posto que as homologações subseqüentes a essa data se constituem em ato nulo, uma vez que foram deferidas em flagrante desacordo com as disposições do artigo 203 da Lei nº 8.112/90. Todavia, em que pese a máxima de que ato nulo não gera direito, no período compreendido entre 8 de dezembro de 1997 e 27 de julho de 1998, o entendimento manifestado às fls. 111/113, aprovado pela Coordenadora Geral de Recursos admitiu expressamente que ‘a falha administrativa (não homologação pela Junta Médica) não pode trazer prejuízos à servidora, tendo em vista que para todos os efeitos, estava informada de que o atestado fora corretamente homologado.’

Além disso, no citado período aquela Coordenação Geral efetuou o pagamento regular dos vencimentos da acusada, convocando-a, por mais de uma vez, a retomar às suas atividades laborais, medidas essas que permitem concluir que as ausências da acusada ao seu local de trabalho, naquele período específico, foram consideradas como faltas justificadas. Nessas circunstâncias, restariam ser avaliadas as faltas cometidas a partir de 28 de julho de 1998, à vista dos fatores que ensejaram a não homologação dos atestados médicos correspondentes.

Antes mesmo desse período, a Junta Médica acautelou-se solicitando parecer de médicos especialistas da Junta Médica do Instituto de Medicina Legal, objetivando esclarecer o diagnóstico e fundamentar seu laudo conclusivo, procedimento esse pautado no entendimento professado pelo Conselho Federal de Medicina, de conformidade com o pronunciamento inserto às fls. 291/293.

Nos termos do Laudo Psiquiátrico nº 604/97 - SPL, expedido pelo IML (fls. 7/8), a acusada possui campo de consciência claro, atenção e memória conservadas, e capacidades para reger a si e administrar seus bens preservadas. De posse desse parecer, a Junta Médica do Ministério dos Transportes emitiu os Pareceres juntados às fls. 139, 60 e 162, que concluem pela alta da acusada. Por outro lado, o próprio psiquiatra que a acompanha, quando de seu depoimento prestado perante esta Comissão, afirmou categoricamente que trabalho não prejudica tratamento algum (fl. 231) e que a acusada é capaz de reger a si e administrar seus bens, ela não é uma Psicótica, não é uma alienada mental, ela estabelece o raciocínio (fl. 233).

Finalmente, a Junta Médica providenciada por esta Comissão com o fim específico de periciar a acusada, concluiu seu parecer nos seguintes termos:

‘Não há sintomatologia psicótica que impeça a pericianda de entender o caráter de suas decisões. O distúrbio alegado nos atestados médicos apresentados e no relatório de seu médico assistente não a incapacita para o exercício de seu cargo, mormente por um período tão longo, salientando-se ainda que uma das melhores alternativas terapêuticas nos quadros depressivos é a indicação de laborterapia, visto que na maioria dos casos, contribui efetivamente para a ressocialização dos pacientes. Desta forma e estando portanto patente que a pericianda permanece em pleno gozo de suas faculdades físicas e mentais, esta Junta Médica conclui que não cabe a alegação por parte da servidora de incapacidade laborativa para retornar

ao exercício de seu cargo, devendo responder integralmente pelos seus atos perante a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar do Ministério das Comunicações’.

A respeito do requerimento acostado às fls. 295/297, por meio do qual a acusada pleiteia o retorno do processo à Junta Médica constituída pela Portaria nº 299, de 09/12/98 (fl. 250), sob o pretexto de obter as respostas aos quesitos formulados no documento juntado às fls. 276/277 e, ainda, o adiamento da data de seu depoimento, a Presidente desta Comissão, usando do poder que lhe é facultado pelo parágrafo 1º do artigo 156, decidiu indeferi-lo, por entender que o objeto pleiteado não guarda pertinência com as atribuições daquela Junta Médica, posto que esta foi constituída com o fim específico de periciar a acusada. Não ocorrendo, de igual forma, qualquer fator que pudesse ensejar o adiamento da data designada para a oitiva da acusada, a Presidente desta Comissão denegou o pedido, por julgá-lo impertinente. Tendo comparecido na data e hora marcadas, a acusada, sob o argumento de se encontrar acometida de uma crise, negou-se a prestar depoimento, (fl. 299). Do exame acurado das provas existentes nestes autos, esta Comissão concluiu que a acusada praticou o ilícito de que trata o artigo 138 da 8.112/90, por haver se ausentado do seu local de trabalho, sem justa causa, por mais de trinta dias consecutivos, a partir de 28 de julho de 1998, estando passível da pena de demissão capitulada no inciso II, do artigo 132 da citada Lei.

Citada em 22/12/98 para apresentar defesa escrita, no prazo legal de 5 (cinco) dias (fl. 305) a acusada, invocando o parágrafo único do art. 161 da Lei nº 8.112/90, protesta pela concessão do prazo de 10 (dez) dias, conforme requerimento juntado à fl. 307. Em que pese a total improcedência do pedido, posto que desprovido de qualquer amparo legal, a Presidente desta Comissão, objetivando ampliar a oportunidade de ser exercido o direito ao contraditório e à ampla defesa, estendeu para o dia 30/12 aquele prazo que, em princípio, se escoaria no dia 28/12, tendo em vista que a medida em nada prejudicaria os trabalhos desta Comissão.

A Comissão aguardou, durante todo o prazo concedido, que a acusada apresentasse sua defesa escrita na sala 913 do Ed. Sede do Ministério das Comunicações, local em que esta Comissão foi instalada (fl. 219, 221 e 222) e desenvolveu todos os seus trabalhos, sem que a acusada ou seu procurador manifestassem qualquer intenção de atender ao Mandado de Citação, embora esta Comissão tenha permanecido no citado local, até dia 30/12/98, por mais de uma hora após o horário normal de expediente.

No dia seguinte, 31/12/98, quando já se encontrava reunida para deliberar a respeito das medidas decorrentes da revelia que ficou caracterizada na forma prescrita no art. 164 da Lei nº 8.112/90, esta Comissão recebeu das mãos da servidora (...), Chefe do Serviço de Apoio Administrativo da Consultoria Jurídica, a defesa escrita da acusada, formalizada irregularmente junto ao Protocolo Geral do Ministério das Comunicações, sob o nº 53000.007241/98, juntada às fls. 309/320 deste Processo Administrativo Disciplinar. Fosse agir com o rigor ditado pela multicitada Lei nº 8.112, de 1990, esta Comissão teria negado o recebimento daquela defesa e procedido de conformidade com as disposições contidas no art. 164 da citada Lei, tendo em vista que a acusada tinha pleno conhecimento de que deveria apresentar sua defesa diretamente a esta Comissão, na sala 913 do Ed. Sede do Ministério das Comunicações, local, aliás, ao qual se dirigiu, pessoalmente ou por intermédio de seu procurador, todas as vezes que necessitou postular perante esta Comissão (fls. 276/277, 294, 295/297,

306 e 307). Ao contrário, preferiu utilizar as vias pelas quais tramitam rotineiramente os documentos no Ministério das Comunicações, esquecendo-se, desta feita, de que a Lei assegura à Comissão, total independência para exercer suas atividades (art. 150). Todavia, mais uma vez em homenagem ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, esta Comissão deliberou no sentido de receber a Defesa, passando a analisar as razões oferecidas pela acusada, conforme se segue.

II - Das Alegações de Defesa

Toda a argumentação utilizada nas dez laudas que constituem a peça defensiva (fls. 310/319) concentra-se na tentativa de descaracterizar o abandono de cargo, de forma que as faltas cometidas passem a ser consideradas como faltas justificadas, já que a conclusão sugere que esta Comissão decida pelo retorno da acusada ao serviço, ou pela sua aposentadoria por invalidez permanente. Antes, porém, de entrar no mérito dessa questão, mostra-se necessária uma análise detalhada de cada um dos Assuntos abordados neste Parecer na defesa, posto que, além da inconsistência dos argumentos oferecidos, os textos dos fundamentos legais utilizados, na forma invocada, não correspondem à versão do texto legal que se encontra em vigor, pelo que as alegações apresentadas encontram-se totalmente desprovidos da necessária sustentação legal.

De início insiste a acusada em argumentar que o prazo de cinco dias oferecido para apresentação da defesa escrita estaria cerceando seu direito posto que, no seu entender, esse prazo seria de 10 dias. Dada a dificuldade encontrada pela acusada para combinar os dispositivos legais mencionados expressamente no Mandado de Citação (fl. 305) e no Ofício nº 11-CPAD/MC (fl. 308), passamos a transcrevê-los, nas partes que se aplicam ao caso:

‘Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133 ... (redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97).

Art. 133. (...) a autoridade (...) adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:

II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório; (inciso acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10/12/97)

§ 2º A Comissão (...) promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista ao processo na repartição, observado o disposto nos artigos 163 e 164 (redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97).

§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem (parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10/12/97).

§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei (parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.527, de 10/12/97).’

A simples leitura das passagens legais transcritas conduz à conclusão de que o prazo de cinco dias, concedido inicialmente pela Comissão, é aquele que a Lei determina para apresentação de defesa escrita em apurações de natureza semelhante à deste procedimento disciplinar, não restando cerceado, portanto, o direito alegado pela acusada. Ao contrário, utilizando por analogia o poder de denegar pedidos, delegado pelo § 1º do art. 156 da

Lei nº 8.112, de 1990, a Presidente desta Comissão, visando assegurar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, dilatou por mais dois dias o prazo questionado (fl. 308), que totalizou oito dias.

Laborou duplamente em equivoco a defesa quando alegou que esta Comissão teria deixado de atender o disposto no art. 140 da Lei nº 8.112/90 que, no seu entender seria 'o ato de imposição de penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar'. A uma, porque esse não é o comando do citado art. 140, cujas verdadeiras prescrições, anteriormente transcritas neste Relatório, estão sendo devidamente cumpridas por esta Comissão; a duas porque, fosse esse o texto do art. 140, esta Comissão não o poderia estar transgredindo, visto que o ato que impõe a penalidade em situações de abandono de cargo é da competência exclusiva do Presidente da República (inciso 1, art. 141, Lei nº 8.112/90).

Os argumentos da defesa que suscitam questões pertinentes ao Termo Instrução e Indiciação mostram-se, no mínimo, contraditórios, posto que ora afirmam que esta Comissão elaborou o citado ato com absoluta isenção de ânimo; ora levantam a hipótese de que esta Comissão teria deixado de abordar alguns fatores que se traduziriam em requisitos essenciais à defesa da acusada, os quais passamos a analisar.

Protesta a defesa, em primeiro lugar, por ter sido enfatizado o laudo emitido pelo Instituto Médico Legal, bem como algumas declarações prestadas pelo Dr. (...) em seu depoimento, alegando que não foi considerado que o Dr. (...), no mesmo depoimento, afirmou que a acusada não reúne condições mínimas de desenvolver um trabalho. Lembrando que a atribuição desta Comissão é apurar se existe motivo justo para que a acusada tenha permanecido ausente do seu local de trabalho por mais de trinta dias consecutivos, passamos à análise da questão.

Ora, o próprio Dr. (...) afirma que é totalmente a favor do trabalho; que o trabalho não prejudica o tratamento da acusada; que a acusada é capaz de reger a si e de administrar seus bens; que a acusada não é uma psicótica e estabelece raciocínio lógico; que é válido pensar no retorno da acusada às suas atividades laborais. Foi, portanto, associando essas declarações com as conclusões das Juntas Médicas que periciaram a acusada, em especial o diagnóstico da Junta Médica constituída no curso deste procedimento disciplinar, transcritas no Termo de Indiciação e neste Relatório, que esta Comissão entendeu por indiciar a acusada como incurso no art. 138 da Lei nº 8.112/90.

Ademais, o Dr. (...) foi categórico em afirmar que a acusada 'está fazendo o tratamento correto, faz a Psicoterapia, e faz uso adequado das medicações', enfatizando sempre a importância da Psicoterapia. Todavia, ao longo do seu depoimento, manifestou desejo de conhecer a psicóloga que estaria tratando a acusada, bem como de obter o número de seu telefone para conversar a respeito da viabilidade de retomo da acusada ao trabalho. Ora, se o próprio Dr. (...) condicionou a questão do retorno da acusada ao trabalho, a um diagnóstico a fornecido pela psicóloga, naquele momento ele declinou de sua competência para avaliar se a acusada possui ou não condições de exercer suas atividades laborais.

Além disso, ficou patente que o tratamento recomendado para a acusada não está sendo conduzido de maneira correta, visto que tanto o Dr. (...) como o suposto procurador da acusada que assistiu e assinou o depoimento daquele médico e, ainda, o marido da acusada que também se fez presente à ocasião, não souberam sequer informar o nome da citada

psicóloga. Insurge-se também a defesa contra o entendimento expressado pela Comissão no sentido de que a acusada negou-se a prestar depoimento, sob o argumento de que as circunstâncias em que ocorreram os fatos (crises de choro, alternadas com entradas e saídas da acusada da sala; a formulação de uma questão, embora não respondida) configurariam uma situação de pré-disposição da acusada em prestar depoimento; que só não o fez porque foi acometida de uma crise; que o marido da acusada informou que ela não retomaria porque sabia que naquele dia a crise não seria superada; que a Comissão deveria ter marcado outra data para o depoimento da acusada, e se possível, pedir que ela se fizesse acompanhar de seu médico assistente. Impende-se ressaltar que a única pergunta formulada à acusada ficou sem a resposta que o próprio Dr. (...) manifestou interesse, ou melhor, curiosidade em conhecer, conforme se depreende das declarações constantes à fl. 232 de seu depoimento.

Seria dispensável mencionar que tais argumentos são inconsistentes para ensejar qualquer modificação no entendimento desta Comissão, até porque, se levados em consideração, correr-se-ia o risco de serem sucessivamente adiados todos os depoimentos da acusada, sob o pretexto de estar ela acometida de uma crise. Essa, aliás, já era a intenção da acusada desde a véspera do dia em que deveria depor, tendo em vista que formalizou pedido de adiamento daquela data, sem oferecer qualquer razão que justificasse seu deferimento (fl. 197). Por outro lado, se o marido da acusada está capacitado para avaliar a gravidade e a extensão das crises de sua esposa, deveria estar, de igual forma, para avaliar necessidade do mencionado acompanhamento médico durante o depoimento, vez que essa matéria extrapola a competência desta Comissão, mormente em se considerando os diagnósticos dos médicos que realizaram inspeção ou perícia na acusada, inclusive seu próprio médico, que em momento algum recomendam tais cuidados.

Prosseguindo, a defesa passa a emitir seu juízo a respeito da capacidade dos médicos integrantes das Juntas Médicas que periciaram a acusada; bem como a respeito do tempo gasto por aquelas Juntas para realizar a perícia, voltando a insistir que deve prevalecer o entendimento do Dr. (...); a abordar aspectos resultantes da não homologação dos atestados médicos por ele fornecidos; a questionar a especialidade dos médicos que integraram as muitas vezes citadas Juntas Médicas. Os aspectos dessas questões que ainda não foram abordados neste Relatório são meramente técnicos, voltados para o campo da medicina.

Considerando que não é atribuição da Comissão julgar os procedimentos médicos hostilizados pela defesa, até mesmo porque nem um dos seus quatro membros é detentor da formação profissional necessária para tanto, esta Comissão se abstém de emitir qualquer juízo a respeito. Finaliza a defesa seu arrazoado buscando descaracterizar a intenção da acusada de abandonar o cargo, sugerindo que o julgamento desta Comissão conclua pelo retomo da acusada às suas atividades laborais, ou pela concessão de aposentadoria sob o argumento de invalidez permanente da acusada.

Ora, de forma inequívoca restou comprovado que os argumentos expendidos na longa peça defensiva não se revestem de qualquer consistência capaz de firmar a convicção desta Comissão no sentido de que não houve intenção da acusada de abandonar o cargo. De acordo com todos os diagnósticos médicos que instruem este processo disciplinar, inclusive o do Dr. (...), ela permanece em pleno gozo de suas capacidades físicas e mentais; possui campo de consciência claro; atenção e memória

conservados, e capacidades para reger a si e administrar seus bens preservadas. Sendo assim, quando decidiu não retornar ao trabalho, embora tenham sido inúmeras vezes que convocada para esse fim, a acusada assumiu o risco de incorrer em abandono de cargo a partir do momento em que não obtivesse a indispensável homologação de um dos seus atestados médicos, visto que todos foram concedidos por um prazo superior a 30 (trinta) dias.

Estando sobejamente caracterizado o abandono de cargo, nenhuma das alternativas sugeridas pela defesa se mostra viável. A primeira, porque o retorno da acusada ao trabalho depende de homologação, por junta médica, dos atestados por ela apresentados após 28 de julho de 1998, além do que, várias tentativas anteriores nesse sentido resultaram infrutíferas. A segunda porque nem um dos diagnósticos médicos, inclusive o do Dr. (...), atestam que a acusada é portadora de doença que a incapacita definitivamente para o desempenho de suas atividades laborais.(os grifos não constam do original)

III - Conclusão

Afastada, à saciedade, a viabilidade de ser dado provimento às hipóteses argüidas pela defesa, esta Comissão conclui que a acusada incorreu em abandono de cargo, na forma do disposto no art. 138, Lei nº 8.112/90, estando passível da pena de demissão, capitulada no inciso II, do artigo 132 da mesma Lei. Convictos de que envidamos todos os esforços para bem cumprir a tarefa que nos foi conferida, damos por encerrados os trabalhos desta Comissão e submetemos à consideração de V. Sa. o presente Relatório, bem assim toda a documentação autuada no Procedimento Administrativo Disciplinar nº 53000.012259/97, constituído de 334 folhas, inclusive esta, para que sejam elaborados os atos necessários à aplicação da pena de demissão da servidora (...), sem prejuízo das demais medidas que se mostram necessárias ao completo saneamento deste procedimento administrativo, tendo em vista que o abandono de cargo ficou caracterizado a partir de 28 de julho de 1998, tendo a acusada recebido seus vencimentos integrais até o mês de setembro do mesmo ano (fl. 165).

Brasília, 31 de dezembro de 1998.”

22. Como se denota da leitura dos autos, especialmente do processo administrativo disciplinar, assegurou-se à indiciada, na conformidade da lei, ampla defesa. Por meio do advogado Dr. (...), formulou sua defesa (às fls. 310 a 319), na qual buscou *tour de force* convencer os membros da Comissão ser incabível a pena de demissão do cargo porque, na sua ótica, dele se ausentou sempre ao amparo de atestados médicos e na presunção de que tais atestados seriam homologados, como vinha ocorrendo antes. Entende que não se acha configurado o requisito indispensável da ausência intencional ao serviço, como exigido pelo art. 138, da Lei 8.112/90. E elogia, por fim o inquérito, nos seguintes dizeres: “*A indiciada espera que essa D. Comissão, que tão bem soube conduzir o inquérito, proceda com Justiça e Equidade. Aplicar ao caso princípios gerais rigorosos e injustos não tem sentido*”.

III - NO MÉRITO

23. Tenho afirmado, em pronunciamentos anteriores, que o uso do poder disciplinar não é arbitrário; não o utiliza a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir. Somente quando tiver ciência de irregularidade poderá tomar as providências cabíveis, determinando a instauração do respectivo processo disciplinar.

24. Com essa operação administrativa, por assim dizer, resguardam-se o interesse da Administração (*in genere*) e o do servidor; o dela porque se permite a correção da

irregularidade, se houver, prejudicial ao desempenho das atividades administrativas que lhe são afetas, e o dele, porquanto, se lhe permite provar sua inocência, facultando-se, na tramitação processual, a ampla defesa.

25. No caso *in specie*, percebe-se, nitidamente, a intenção da servidora-indiciada em não retornar ao serviço, menos ainda de colaborar com a Administração para a solução da problemática criada por ela nesses últimos anos.

26. Daqui podemos extrair a conclusão de que a servidora-indiciada, no seu desejo de se insurgir contra o chamamento dos seus superiores para retornar à atividade laboral, tem buscado por meio de pretextos, e evasivas como são, por exemplo, os setenta atestados médicos apresentados de modo contínuo, para se ver livre do serviço público.

27. Se não resultou provada às fls. 314, a intenção de abandonar o cargo, como pretende erroneamente o seu defensor, vê-se da leitura que se fizer nos autos dos processos apensados que ela se utilizou de todos os artifícios de que dispunha para elidir seu retorno ao serviço ativo, o que não deixa de configurar o *animus* de abandonar o cargo.

28. Como se fora um peso morto para a Administração, *per fas et nefas*, usou à vontade da condescendência de alguns facultativos na satisfação da sua vontade durante anos, qual seja a de se ver livre do trabalho funcional.

29. Não se consideram legítimos, portanto, esses estratagemas postos em prática ante seus superiores hierárquicos para se safar da freqüência ao serviço.

30. *In casu*, então, está sobejamente demonstrada a intenção da servidora-indiciada de se ausentar do serviço por longo período.

31. Não vejo razões para que se apliquem ao presente caso as conclusões oferecidas na Nota-SAJ nº 1371/99-JAM, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, porque os fatos evidenciados nos autos dos processos estão a demonstrar, às claras, a diversidade do comportamento funcional da servidora-indiciada, que teima, por anos a fio, a permanecer longe do serviço público.

32. Em primeiro lugar, porque entendo que não houve conflito entre o depoimento do médico (particular) que forneceu inúmeros atestados à servidora-indiciada, e o parecer emitido pela Junta Médica Oficial, designada pela Portaria nº 299, de 9.12.98, que a julgou plenamente capacitada para retornar ao exercício do seu cargo (vide, fls. 275, dos autos). Em segundo lugar, porque têm entendido os nossos Pretórios, com esteio na doutrina e na jurisprudência pátrias, que as juntas médicas possuem maior credibilidade que os simples atestados médicos, muitas das vezes, fornecidos a esmo, ou então, ditados pelo estado emocional tanto do facultativo como dos periciandos.

33. Só uma análise percuciente das causas e o exame detido dos autos poderão informar ao parecerista o grau de responsabilidade da servidora-indiciada em face dos documentos, recursos, pedidos de revisão etc, que carrou para os autos, suscitando empecilhos à administração.

34. A Comissão Processante, encarregada de apreciar os fatos, concluiu, no seu relatório, de fls. 304, estar configurada, na hipótese, o *animus derelinquendi* da servidora-indiciada, isto é a intenção de abandonar o cargo e, por conseguinte, susceptível de lhe ser aplicada as cominações estabelecidas nos arts. 132, inc. I e II e 138, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

35. Dão notícias os autos, pela leitura que se proceder nos laudos e pareceres expedidos pelas Juntas e Perícias Médicas Oficiais que examinaram a servidora-indiciada, que esses

órgãos especializados foram unânimes em dizer que não havia necessidade do seu afastamento contínuo das suas atividades laborais. Senão vejamos:

a) Laudo Psiquiátrico nº 604/97-PL, feito no Instituto de Medicina Legal Leonídio Ribeiro (DF), em 3 de novembro de 1997, às (fls. 07/08) concluiu que: *“Pericianda portadora de sintomatologia compatível com CID 300.4. Há necessidade de acompanhamento psiquiátrico e psicoterapêutico que acreditamos que trará benefícios à pericianda. Acrescentamos que as suas capacidades para reger a si e administrar os seus bens estão preservadas”*.

b) Ofício nº 10/98, de 13 de fevereiro de 1998, encaminhado ao Dr. Anselmo Gonçalves da Silva, MM. Juiz Federal Substituto da 14ª Vara - Seção Judiciária do Distrito Federal, no qual o Dr. (...), Médico Cardiologista e Médico do Trabalho, e Chefe do Serviço de Assistência Médico-Social, prestou esclarecimentos médicos ao ilustrado juízo, no Mandado de Segurança Individual (Processo nº 1998.34.01301-2), impetrado pela servidora-indiciada, cujo traslado se faz na íntegra (às fls. 16/18 dos autos):

“Meritíssimo Juiz; Em atenção ao mandado de notificação objeto do ofício/JF/N 059/98 datado de 26/01/98, tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência para no prazo requerido, prestar informações sobre as alegações constante da petição inicial do mandado de segurança sob registro nº 98.1301-2, impetrado por (...), contra ato supostamente ilegal por mim praticado aduzindo o que se segue. De plano não há como se argüir a incapacidade física e mental da impetrante, para as atividades laborativas, uma vez que, isto foi objeto de sucessivas avaliações periciais, conforme documentação que ora peço juntada aos autos, se Vossa Excelência acatar, por se tratar de subsídios considerados na decisão da matéria em apreço e que não se limitou apenas a Junta Médica constituída a nível do Ministério das Comunicações, mas se ateve a buscar a profundidade do conhecimento especializado oficiosamente no setor de Perícias Médicas do INSS do Ministério da Previdência Social e oficialmente de uma Junta Médica Psiquiátrica Forense, de inquestionável saber reconhecido no meio médico e jurídico. Portanto esta Junta Médica não mediu esforços no sentido de melhor avaliar a pericianda garantido-lhe por todo o tempo necessário seu afastamento do trabalho até certificar-se de suas condições físicas e mentais, concluindo pelo retorno ao trabalho a partir de 08 de dezembro de 1997, não havendo razão para homologar os atestados emitidos posteriormente reportando-se a mesma enfermidade. Assim não tendo esta Junta Médica deixado de praticar qualquer ato que possa ser alegado pela Impetrante como lesivo a direito líquido e certo, submeto a matéria à elevada decisão de Vossa Excelência. Preliminarmente devo informar que exercia a Presidência da Junta Médica do Ministério dos Transportes através da Portaria nº 476, de 13 de dezembro de 1996, com atribuições abrangentes ao Ministério das Comunicações, Ministério do Planejamento e Orçamento e Ministério de Minas e Energia; portanto participei diretamente da avaliação final da servidora (...). A servidora após sucessivos atestados médicos emitido pelo seu psiquiatra e acatados integralmente por esta Junta Médica, vinha continuamente afastada do trabalho desde de dezembro de 1996, quando então foi submetida a exame médico pericial em 15 de julho de 1997, realizado pela Dra. Cléa Maria Barros de Oliveira, pela Dra. Marcionila B. da Nóbrega e pelo Dr. Francisco de Assis de Oliveira, que resolveram reduzir a licença de 60 (sessenta) dias solicitada pelo psiquiatra assistente para 45 (quarenta e cinco) dias por não encontrar sustentação no exame clínico para conceder o tempo integral solicitado. Na ocasião reiterou a orientação para continuar o tratamento psicológico com a Psicóloga do Ministério, havendo a recusa por parte da Servidora conforme observação na ficha de evolução do prontuário médico

na data acima referida, registrada pelos peritos, anexado a este documento. Em 29 de julho de 1997 a Impetrante se fez representar pelo Dr. (...), legalmente constituído o que motivou a convocação para nova perícia em 28 de agosto de 1997 através de seu advogado conforme telegrama anexo, pois nova licença de 60 (sessenta) dias datada de 10 de agosto de 1997 havia sido encaminhada à Junta Médica indicando a mesma enfermidade inscrita no novo Código Internacional de Doença (CID 10) - F 34.1 'Disritmia - rebaixamento crônico do humor que persiste ao menos por vários anos, mas cuja gravidade não é suficiente ou na qual os episódios individuais são muito curtos para responder aos critérios de transtorno depressivo recorrente grave, moderado ou leve'. Desta forma, foi submetida novamente a avaliação médico pericial em 28/08/97 conforme cópia em anexo, em que a Junta Médica deste Ministério, concluiu por solicitar uma avaliação da competente Junta Médica Forense do Instituto Médico Legal do Distrito Federal, a qual emitiu laudo especializado em 03 de novembro de 1997, que foi lido na Sessão da Junta Médica deste Ministério realizada em 04 de dezembro de 1997, cujo parecer veio corroborar com a avaliação anteriormente realizada em 15 de julho de 1997, não existindo em seu teor qualquer dado que sugerisse afastamento do trabalho, sustentando assim a conclusão final suspendendo a licença médica e recomendando o retorno ao trabalho a partir de 08 de dezembro de 1997 conforme Ata em anexo. Em seguida o laudo da Junta Médica Psiquiátrica foi lacrado em envelope próprio, preservando o sigilo médico, cumprindo assim a determinação do Código de Deontologia Médica e encontra-se assinado no seu verso pelos peritos e pelo chefe do serviço médico do Ministério dos Transportes com a recomendação expressa de só abri-lo mediante o consentimento da servidora, ou de seu representante legal, ou por solicitação judicial na presença de um médico, documento este, que nesta data encaminho para vossa apreciação."

c) Perícia Médica levada a efeito, em 4.12.1997, pelo Serviço de Assistência Médico-Social - SAMS, do Ministério dos Transportes, com a participação dos Drs. (...), (...) e (...), que assim se manifestaram:

"Finalidade da inspeção: licença para tratamento da própria saúde.

Parecer: A patologia alegada não tira do indivíduo o senso de juízo e a responsabilidade. Ela deve, quando muito, manter o indivíduo dela acometida afastado da atividade laborativa, no máximo por 90 dias. A partir daí, há prejuízo para a recuperação e integração do indivíduo ao meio. A resistência do indivíduo a integrar-se ao meio chama-se de 'ganho secundário', ou seja, o benefício indulgente de outros interesses. Consultamos oficiosamente a Supervisão de Benefício do INSS que informou ser a regra, nos casos desta patologia: o afastamento do segurado, também por no máximo 90 dias, prazo suficiente para a sua reintegração a atividade laborativa, quando o segurado, está se tratando. Se ele não o faz ou se nega a readaptar-se a uma outra atividade laborativa compatível com o seu estado mental, recebe alta imediata do benefício. Devendo portanto reassumir as suas atividades laborativas, mesmo porque isto levaria a melhora da auto-estima e da confiança em si mesmo. É terapêutico. Contudo a recomendação do tratamento psicoterapêutico deve ser medida indispensável e assegurada ao servidor. A aposentadoria não encontra nenhuma justificativa. Considerando a avaliação feita pela Junta Médica Psiquiátrica Forense do Instituto de Medicina Legal Leonídio Ribeiro emitido em 16 de outubro de 1997 e em 03 de novembro de 1997 quando em suas considerações e conclusão diz: 'Há necessidade de

acompanhamento psiquiátrico e psicoterapêutico que trará benefícios à pericianda. Acrescentamos que as suas capacidades para reger a si e administrar os seus bens estão preservadas'. Desta forma a Junta Médica Oficial do Ministério dos Transportes conclui pela alta da servidora (...) devendo retornar as suas atividades laborativas a partir de 08 de dezembro de 1997."

d) Como se não bastassem os laudos acima descritos, há que se levar em consideração, a Perícia Médica feita na servidora-indiciada pela douta Junta Médica Oficial do Ministério da Saúde, constituída em face da edição da Portaria nº 299, de 9.12.98, da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério dos Transportes, inteiro cujo teor foi reproduzida no item 14 deste parecer.

36. Trata-se, como se percebe, de perícias médicas levadas ao efeito por especialistas designados oficialmente para apresentarem parecer sobre o estado de saúde da servidora indiciada.

37. Nestas condições, não há como a servidora-indiciada exculpar-se, tentando, mais uma vez, provar que se trata de uma pessoa doente e incapacitada para o trabalho, o que a levou, durante esses anos, a apresentar inúmeros atestados médicos; observa-se que até o presente momento, ainda luta acirradamente para manter-se longe das atividades laborais.

IV - O DIREITO

38. Houve processo administrativo disciplinar destinado à apuração das irregularidades cometidas pela servidora-indiciada, concluindo a Comissão Processante, conforme relatório apresentado, pela transgressão de dispositivos da Lei nº 8.112/90, de modo a ensejar a pena de demissão por abandono de cargo.

39. Acha-se, por conseguinte, a servidora-indiciada sujeita aos dispositivos ínsitos nos arts. 132, inciso II, e 138 da Lei nº 8.112/90, com a redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, por faltar ao serviço sem causa justificada, por mais de trinta (30) dias consecutivos, configurando, destarte, o abandono de cargo.

40. Na apuração de abandono de cargo, a Comissão Processante adotou o procedimento sumário como lhe faculta o art. 133, II, da Lei nº 8.112/90, tendo observado, especialmente, a redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, antes aqui citada.

41. A pena de demissão, todos sabem, porém, não custa nada repetir, é medida disciplinar por meio da qual se retira o servidor do serviço público a título de sanção. Parece ocioso afirmar, neste parecer, que a servidora-indiciada tudo fez para dar causa à sua demissão, uma vez que se utilizou de todos os meios na via administrativa, e, também, na via judicial para se safar do serviço ativo.

42. Incabível, na espécie, a capitulação da servidora-indiciada como incurso na pena de demissão com esteio no inciso I, do art. 132, da Lei nº 8.112/90, como pretende a Comissão Processante no seu relatório, porquanto essa cominação só poderia ser aplicada se houvesse decisão judicial transitada em julgado.

43. Nesse direcionamento, diga-se nesta oportunidade, foi exarado o Parecer GQ-124, ao qual foi anexado o Parecer nº AGU/MF 01/97, em 28 de maio de 1997, da lavra da ilustre Dra. Mirtô Fraga e aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, do qual colho os seguintes excertos:

"17. Todo crime praticado por funcionário contra a administração pública (Código Penal, arts. 312 a 327), constitui, também uma infração administrativa, capitulada ou no art. 117 ou no art. 132 da Lei nº 8.112/90. A recíproca, porém, não é verdadeira: nem toda infração disciplinar

configura crime. Essa conclusão e a independência das instâncias civil, penal e administrativa, constituem jurisprudência mansa e pacífica da Corte Suprema, sendo de ressaltar que a Lei nº 8.112/90, no art. 125, é expressa ao prever a independência das referidas instâncias.

18. Ora, se toda ação tipificada como crime no Código Penal constitui, também infração disciplinar, se diversos incisos do art. 132 da Lei nº 8.112/90 encontram correspondência no Código Penal, parece evidente que ao prever a demissão por crime contra a administração pública, a mens legis não pode ser outra senão a de que a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado. A Constituição assegura que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (art. 5º, LVII). Não pode, portanto a Administração demitir funcionário público por ter cometido crime contra a administração pública se decisão judicial transitada em julgado ainda não reconheceu a existência do fato e a sua autoria, condenando o servidor."

44. Devo dizer, ainda, que essa recalcitrância continuada, por parte da servidora em tela, indubitavelmente, trouxe prejuízos à Administração Pública Federal que não pôde contar com a sua prestabilidade funcional.

45. Nos autos do processo vê-se a intenção manifestada na sub-repção por parte da servidora-indiciada, em forçar sua aposentação por invalidez permanente, pretendendo se abrigar no disposto no art. 186, I, da Lei nº 8.112/90.

46. Só que, certificada do infundado de tal pretensão, buscou a servidora-indiciada viabilizá-la por meios subsecivos, o que não deixou de afetar a honorabilidade da Administração Pública Federal, que se viu defronte a um problema de difícil solução, máxime por causa dos inúmeros processos administrativos instaurados e provocados por ela.

V - CONCLUSÃO

47. Assim, opino por que o Parecer nº 025/99, da Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações tem amparo legal, uma vez que restou caracterizado o abandono de cargo por parte da indiciada, a servidora (...).

48. Nestas condições, da análise do caso em tela, chega-se à conclusão de que deve ser imposta a pena de demissão, face ao que consta dos autos dos processos, relativamente ao comportamento ilícito e consciente da servidora-indiciada que, durante anos seguidos, vem transgredindo o dever de assiduidade, ocasionando sérios transtornos à continuidade do serviço público.

É o que penso, sub censura.

Brasília, 19 de outubro de 1999.

L. A. Paranhos Sampaio
Consutor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Tendo manifestado intenção de abandonar o cargo, com punibilidade prescrita, o servidor deve ser exonerado a pedido e não *ex officio*.

PARECER AGU Nº GQ-210

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 21.XII.99*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 23/12/99, pg. 39 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 25190.001014/90-57

ORIGEM: Ministério da Saúde

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Proposta de exoneração *ex officio*.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-9/99, de 1º de dezembro de 1999, da lavra da Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 21 de dezembro de 1999

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-9/99 (Anexo ao Parecer nº GQ-210)

EMENTA: Abandono de cargo. Prescrição. Proposta de exoneração *ex officio*. Havendo nos autos quota do servidor manifestando sua intenção em desligar-se do serviço público, tal declaração deve ser recebida como pedido de exoneração, a ser concedida após declarada extinta a punibilidade pela prescrição.

Com o Aviso nº 475, de 9 de abril de 1999, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República submete à apreciação desta Advocacia-Geral da União o processo administrativo supra indicado, em face de divergência entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde e a Subchefia para Assuntos Jurídicos daquela Casa.

2. O Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado para apurar a infração abandono de cargo imputada ao servidor (...), do Quadro de Pessoal da Fundação Nacional da Saúde, do Ministério da Saúde, por abandono de cargo praticado em março de 1985. Conforme apurado, houve realmente o abandono, tendo o servidor expressamente declarado, em seu depoimento, seu desinteresse em retornar ao cargo (fls. 26/27). Às fls. 34, datada de 31/7/90, uma comunicação do interessado, encaminhada pelo correio, em que declara: “*Através deste venho à (sic) reiterar o meu desejo de não mais retornar ao serviço.*”

(Nota: O presente Parecer menciona fatos anteriores à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de abandono de cargo.)

3. A Procuradoria da Fundação, considerando a ocorrência da prescrição, propôs a exoneração *ex officio* (fls. 45/48). A Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde ratificou a proposta (fls.58/61). Retornando os autos à FNS, seu Presidente propôs a exoneração *ex officio* e a minuta foi encaminhada à Presidência da República.

4. Apesar de considerar extinta a pretensão punitiva da Administração, a SAJ/PR, propõe, após a decisão presidencial de arquivamento do feito, e as devidas anotações nos

assentamentos funcionais, a imediata convocação do servidor, pessoalmente ou, na impossibilidade, por edital (art. 163, Lei nº 8.112/90), para reassumir, no prazo de trinta dias, o exercício de seu cargo, sob pena de ficar configurado novo abandono de cargo, a ser apurado na forma da Lei nº 8.112.

5. Penso que não assiste razão à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Sob o ponto de vista lógico, o servidor já foi submetido a processo por abandono de cargo e declarou expressamente em seu depoimento que não deseja retornar ao serviço público. Não tem o menor cabimento convocá-lo para assumir um cargo que ele já abandonou há quase quatorze anos. Sob o ângulo jurídico, a tese da SAI não encontra apoio na legislação. O artigo citado trata da citação por edital do servidor para se ver processar e não tem aplicação ao caso dos autos.

6. Por outro lado, há que considerar-se a manifestação expressa do servidor (fls. 34), no sentido de não desejar o retorno ao serviço público. Entendo que sua quota deve ser recebida como pedido de exoneração. A Lei nº 8.112/90, não veda, mas, ao contrário, permite a apresentação do pedido de exoneração no curso do processo disciplinar (art. 172), embora só admita o deferimento *“após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.”* A quota de fls. 34, embora não seja pedido formal de exoneração, é uma manifestação do servidor exteriorizando sua intenção inequívoca de desligar-se do serviço público.

7. *Ex positis*, proponho seja declarada extinta a punibilidade pela prescrição, com o conseqüente registro nos assentamentos funcionais do servidor e seja recebida como pedido de exoneração a quota de fls. 34, não tendo, portanto, aplicação a exoneração *ex officio*.

À consideração superior.

Brasília, 1º de dezembro de 1999.

Mirtô Fraga
Consultora da União

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade do processo por falta de publicação de portaria e de edital.

PARECER AGU Nº GM-7

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 12.6.2000*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23081.020145/96-95

ORIGEM: Ministério da Educação

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Proposta de Demissão.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-5/2000, de 11 de abril de 2000, da lavra da Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 28 de abril de 2000

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-5/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-7)

EMENTA: Abandono de Cargo. Nulidade do processo. Ocorrência da prescrição. Exoneração *ex officio*. Apuração da responsabilidade pelas irregularidades constatadas.

I - Nulidade do processo por cerceamento de defesa.

II - A existência de sindicância preliminar não elimina a necessidade de repetir determinados atos processuais, dentre eles a citação. Os autos de sindicância constituem elementos informativos.

III - O rito sumário não elimina a necessidade de oportunizar ao indiciado ampla defesa. Irregularidade na citação. Nulidade do processo que, retroagindo ao ato inicial, determinará, no caso presente, a prescrição da pretensão punitiva.

IV - Extinta a punibilidade pela prescrição, e na permanência do abandono, deve o servidor ser exonerado *ex officio*, conforme entendimento já consagrado na Administração (Pareceres GQ-207 e GQ-211).

(Nota: Os Pareceres AGU nº GQ-207 e GQ-211, juntamente com os Pareceres AGU nº GQ-206 e GQ-214, foram considerados superados, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº GMF-6.)

V - As irregularidades constatadas aconselham a apuração de responsabilidades, conforme sugerido pela SAJ/PR.

(Nota: O Parecer AGU nº GM-7 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca do ilícito de abandono de cargo e de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-2.)

I - RELATÓRIO

Estes autos vieram a esta Instituição face à divergência entre a Consultoria Jurídica (fls. 85-88) do Ministério da Educação e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (fls. 90-92).

2. Trata-se de processo administrativo disciplinar para apurar a infração “abandono de cargo” imputada ao servidor (...), Professor do Quadro de Pessoal da Universidade Federal

de Santa Maria. A proposta de demissão foi a conclusão a que chegou a Comissão incumbida de apurar os fatos (Relatório às fls. 74/75). A Consultoria Jurídica (Parecer/Conjur/CEPA nº 119/99 e Encaminhamento nº 23/99 fls. 85/88) do Ministério da Educação manifestou a sua concordância e atestou a regularidade do procedimento observado.

3. Encaminhados os autos à Presidência da República, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil constatou graves irregularidades que podem ocasionar a decretação de nulidade do feito *ab initio*. Da Nota nº 764/99-SAJ/PR-JM (fls. 90-92), destaco:

“4. Pois bem. Ao examinar detidamente os autos, sem quebra da reverência que o entendimento da D. Consultoria Jurídica do Ministério da Educação está a demandar, permito-me apresentar as considerações abaixo.

4.1. Tendo em vista que o presente Processo Disciplinar teve curso à revelia do indiciado, nele pude observar dois vícios insanáveis, quais sejam:

I - não consta que a Portaria de constituição da Comissão Processante tenha sido publicada, conforme expressamente determina o art. 133, inciso I, da Lei nº 8.112/90;

II - a citação do acusado foi irregular, implicando em total cerceamento de defesa, o que fere frontalmente os princípios do contraditório e da ampla defesa. Veja-se que a Comissão Processante ao notificar o indiciado se valeu, indevidamente, de endereço fornecido verbalmente por colegas do infrator, como pode ser observado na Ata de fls. 39, endereço este, acima de tudo inconsistente conforme pode ser visto nos documentos de fls. 41, 64, 77 e 80. O correto seria a referida Comissão ter-se utilizado de endereço previamente fornecido pelo órgão de pessoal da repartição. Além disso, ao publicar o edital de citação somente o fez em jornal local, deixando de publicá-lo no Diário Oficial da União como expressamente manda o art. 163 do aludido Regime Jurídico Único, decorrendo daí o pré-falado vício insanável.

4.2. Diante de tais irregularidades, outra alternativa não restaria senão a de recomendar a nulidade total dos autos, em observância ao que determina o disposto no art. 169 da Lei nº 8.112/90.

4.3. Ocorre, todavia, que a ilicitude atribuída ao acusado - abandono de cargo - também figura como crime contra a Administração, nos precisos termos do art. 323 do Código Penal, cuja prescrição é de dois anos, a teor do comando inserido no art. 109, inciso VI, do retrocitado Código.

4.4. A referida prescrição, por força do disposto no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, é aplicável no presente caso, uma vez que o abandono de cargo em apreço restou configurado a contar do dia 1º de outubro de 1996, fls. 03, estando, por conseguinte, expirado o prazo de 2 anos.

5. É oportuno trazer à baila que a Advocacia-Geral da União, ao elucidar questão análoga procedente do próprio Ministério da Educação (Processo nº 23000.009699/91-06), concluiu pela necessidade de se declarar a extinção de punibilidade em favor do infrator, por prescrição, conforme se depreende do disposto no Parecer nº AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144).”

4. Concluiu a Subchefia que o desfecho do processo seria a declaração de extinção da punibilidade em virtude da prescrição da correspondente ação disciplinar. Mas, considerando que estava sob exame desta Instituição proposta de revisão do entendimento que se vinha observando na Administração, sugeriu o encaminhamento dos autos a esta Advocacia-Geral.

II - PARECER

5. Com inteira razão a ilustrada Subchefia no que diz respeito à nulidade do processo. A uma, porque não há, de fato, prova de que a Portaria (Portaria nº 36.681, de 2/10/97 - fls. 59) que constituiu a Comissão Processante tenha sido publicada. E esse requisito (arts. 133, I, e 152, Lei nº 8.112/90) é essencial para a defesa do indiciado.

5.1 Em segundo lugar, a irregularidade da citação no endereço fornecido por terceiros (fls. 39) e não pelo Departamento de Pessoal, aliada à circunstância de não publicação do edital no Diário Oficial da União também constitui vício que determina a nulidade do feito. Na verdade, a Comissão Processante aproveitou, irregularmente, a citação feita pela Comissão de Sindicância (fls. 39-43), sem deter-se em diligências na tentativa de obter dados mais precisos sobre o paradeiro do servidor, muito embora conste dos autos, às fls. 19, procuração com amplíssimos poderes outorgada a terceiro que poderia até dar informações proveitosas.

5.2 Acrescento, ainda, às irregularidades apontadas pela SAJ, dentre outras, as seguintes:

a) inobservância das normas legais relativas ao processo administrativo: não realização de atas (arts. 133, III, § 8º, e 152, § 2º, da Lei nº 8.112/90) inclusive a Ata de Instalação, não lavratura do Termo de Revelia, inexistência de termo de recebimento e de juntada de peças ou documentos, etc.;

b) inobstante a Portaria de fls. 59 tenha constituído a Comissão Processante somente em 02/10/97 (fls. 59-60), a Presidente da Comissão, já em 01/10/97 (fls. 65) expedia o Mandado de Citação publicado em jornal local (fls. 66) em 8/10/97, data, também, em que nomeia a defensora dativa (fls. 67);

c) o Mandado de Citação, publicado em jornal local em 8/10/97 - fls. 66, era para comparecimento à audiência do dia 17/10/97 (fls. 66), mas, antes dessa data, em 08/10/97 (fls. 67), foi nomeada a defensora dativa, cuja peça de defesa não tem data, não havendo, ainda, termo de juntada, irregularidade também observada quanto ao Relatório: inexistência de data em que foi feito e data em que foi juntado aos autos;

d) violação do art. 164, § 2º, da Lei nº 8.112/90, praticada pela Sra. Presidente da Comissão Processante: como se vê às fls. 67, foi a própria Presidente da Comissão quem nomeou, com a Portaria nº 2/97-CP, a defensora dativa para o servidor revel. A competência para o ato é da “autoridade instauradora do processo disciplinar.”

6. Quanto à prescrição, cumpre registrar que, segundo o Parecer AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144), citado na Nota da SAJ, previsto também como crime, o abandono de cargo tem o mesmo prazo de prescrição da lei penal, e da conjugação dos arts. 323 e 119, VI, do Código Penal e art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, conclui-se que o prazo prescricional da infração “abandono de cargo” é de dois anos. Com a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, considera-se não interrompida a prescrição. Se as faltas tiveram início em 26/8/96 (fls. 3-7), a infração consumou-se em 25/9/96, estando realmente prescrita a pretensão punitiva da Administração.

7. Mas a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República diverge desse entendimento, por considerar que em infrações desse tipo não ocorre a prescrição. No seu entender, consumando-se ao termo de cada período de trinta dias um novo abandono, haveria sempre alguma infração a ser punida.

8. A tese da SAJ, esposada na Nota SAJ nº 3.651/98-MBV, mereceu exame desta Instituição no Parecer AGU/MF-2/99, adotado pelo Parecer GQ-207 (DOU 21/12/99, p. 16), e do qual destaco:

“8. Não tem razão a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. De fato, como reconhece, o abandono é infração instantânea: consuma-se no trigésimo primeiro dia de ausência ao serviço. É instantânea, mas não a termo e continuada. O exemplo invocado pela SAJ (crime de desobediência à ordem judicial de proceder mensalmente a desconto nos vencimentos de servidor) não guarda, como se pensou, similitude com a infração administrativa de abandono de cargo. A ordem judicial tinha que ser acatada mês a mês, de modo que, não tendo havido um só desconto, entendeu o Tribunal que, enquanto o servidor manteve sua situação de servidor, a Prefeita incidira em tantos crimes quantos foram os meses em que deixou de efetuar o desconto determinado até a data em que o servidor foi exonerado. Daí porque o Supremo Tribunal considerou não ter havido a prescrição quanto ao último ato de desobediência.

9. Na hipótese de abandono de cargo, não ocorre o mesmo como entendeu a SAJ: não houve sucessivos abandonos, mas um só abandono, uma só infração. De fato, não pode ser abandonado de novo o que já está abandonado. Para abandonar o cargo, é necessário que o servidor o esteja exercendo. Se o abandona, depois retorna e, novamente, o abandona, aí, sim, haverá mais de uma infração. Sem o retorno, o estado de abandono persiste independentemente do tempo transcorrido.

10. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de endossar o entendimento da extinta Consultoria-Geral da República no acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 20.111:.....

13. A jurisprudência dos Tribunais inferiores seguiu a orientação da Corte Suprema: AC nº 72.994-RS, relator Ministro Flaquer Scartezini (DJ 21/3/89, p. 3.972), no extinto Tribunal Federal de Recursos; AC nº 409.296, do Tribunal Federal Regional da 4ª Região (DJ 20/04/93, p. 13.670).

14. Os Pareceres da extinta Consultoria-Geral da República consideraram que a Lei 1.711 previa hipóteses de exoneração ‘ex officio’ não apenas no art. 75, parágrafo único, II, “a” e “b”, mas, também em outros, como por exemplo, art. 19, §§ 5º e 7º. Por isso entendeu-se que a enumeração do art. 75 não era taxativa, mas sim exemplificativa. Da mesma forma, também a Lei nº 8.112/90 contempla casos de exoneração ‘ex officio’, em mais de um artigo: art. 34, parágrafo único, I e II, e art. 35, I.

15. Diante do exposto, penso que a orientação que se vem observando deve ser mantida, principalmente porque, tendo sido objeto de contestação, mereceu a aprovação do Poder Judiciário.”

9. Aventa, ainda, a SAJ a sugestão de declarada a extinção da punibilidade, deveria o servidor ser notificado para reassumir suas funções em trinta dias, sob pena de instaurar-se novo processo. Tal proposta foi também objeto de análise por parte desta Instituição no Parecer GQ-211, que adotou o Parecer AGU/MF-11/99 (publicados ambos no DOU 23/12/99, p. 39, seção eletrônica), de cuja ementa destaco:

“II - Extinta a punibilidade pela prescrição, e na permanência do abandono, deve o servidor ser exonerado ‘ex officio’, conforme entendimento já consagrado na Administração. Parecer GQ-207.”

(Nota: Os Pareceres AGU nº GQ-207 e GQ-211, juntamente com os Pareceres AGU nº GQ-206 e GQ-214, foram considerados superados, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº GMF-6.)

10. Logo, com a prescrição da pretensão punitiva, deve-se declarar a sua ocorrência, arquivando-se os autos e procedendo-se ao respectivo registro nos assentamentos funcionais do servidor, que deverá ser exonerado *ex officio*.

11. Ponho-me, também de acordo com a sugestão da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República:

“8. Dadas as circunstâncias ventiladas nestes autos, creio que seria o caso de se recomendar a abertura dos competentes processos disciplinares nos âmbitos da Universidade Federal de Santa Maria, para apurar a responsabilidade da Comissão Processante, a qual deixou de observar os trâmites claramente previstos no Regime Jurídico Único, e do Ministério da Educação, em virtude de os presentes autos terem ali dado entrada em 15 de janeiro de 1998, conforme se vê no Despacho de fls. 83.” (fls. 92)

À consideração superior.

Brasília, 11 de abril de 2000.

Mirtô Fraga
Consultora da União

Assuntos abordados neste Parecer: Natureza jurídica do ilícito de abandono de cargo como permanente e termo inicial da prescrição a partir da cessação da permanência.

PARECER AGU Nº GMF-6

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 19-IX-2017”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 21/09/17, pg. 6 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00688.000880/2016-16

INTERESSADOS: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN e Advocacia-Geral da União - AGU

ASSUNTO: Abandono de cargo e termo inicial do prazo prescricional

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00487/CGU/AGU o anexo PARECER Nº 0001/2016/DECOR/CGU/AGU e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 18 de setembro de 2017.

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 487/2017

PROCESSO: 00688.000880/2016-16

INTERESSADOS: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Advocacia-Geral da União

ASSUNTO: Abandono de cargo e termo inicial do prazo prescricional

Estou de acordo, com o Parecer nº 0001/2016/DECOR/CGU/AGU, nos termos do Despacho do Consultor-Geral Substituto n. 486/2017/GAB/CGU/AGU.

Submeto o presente caso a apreciação da Senhora Advogada-Geral da União com a sugestão de encaminhamento ao Excelentíssimo Presidente da República para aprovação.

Brasília, 25 de julho de 2017.

MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS
Consultor-Geral da União

DESPACHO Nº 486/GAB/CGU/AGU

PROCESSO Nº: 00688.000880/2016-16

INTERESSADOS: PGFN E AGU

ASSUNTO: Abandono de cargo e termo inicial do prazo prescricional

DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANALOGIA COM O DIREITO PENAL. ABANDONO DE CARGO. INFRAÇÃO DE NATUREZA PERMANENTE. TERMO INICIAL DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO.

- A infração de abandono de cargo é de caráter permanente, tendo como termo inicial do prazo prescricional o dia em que cessar a permanência.
- Superação das razões de decidir dos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214.

Exmo. Sr. Consultor-Geral da União,

A Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CPPAD/DECOR/CGU/AGU) desta Consultoria-Geral da União, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 1º de dezembro de 2016, ao apreciar o Processo Administrativo n. 00688.000880/2016-16, aprovou, por unanimidade, o Parecer n. 01/2016/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, de autoria do Procurador Federal Bruno Andrade Costa, o qual conclui, em síntese, que *a infração disciplinar de abandono de cargo é de caráter permanente e que, dessa forma, o termo inicial do prazo prescricional deve ser o dia em que cessar a permanência.*

Os principais fundamentos do parecer estão resumidos em sua ementa, da seguinte forma:

“EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ANALOGIA COM O DIREITO PENAL. ABANDONO DE CARGO. NATUREZA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.

I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.

II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa.

III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.

IV - Deve-se ter a superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual.”

O substrato fático das análises realizadas pela referida comissão está relacionado aos casos concretos nos quais o conhecimento da Administração a respeito da consumação da infração disciplinar de abandono de cargo ocorre quando já passados mais de 5 (cinco) anos desde o 31º (trigésimo primeiro) dia de ausência injustificada e ininterrupta do servidor público do local de exercício de suas funções¹.

Nessas hipóteses, a Administração, amparada em entendimentos delineados nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, pode proceder à exoneração de ofício do servidor ausente, apesar de que, tal como já consagrado em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa solução não encontre respaldo legal no rol estabelecido pelo art. 34 da Lei n. 8.112/1990. Solução alternativa, fundada em interpretações dos referidos pareceres realizadas por manifestações jurídicas desta Consultoria-Geral da União (Parecer nº 93/2011/DECOR/CGU/AGU e outros), permite que a Administração reconheça a prescrição da pena de demissão e determine o arquivamento de eventual processo administrativo disciplinar, assim como realize a notificação do servidor ausente para que retorne imediatamente às suas funções, com a consequência de que, ultrapassados 30

(trinta) dias contados da efetiva notificação, seja aberto outro processo administrativo disciplinar para apurar nova ocorrência da infração de abandono de cargo.

Portanto, o entendimento até então adotado pela Administração, com base nos referidos pareceres, é o de que a infração de abandono de cargo se consuma imediatamente com o advento do 31º (trigésimo primeiro) dia de ausência injustificada do servidor. Assim considerado como infração de caráter instantâneo - isto é, que se consuma de forma imediata e pontual no tempo -, o abandono de cargo, uma vez concretamente configurado, dá ensejo ao início da contagem do prazo prescricional para a atuação administrativa disciplinar. Transcorridos os 5 (cinco) anos do prazo legal², considera-se como prescrita a pretensão punitiva da Administração.

Tal entendimento, como se pode perceber, poderia dar ensejo a situações extremamente indesejadas, como, hipoteticamente, a de servidor público que, ausente por mais de 5 (cinco) anos, uma vez formalmente notificado a respeito da extinção da pretensão punitiva e do consequente arquivamento do processo administrativo disciplinar, resolve retornar ao exercício de suas funções, sem que haja meios jurídicos idôneos para que a Administração o impeça de fazê-lo. Em hipótese extrema, pode-se vislumbrar o caso de servidor que, não podendo mais ser demitido, permanece no quadro do serviço público, sem exercício, mas com a percepção de vencimentos.

Em renovada abordagem da questão, o parecer da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares desta Consultoria-Geral da União opina pela superação desse entendimento amparado nos citados Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, passando a qualificar o abandono de cargo como *infração de caráter permanente*, em que o termo inicial do prazo prescricional, por analogia com os ilícitos criminais, somente poderá ocorrer a partir do dia em que cessar a permanência.

Utilizando a mais recente jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, o parecer da Comissão também leva em conta a necessidade da presença concomitante do *elemento objetivo* (ausência injustificada por mais de trinta dias) e do *elemento subjetivo* (intenção do servidor de se afastar de suas funções) para a configuração da infração de abandono de cargo, considerando que, quanto a esse aspecto subjetivo ou volitivo, a vontade do agente incide diretamente não apenas para a caracterização do ilícito administrativo, mas também para a própria situação de permanência ilícita.

Assim, com fundamento na teoria do momento consumativo do crime ou da infração, o parecer entende que o ilícito administrativo de abandono de cargo apresenta uma dupla face ou um duplo grau, composto da seguinte forma: 1) a fase *pré-consumativa*, que ocorre do primeiro ao trigésimo dia de ausência injustificada do servidor; 2) a fase *pós-consumativa*, que ocorre a partir do trigésimo primeiro dia de ausência e dura indefinidamente, conformando a base consumativa da infração de caráter permanente. Ambas as fases, de todo modo, estão no domínio de volição do agente, estando o elemento subjetivo ou intencional presente, indefinidamente no tempo, em toda fase consumativa, de caráter permanente. Com isso, a conclusão não pode ser outra senão a de que o prazo de prescrição apenas pode ser iniciado com a cessação dessa permanência.

Esse novo entendimento, além de representar uma interpretação coerente e consistente do sistema normativo dos artigos 138 e 142 da Lei n. 8.112/1990, permitirá à Administração atuar de modo mais eficaz no processamento administrativo disciplinar quanto à infração do abandono de cargo.

Tendo em vista que o entendimento até então vigente teve respaldo jurídico nos referidos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, a mudança do posicionamento

jurídico da Administração faz incidir o *princípio da segurança jurídica*. Como se sabe, o princípio da segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, possui duas dimensões ou duas faces: a segurança jurídica em sentido objetivo, que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos estatais, administrativos ou legislativos e, nessa perspectiva, a proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido; e a segurança jurídica em sentido subjetivo, que diz respeito à proteção à confiança legítima dos administrados em relação à atuação do Estado. Neste segundo sentido, portanto, a segurança jurídica pode ser traduzida como *princípio da proteção à confiança*, que visa estabilizar as expectativas dos indivíduos em torno dos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Essa dimensão subjetiva da segurança jurídica impõe à Administração a *proibição de comportamento contraditório* (*venire contra factum proprium*) e, com isso, a responsabilidade pelas alterações de seus próprios atos, tendo em vista a crença gerada nos administrados quanto à legalidade e legitimidade desses atos.

Nesse sentido, em respeito ao princípio da segurança jurídica e, portanto, no intuito de preservar incólumes todos os atos praticados sob a égide dos entendimentos delineados nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, a adoção deste novo posicionamento quanto à natureza da infração de abandono de cargo e quanto ao início da contagem do respectivo prazo prescricional, tal como consignado no parecer da Comissão, deve ter efeitos apenas a partir da publicação oficial de despacho de aprovação do Presidente da República, momento desde o qual terá os efeitos necessários e suficientes para superar os citados pareceres e fixar o novo entendimento a ser seguido pela Administração Pública Federal³.

Ante o exposto, aprovo o Parecer n. 01/2016/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, nos termos do DESPACHO n. 00016/2017/DECOR/CGU/AGU, deixando consignado que, em caso de acolhimento de suas conclusões, poderá ele ser submetido à aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, e uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, deverá vincular a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficarão obrigados a lhe dar fiel cumprimento (artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993), **a partir da data da sua publicação**.

À consideração superior.

Brasília, 25 de julho de 2017.

ANDRÉ RUFINO DO VALE
Consultor-Geral da União Substituto

¹ Lei 8.112/1990, Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor o serviço por mais de trinta dias consecutivos.

² Lei 8.112/1990, Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

³ Esta é, inclusive, a determinação emanada da Lei 9.784/1999: Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**.

ENUNCIADO CPPAD/DECOR/CGU/AGU Nº 1/2016

A infração de abandono de cargo é de caráter permanente, tendo como termo inicial do prazo prescricional o dia em que cessar a permanência.

Referências: Arts. 138 e 142, da Lei nº 8.112/90. RMS 44.619 e RMS 45353, do STJ.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ANALOGIA COM O DIREITO PENAL. ABANDONO DE CARGO. NATUREZA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.

I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.

II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa.

III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.

IV - Deve-se ter a superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas nos Pareceres GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual.

Exmo. Diretor,

1. Trata-se de manifestação da Comissão Permanente de Procedimentos Disciplinares - CPPAD, órgão integrante do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - Decor desta Consultoria-Geral da União cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 10, de 2 de fevereiro de 2015, e Portaria CGU nº 15, de 31 de março de 2016.

2. Com efeito, a temática *sub lúmen* versa acerca da natureza jurídica da infração administrativa de abandono de cargo e o respectivo termo inicial para a contagem do prazo de prescrição direta, isto é, ocorrida antes da instauração do processo administrativo disciplinar.

3. Após identificada a controvérsia e os pontos relevantes para o deslinde da matéria, foram realizados estudos e debates em reuniões com a participação de membros da carreira de Advogado da União, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador do Banco Central com notória expertise sobre direito disciplinar. Passou-se, então, à etapa de elaboração do Parecer em apreço, cujo objetivo é o esclarecimento da controvérsia posta sob exame, de forma a orientar a atuação dos Advogados Públicos em suas unidades jurídicas por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

4. É, em síntese, o relatório.

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

5. *In limine*, deve-se observar que, sem determinadas prerrogativas de direito público conferidas aos agentes administrativos, o Estado não poderia alcançar os fins a que se destina. Esse conjunto de prerrogativas é denominado pela doutrina e jurisprudência nacional de poderes administrativos que, em verdade, são considerados como um poder-dever, tendo em vista que devem ser exercidos em prol do interesse público, sendo irrenunciáveis e limitados pela lei.

6. Nesse contexto, deve-se ponderar que, se por um lado são conferidas aos órgãos e agentes determinadas competências e prerrogativas para o seu exercício funcional, por outro, caberá à Administração Pública o poder-dever de fiscalizar essas mesmas atividades dentro da sua estrutura, o que recebe na doutrina a denominação de **controle administrativo**. De acordo com José Santos Carvalho Filho¹, o fator de importância nesse tipo de controle é o reconhecimento de que o poder de fiscalizar e de rever ocorre dentro da mesma estrutura de Poder, de forma que, em verdade, trata-se de um controle interno, tendo em vista que o controlador e controlado pertencem à mesma organização.

7. Uma dessas vertentes de controle interno é o **controle hierárquico ou da hierarquia orgânica** que corresponde ao sistema organizacional da Administração que encerra a existência de escalonamento composto de vários patamares, formando o que se denomina de *via administrativa*². Ainda sob esta perspectiva, Odete Medauar³, destaca que se trata da verificação que os órgãos superiores realizam sobre os atos e atividades dos órgãos subordinados. Segundo a autora, essa vigilância exercida pelos órgãos superiores da hierarquia foi historicamente a primeira e por longo tempo a única forma de controle que a administração conheceu, tendo em vista que os detentores do poder sempre desejaram direcionar a ação de seus subordinados e dispor de meios de verificar se esta ação se realizava conforme as instruções dadas ou de acordo com a linha geral que seguiram. Portanto, invocaram, desde logo, um direito de vigilância de ofício sobre atos editados nos escalões inferiores e, paralelamente, consentiram que particulares lhes encaminhassem reclamações contra tais atos.

8. Com efeito, e conforme aponta José Santos Carvalho Filho⁴, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções, isto é, constituir-se no substrato do próprio Poder Disciplinar.

9. Neste cariz, esse Poder Disciplinar trata da atribuição pública de aplicação de sanções àqueles que estejam sujeitos à disciplina do ente estatal, ou seja, consiste em um sistema punitivo interno e por isso não se pode confundir com o sistema punitivo exercido pela justiça penal, conforme se deflui dos art. 935⁵, do Código Civil Brasileiro, e do próprio art. 126⁶, da Lei nº 8.112/90, muito menos com o exercício do Poder de Polícia.

10. Todavia, e como forma de autolimitação desse Poder Disciplinar, vige no sistema jurídico pátrio o princípio geral da prescritibilidade do direito da Administração em apurar os ilícitos administrativos, dentro do prazo previsto em lei, nos termos do § 5º, do art. 37⁷, da Constituição da República, excepcionando-se os casos de danos causados ao erário. Destarte, e com o objetivo de conferir segurança jurídica na relação Estado-servidor, o poder-dever de apurar e punir o agente público faltoso restará prejudicado por inércia da própria Administração, se não o fizer *oportuno tempore*.

11. Visando regulamentar o supracitado dispositivo constitucional, o legislador federal ordinário previu, por intermédio do art. 142, da Lei nº 8.112/90, a regra geral de contagem dos prazos prescricionais sem adentrar, entretanto, nas especificidades dos diversos ilícitos funcionais, como sói ocorrer no direito penal.

12. Sem embargo, não existem dúvidas acerca da intersecção entre o direito administrativo sancionador e o direito penal e se destaca, inclusive, a possibilidade de que uma mesma conduta amolde-se às duas disciplinas o que gera, por consequência natural, a aplicação subsidiária de institutos do direito criminal no âmbito do direito disciplinar, notadamente em razão de omissão legislativa na esfera administrativa.

13. Neste sentido, Nelson Hungria⁸, que compôs as Comissões responsáveis pela elaboração dos anteprojetos dos Códigos Penal, Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, pronunciou-se no sentido de que não há uma distinção ontológica entre um ilícito administrativo de um ilícito penal e, ainda, que a separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço, *in litteris*:

“A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi'. Assim, não há como falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau, está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um *discrimine* pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de 'estéril especulação', idêntica à demonstração da quadratura do círculo.”

14. Nesta mesma esteira de entendimento, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari⁹ destacam que “na seara dos processos administrativos pertinentes à aplicação de sanções não deve o agente decisório deixar de levar em consideração a rica trama principiológica do direito penal”. Assim, cabe-lhes, em suma, “levantar as pontes conceituais antes por nós exaltadas, a fim de evitar que o processo realize não a justiça, mas a suma injustiça”.

15. Outrossim, Régis Fernandes de Oliveira¹⁰, citando Zanobini, ao expor sobre a aplicabilidade do direito penal no direito administrativo disciplinar, destaca que “as normas do direito penal são aplicáveis à responsabilidade às penas administrativas, enquanto podem ser reconduzidas a princípios jurídicos gerais e não constituem princípios especiais, justificados por razões políticas e jurídicas próprias do direito criminal”. Portanto, ambos os doutrinadores referendam a incidência de diversos preceitos do direito ao processo administrativo disciplinar e à sindicância.

16. O Tribunal de Contas da União, hoje, é uma referência idônea para por termo a eventual celeuma. Em Sessão Reservada, de 10.06.98, Ata nº 22/98 - Decisão nº 358/98, a Corte, referido-se a matéria disciplinar submetida à Corregedoria do órgão, decidiu:

“...no caso de omissão da Lei nº 8.112/90 e de suas alterações, aplicam-se, **análoga e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições contidas nas normas do Poder Judiciário, em especial os Código Penal e de Processo Penal.**” (grifei)

17. Diante dessa percepção e da constatação de que os princípios e institutos de direito penal, secularmente estudados e desenvolvidos, possuem simetria com o direito administrativo disciplinar deflui-se, da própria lógica jurídica que as condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, de forma subsidiária, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto à natureza jurídica das infrações e suas implicações pertinentes à contagem do prazo prescricional, como ocorre no caso de abandono de cargo.

II - DO ABANDONO DE CARGO: ELEMENTOS E NATUREZA JURÍDICA

18. O ilícito de abandono de cargo na esfera administrativa é definido pelo próprio estatuto de regência dos servidores públicos civis da União, nos termos de seu art. 138, como “a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos”.

19. Debruçando-se sobre o dispositivo supracitado, verificase a existência de dois elementos básicos para a caracterização da infração. O primeiro elemento, de ordem objetiva, diz respeito ao transcurso de prazo, que se traduz na ausência do agente público por um lapso temporal superior a 30 dias consecutivos. O outro elemento é subjetivo, leva em conta a intencionalidade da conduta do agente consistente na “ausência intencional”, denominado de *animus abandonandi*.

20. Desta forma, caberá ao Estado não apenas constatar (*elemento objetivo*) a ausência pelo prazo trintenário, mas, também, a intenção de se ausentar (*elemento subjetivo*), a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual, isto é, quando o servidor deseja ausentar-se ou, não desejando, assume o risco de produzir o mesmo resultado¹¹, conforme firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. ANIMUS ABANDONANDI NÃO DEMONSTRADO. PEDIDO DE LICENÇA ANTERIORMENTE FORMULADO NÃO RESPONDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mostra-se pacífica quanto à necessidade de a Administração demonstrar a intenção, a vontade, a disposição, o animus específico do servidor público, em abandonar o cargo que ocupa.

2. A existência de prévio pedido de licença para acompanhar o cônjuge feito com mais de quatro meses de antecedência – não respondido pela administração - afasta a presença do animus abandonandi, requisito necessário à aplicação da pena de demissão por abandono de cargo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.623, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, julgado em 27 de agosto de 2013)

21. Ante a necessidade de ambos os elementos para a caracterização do ilícito, tem-se que o abandono não se dará de forma automática, aferível meramente pelas faltas no controle de frequência do servidor, mas se mostra necessária a existência de intenção de se afastar do próprio cargo.

22. Impende salientar que, por óbvio, a demonstração da intencionalidade do servidor em abandonar o cargo não necessita ser de forma expressa, por meio de uma declaração com firma reconhecida em cartório, atestando que ele tem o “*animus abandonandi*”, mas deve ser configurada pelas circunstâncias do caso, notadamente por intermédio da apuração e constatação de posturas incompatíveis do servidor público com o dever de exercer o seu labor funcional.

23. Neste sentido, o próprio Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União¹² orienta as comissões processantes a envidar esforços para apurar eventual existência de justificativas para a ausência do servidor, inquirindo-se, inclusive, o setor de recursos humanos para verificar se foi protocolizado pedido de afastamento por motivos justificáveis, o que pode configurar infração diversa, como inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço (art. 116, X, Lei nº 8.112/90), pela inexistência de motivos para o afastamento enquanto o pedido era apreciado.

24. De outra ponta, durante esse *iter* processual, a intencionalidade do servidor pode ser ilidida por justificativa comprovada de que a falta ao serviço deu-se por justa causa, por força maior ou por situação que tornou insuperável a necessidade de se afastar de suas funções, sob pena de caracterização da infração do abandono de cargo, conforme firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ATO DEMISSÓRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI DO SERVIDOR. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa e de nulidade do ato impetrado se assegurado, no processo administrativo que resultou na demissão do servidor, o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como se devidamente fundamentado o ato demissório.

2. O servidor que se ausenta voluntariamente do serviço por duzentos e seis dias consecutivos sem apresentar qualquer justificativa à Administração e sem comprovar a existência de motivos de força maior ou de coação ilegal que embasem a sua longa ausência deve ser demitido por abandono de cargo, nos termos do artigo 63 da Lei Estadual nº 10.261/68.

3. Recurso ordinário improvido.”

(RMS 19781, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 20 de Outubro de 2009.

25. Neste cenário, resta incontroverso que o dolo (elemento subjetivo que demonstre a intencionalidade) do agente faz parte da base consumativa da infração de abandono. Não apenas isso, a vontade do agente incide diretamente, também, para a perduração da permanência da ilegalidade que poderá durar 1 dia, 30 dias, 1 ano ou 5 anos, de forma que, a exemplo do crime de sequestro, apesar de já estar configurada a infração, é o agente que delibera em se manter ou não na permanência do ilícito.

26. Neste diapasão, observa-se que o fato de a infração consumir-se com o transcurso de período superior a 30 dias não implica dizer que o estado de permanência da situação de abandono seja mero efeito ou consequência da infração consumada. Ao contrário, se a configuração do abandono não se dá de forma objetiva e, ainda, se o servidor pode retornar ao serviço até que seja definitivamente demitido por meio de regular processo administrativo disciplinar, outra conclusão não há senão aquela de que a permanência depende diretamente da intencionalidade do agente.

27. Ademais, observa-se, por relevante, que permanecer ausente acarreta consequências jurídicas como o não recebimento de salários, contagem de tempo para promoção, aposentadoria, remoção, etc. Não só isso. Enquanto não demitido, por intermédio do regular procedimento sancionador, o servidor público goza formalmente dessa condição, podendo apresentar-se como tal, utilizar-se de dados e ter acesso a sistemas de uso exclusivo de agentes públicos.

28. Portanto, resta incontroverso que **não apenas a vontade do agente incide diretamente para a configuração do abandono de cargo, mas, também, para a situação de permanência, fato este que acarreta consequências jurídicas e que nos conduz a concluir que se trata de prorrogação da base consumativa.**

III - MOMENTO CONSUMATIVO E PRAZO PRESCRICIONAL

29. No tocante ao delito disciplinar do abandono de cargo, a importância de se estabelecer a sua base consumativa será a de definir o termo inicial da contagem do respectivo prazo prescricional.

30. Preliminarmente, cumpre esclarecer que os ilícitos tanto disciplinares quanto penais se classificam, basicamente, em instantâneos, permanentes, e instantâneos com efeitos permanentes.

31. Segundo Fabbrini Mirabete¹³, quanto à forma de ação, os crimes classificam-se em crimes instantâneos, permanentes e instantâneos de efeitos permanentes. Para ele, “crime instantâneo é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga”. Já o “crime permanente existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo”. Para os crimes instantâneos com efeitos permanentes ocorrem quando “consumada a infração em dado momento, os efeitos permanecem, independente da vontade do sujeito ativo”.

32. Nesta mesma linha de raciocínio, Guilherme Nucci¹⁴ aduz que crimes instantâneos “são aqueles cuja consumação se dá com uma única conduta e não produzem um resultado prolongado no tempo. Assim, ainda que a ação possa ser arrastada no tempo, o resultado é sempre instantâneo”. Ainda para Nucci, crimes permanentes seriam “aqueles que se consomem com uma única conduta, embora a situação antijurídica gerada se prolongue no tempo até quando queira o agente. Exemplo disso são o sequestro e o cárcere privado”. Para ele crimes instantâneos com efeitos permanentes “nada mais são do que os delitos instantâneos que tem aparência de permanentes por causa do seu método de execução”.

33. Feita essa breve digressão a respeito dessas classes de delitos, releva agora discernir sobre a qual delas pertence o abandono de cargo disciplinar.

34. Conforme dito alhures, não apenas a vontade do agente incide diretamente para a configuração do abandono de cargo, mas, também, para a própria situação de permanência.

35. Debruçando-se sobre o ilícito administrativo do abandono de cargo em cotejo com a teoria do momento do crime, cuja aplicação é interdisciplinar, depreende-se que este ilícito apresenta um duplo grau, conforme salientado por José Armando da Costa¹⁵, onde se tem a existência de uma base pré-consumativa e outra pós-consumativa, que dependem da vontade do agente e que produzem efeitos jurídicos.

36. Ainda de acordo com o escólio do referido autor, tais bases projetivas se situam de modo muito preciso e objetivo na marca do trigésimo primeiro dia de falta injustificada ao serviço. A expressão que se situa antes dessa marca (de um a trinta dias) se define como pré-consumativa; já a que se coloca depois dela se denomina pós-consumativa. Enquanto esta dura indefinidamente a partir do trigésimo primeiro dia (plasmando a base consumativa que se projeta daí para frente), aquela requer uma duração de apenas trinta dias.

37. Conforme aqui já referenciado, a disponibilidade em poder do agente para prosseguir, ou não, em sua ação delituosa constitui exatamente o critério diferenciador entre o delito instantâneo de efeito permanente e o crime permanente. Neste, o prosseguimento fica absolutamente na esfera de vontade do agente que implementa a ação anômala; enquanto que naquele, uma vez consumado instantaneamente o delito, as suas consequências não ficam à mercê da vontade do autor.

38. Mais uma vez buscando a analogia ao Direito Penal, tem-se que, nas hipóteses de crimes de cárcere privado, sequestro e redução à condição análoga de escravo, todos os delitos inquestionavelmente tidos como permanentes, a ação criminosa se protraí no tempo disponível pelo autor. O mesmo já não ocorre em relação, por exemplo, ao crime de bigamia (art. 235 do CPB). Este, por ser instantâneo de efeito permanente, se consoma com o ato de

celebração das segundas núpcias. Daí em diante, os seus efeitos projetam-se de modo alheio à vontade do agente.

39. Seguindo essa mesma lógica jurídica, na infração disciplinar do abandono de cargo, tanto a base pré-consumativa (trinta dias consecutivos de faltas ao serviço) quanto a pós-consumativa (do trigésimo primeiro dia em diante) estão no domínio de volição do agente público e acarretam, em ambas as situações, consequências jurídicas, conforme aqui já destacado. Diante disto, não se pode identificar tal delito como instantâneo de efeito permanente, pois, conforme já assinalado acima, inexistindo essa disponibilidade ao agente público (“ausência intencional...”), o abandono não se caracteriza, por mais que seja elevada a quantidade de faltas, bem como a sua situação de permanência, que produz efeitos jurídicos até que este voluntariamente decida retornar ao cargo ou que se ultime o procedimento disciplinar sancionatório pelo Estado.

40. Destarte, **o fato do abandono de cargo possuir a natureza jurídica de infração de caráter permanente, o termo inicial do prazo prescricional, a exemplo dos ilícitos criminais, só se dará a partir do dia em que cessar a permanência.**

41. A fim de espantar quaisquer questionamentos acerca da existência dessas classes quanto ao momento consumativo também nos ilícitos disciplinares, destaca-se a previsão expressa contida no Estatuto dos Servidores Públicos de Santa Catarina (Lei Estadual nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985) que enquadra o abandono de cargo como infração de caráter permanente e, ainda, que o prazo inicial para a contagem do prazo prescricional só se inicia a partir “do dia em que cessar a permanência”, *in verbis*:

Art. 137 - São infrações disciplinares, entre outras definidas nesta Lei:

[...]

II - puníveis com demissão simples:

[...]

2 - inassiduidade permanente;

3 - inassiduidade intermitente;

[...]

Parágrafo único - Considera-se inassiduidade permanente a ausência ao serviço, sem justa causa, por mais de 30 (trinta) dias consecutivos; e inassiduidade intermitente, a ausência ao serviço sem justa causa, por 60 (sessenta) dias, intercaladamente, num período de 12 (doze) meses.

(...)

Art. 150. Prescreve a ação disciplinar:

I - em 02 (dois) anos, quanto aos fatos punidos com repreensão, suspensão, ou destituição de encargo de confiança;

II - em 05 (cinco) anos, quanto aos fatos punidos com a pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de cassação de disponibilidade, ressalvada a hipótese do art. 151, deste Estatuto.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr:

a) do dia em que o ilícito se tornou conhecido de autoridade competente para agir;

b) *nos ilícitos permanentes ou continuados, do dia em que cessar a permanência ou a continuação.*

42. Interpretando a legislação estadual supracitada em um caso de abandono de cargo por um servidor daquela unidade federativa, **o Superior Tribunal de Justiça, em evolução aos seus precedentes, decidiu que a infração de abandono de cargo possui caráter permanente e que, em razão disso, o termo inicial do prazo prescricional se dá a partir do dia em que cessar a permanência, in verbis:**

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INASSIDUIDADE PERMANENTE. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO A QUO. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.

1. O Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina (Lei 6.745/85) enquadrou, expressamente, a infração disciplinar perpetrada pelo recorrente como de caráter permanente e estabeleceu que o prazo prescricional da ação disciplinar em se tratando de ilícitos permanentes punidos com demissão é de 5 (cinco) anos, tendo como termo a quo o dia em que cessar a permanência.

2. No caso concreto, a inassiduidade do recorrente iniciou-se com o fim do período de licença para tratar de interesses particulares que lhe fora concedido pela Administração (19/12/2000) e permaneceu até o seu efetivo retorno ao trabalho em 20/6/2007, sendo este o marco inicial da contagem do prazo prescricional. Não há falar, portanto, em prescrição do Processo Administrativo Disciplinar, haja vista que a Portaria que determinou a sua instauração foi publicada em 31/12/2007, antes do decurso do prazo prescricional, devendo, por conseguinte, ser mantida a sanção aplicada.

3. Recurso ordinário não provido.”

(RMS 44.169, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, unânime, DJe de 07/04/2014)

43. Outrossim, destaca-se o julgado mais recente daquela Corte Superior acerca do momento consumativo da infração de abandono de cargo, por intermédio do RMS 45.353 (DJe de 15/08/2015), que, apontando para a virada de sua jurisprudência, consignou a existência de entendimento anterior do Tribunal sobre o tema e que, por se tratar de ilícito permanente, o termo *a quo* do prazo prescricional da referida infração somente se inicia do dia em que cessa a permanência, conforme destacado no voto do Min. Relator Og Fernandes, da 2ª Turma, *in verbis*:

“A segunda questão, por sua vez, diz respeito ao decurso do prazo prescricional para instauração do PAD e consequente aplicação (ou não) da penalidade de demissão. Sobre o tema, prescreve a Lei Complementar Estadual n. 68/92:

Art. 179 - A ação disciplinar prescreve:

[...]

III - em 05 (cinco) anos, quanto aos fatos punidos com pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, ressalvada a hipótese do artigo 174.

Portanto, deve a Administração Pública instaurar o competente processo administrativo disciplinar sumaríssimo no prazo de 5 (cinco) anos. A dúvida, não obstante, mostra-se presente em relação ao termo inicial da contagem do tempo para exercício desta pretensão. Este Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema e entendeu que, por se tratar de ilícito permanente, o termo a quo se inicia do dia em que cessa a permanência.”

44. Diante do exposto, e com base nas razões de fato e de direito expostas no presente parecer, conclui-se que a infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o respectivo prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.

IV - DA SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO (*OVERRULING*) DOS PARECERES GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 E GQ - 214

45. Neste capítulo conclusivo da presente manifestação jurídica mostra-se imperativo ressaltar que o tema atinente ao termo inicial de prescrição da infração de abandono de cargo já havia sido outrora tratado, ainda na década de 90, pelos Pareceres GQ 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, todos aprovados pelo Presidente da República nos quais, à época, a questão *sub lúmen* serviu como base argumentativa para o deslinde dos casos concretos levados à apreciação do Chefe do Poder Executivo Federal.

46. Não obstante, mostra-se importante ressaltar que as soluções dadas para aqueles casos foram em consonância com entendimento vigente à época, de forma que se constituem em ato jurídico perfeito e indene à retroatividade por uma questão, sobretudo, do princípio constitucional da segurança jurídica¹⁶, como derivação do princípio do próprio Estado de Direito e expresso na própria Lei nº 9.784/99, sob dois aspectos fundamentais.

47. O primeiro aspecto do princípio da segurança jurídica, de ordem objetiva, aproxima-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei, e versa sobre critérios de interpretação das normas administrativas, **vedando objetivamente a aplicação retroativa de nova interpretação, *in litteris*:**

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

48. Ainda por este prisma, anota a Professora Di Pietro¹⁷ que as leis, em razão do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. Porém, não se ignora a possibilidade de mudança de orientação pela Administração Pública o que provoca, por consequência lógica, certa insegurança jurídica porque os interessados desconhecem o momento em que sua situação poderá ser contestada pela própria Administração Pública. Neste cenário, não se admite que os administrados tenham seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo, justificando-se aí a regra que veda a aplicação retroativa.

49. Nesta mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça, já fixou o entendimento de que, ocorrendo nova interpretação administrativa, esta vinga para as situações que se consolidarem posteriormente, nos moldes da **Lei 9.784/99**, conforme espelhado no seguinte precedente, dentre outros, *in verbis*:

“No caso em questão, dúvida alguma há que está sendo dada nova interpretação administrativa para o âmbito da Justiça do Trabalho, no bojo de processo administrativo, pelo que essa interpretação que agora se propõe deve gerar apenas efeitos para as futuras remoções, de molde a que os tribunais possam efetuar o correto planejamento orçamentário a fim de prever despesas de ajuda de custo nas remoções, de molde, pois entender o contrário implicaria em descumprir preceito legal (Lei 9784/99). Acredito, portanto, que é imperativo que esse Conselho reconheça que caso essa lei é norma de aplicação obrigatória, o que implica vedar qualquer efeito patrimonial nas remoções pretéritas... (CNJ-PPs 200710000007809 e 200710000011825, Rel. Cons. Jorge Maurique, julgado em Sessão de 04/12/07).” (grifei)

50. Já o segundo aspecto evidencia o espectro subjetivo do instituto da segurança jurídica, qual seja, o princípio da proteção à confiança ou da confiança legítima e estabelece inovadoramente prazo decadencial de cinco anos para os atos administrativos ablativos de direito, salvo comprovada má-fé:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

51. O citado dispositivo legal é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela), conforme classicamente se reconhece, não raras vezes esta revisão, pode não ser realizada a tempo e modo, seja porque se desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião, de forma que se permite que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, consolidem-se, tornado-se, pois, merecedores da salvaguarda do ordenamento jurídico¹⁸.

52. Neste ponto, tem-se que, se o referido dispositivo da Lei nº 9.784/99 reveste-se em segurança jurídica a favor do administrado verifica-se, também, na legislação ordinária, a existência de prazo prescricional quinquenal para o ex-servidor requerer a revisão de sua demissão. Isto é, o sistema jurídico apresenta-se em sua dualidade e aponta para a segurança jurídica para as relações como um todo.

53. Sobre este último enfoque, a desconstituição do ato administrativo de demissão, por se tratar de ato único de efeitos concretos, subordina-se ao lapso prescricional de cinco anos, na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910/32. Assim, caso não tenha sido exercitado o direito de ação dentro do prazo previsto em lei, a prescrição alcança o próprio fundo do direito. Neste sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial, consolidou a exegese de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo, *in verbis*:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg nos EREsp 545.538/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 05/11/2009)

54. Desta feita, e tendo-se como imperativo a superação do entendimento exposto nos retrocitados Pareceres Vinculantes, cumpre apontar, por derradeiro, os mecanismos hábeis para tal mister utilizando-se, para tanto, e de forma subsidiária, a novel sistemática de precedentes trazida pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 15, *in litteris*:

Art. 15. **Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos**, as disposições deste Código lhes **serão aplicadas supletiva e subsidiariamente**. (grifei)

55. Abraçando a doutrina do *stare decisis*¹⁹ dos países de tradição de *commom law*, por meio da edição do Novo Código de Processo Civil, o Direito brasileiro percebeu a importância de se ter uma coerência e previsibilidade das decisões judiciais que são tão

necessárias à própria estabilidade do Direito, de forma que não se pode admitir que situações juridicamente idênticas tenham um desfecho tão distinto dado pelos corpos decisórios.

56. Segundo o Professor Elpídio Donizetti²⁰, o *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão e que, em razão do *status* do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. Ainda de acordo com o autor, a existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

57. Não obstante, revela-se que essa procura de estabilidade sistêmica há muito inspira o Direito brasileiro, que buscava suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, para tal tarefa, sucedâneos normativos ao *stare decisis*, a exemplo do controle abstrato de normas, ADIn interventiva, ADC, súmulas vinculantes, competência dada ao Senado para suspender em todo ou em parte parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário²¹ e, pela mesma lógica jurídica, os Pareceres Vinculantes aprovados pelo Presidente da República. Entretanto, seja pela via normativa ou pelos mecanismos de estabilidade do *stare decisis*, **os entendimentos firmados não podem e nem devem possuir caráter absoluto e atemporal.**

58. Voltando-se à sistemática do *stare decisis*, é imperioso ressaltar que a formação do precedente ocorre apenas pela razão de decidir do julgado, ou seja, pela sua *ratio decidendi*. Noutros termos, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

59. Neste diapasão, para que haja correta aplicação do precedente judicial ao caso concreto, competirá ao julgador a função de conferir se a demanda sob julgamento encontra similitude com o precedente, devendo-se analisar os elementos objetivos da demanda em comparação aos elementos caracterizadores dos casos antecedentes, por meio da utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguishing*) e de técnicas de superação (*overruling* e *overriding*), as quais merecem algumas considerações.

60. Quanto ao *distinguishing*, observa-se que se trata de um método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”²². Assim, se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá ater-se à hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior.

61. Já o *overruling* é o procedimento por meio do qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra *ratio decidendi*. É técnica de superação do precedente e não apenas de aplicação, interpretação ou confronto de decisões judiciais. À semelhança da revogação de uma lei por outra, pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o órgão julgador manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito²³.

62. Esclarece-se, por pertinente, que a superação de um precedente justifica-se, à medida que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas. Assim, por mais que se almeje do sistema

jurídico soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar o teor das razões de decidir nas decisões prolatadas, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento²⁴.

63. Por tais razões é que a doutrina - amparada nas teorias norte-americanas - propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço, conforme aqui já mencionado, tem-se o chamado *overruling*, técnica que se difere do *distinguishing*, à medida que este se caracteriza pela conformação do caso à *ratio decidendi*, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

64. Ainda segundo o Professor Elpídio Donizetti, por intermédio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, há que se construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

65. Por fim, quanto aos efeitos da nova *ratio decidendi*, o próprio CPC, em seu art. 927, elenca as regras para efeito temporal do precedente, superação e distinção.

66. Debruçando-se sobre o supracitado dispositivo legal, verifica-se que vige o entendimento de que a nova interpretação aplicase aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, valendo, portanto, a regra *tempus regit actum*. Por outro lado, aqueles casos que já tenham sido decididos sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada²⁵ ou, *in casu*, e por analogia, do ato jurídico perfeito, conforme dispõe, inclusive, o já mencionado inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

67. Esclarece-se, ainda, que como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos (art. 927, § 3º). Todavia, essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, não sendo possível falar-se em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial²⁶ ou violação ao ato jurídico perfeito.

CONCLUSÃO

68. Ante o exposto, após análise das questões submetidas a exame, em atendimento à solicitação formulada, **efetuam-se as seguintes conclusões:**

a) as condutas que são objeto de persecução disciplinar na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto à natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto ao termo inicial da contagem do prazo prescricional;

b) a vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa;

c) a infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.

d) pela superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas nos Pareceres GQ 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas

recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual.

À consideração superior.

Bruno Andrade Costa

Relator

Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares -
CPPAD/DECOR/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante ofornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000880201616 e da chave de acesso 3011583b.

¹ CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Atlas, 25ª Ed., p. 981.

² ob. cit., p. 982.

³ MEDAUAR, Odete. Controles Internos da Administração Pública. Revista da Faculdade de Direito, V. 84/85. São Paulo, p. 43.

⁴ CARVALHO FILHO, ob. cit., p. 72.

⁵ “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

⁶ “Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”.

⁷ “Art. 37.(...) § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

⁸ HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. In: Seleção Histórica da RDA (Matérias Doutrinárias Publicadas em Números Antigos de 1 a 150), Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 15, 1945-1995.

⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu, Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, 1. ed., 2. Tiragem. p. 154.

¹⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 133.

¹¹ Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Disponível em: [http:// www. cgu. gov. br/ Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad.pdf)

¹² Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br>>

¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FRABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal. Parte Geral, 27ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011, p.114.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 6ª ed. São Paulo: Editora, p. 177-179.

¹⁵ COSTA, José Armando. Abandono de cargo público. Disponível em: http://www.sspds.ce.gov.br/file_bd?sql=FILE_DOWNLOAD_FIELD_ARQUIVO_OWNLOAD&parametros=338&extFile=PDF

¹⁶ SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo

decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99), Revista Brasileira de Direito Público, ano 2, n. 6, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2004. p. 7-59.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”. São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 85 a 86.

¹⁸ Ferraz, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu, Processo administrativo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 128/129 e 194.

¹⁹ “stare decisis é o que sobrou da expressão latina 'stare decisis et non quieta movere'; ao pé da letra: 'que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões judiciais' (PORTO, Sérgio Liberto. Sobre a common law, civil law e o Precedente Judicial, in Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão)

²⁰ DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>

²¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi de Mello. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. Revista dos Tribunais, vol. 920, p. 133, Jun/2012.

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 395.

²⁴ Idem.

²⁵ DONIZETTI, Elpídio. Ob. Cit. 26 Idem.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 15654511e chave de acesso 3011583b no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 17-01-2017 11:54. Número de Série:13374927. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

NOTA: Os PARECERES AGU Nº GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214 foram considerados superados, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU Nº GMF-6.

Assuntos abordados neste Parecer: Prazo prescricional quinquenal do abandono de cargo. Para aplicação do prazo prescricional penal, é necessário existir inquérito policial ou ação penal.

PARECER AGU Nº AM-2

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 9 de abril de 2019”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 12/04/19, pg. 4 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00688.000541/2017-11

INTERESSADO: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar

ASSUNTO: Prescrição da infração disciplinar de abandono de cargo

PARECER Nº AM - 2

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00235/2019/GAB/CGU/AGU o anexo Parecer nº 01/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 09 de abril de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

(Nota: O Parecer AGU nº AM-2 foi considerado superado, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº JL-6.)

DESPACHO Nº 235/2019/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar – CPPAD e outros

ASSUNTOS: Prescrição da infração disciplinar de abandono de cargo.

Aprovo, nos precisos termos do Despacho nº 689/2017/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 1/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.

Submeto as manifestações desta Consultoria-Geral da União ao Exmo. Senhor Advogado-Geral da União, para que, em sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para os fins dos art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 15 de março de 2019.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

DESPACHO Nº 689/2017/DECOR/CGU/AGU**NUP:** 00688.000541/2017-11**INTERESSADOS:** Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar - CPPAD da Consultoria-Geral da União**ASSUNTO:** Prescrição da infração disciplinar de abandono de cargo

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União substituto,

Aprovo o Parecer nº 1/2017/CPPAD/CGU/AGU, da Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar desta Consultoria-Geral da União.

Nestes termos, consolide-se o entendimento no sentido de que, caso não haja apuração dos fatos na esfera penal, o prazo prescricional para a infração disciplinar de abandono de cargo é de 5 (cinco) anos, na esteira do que dispõe o art. 142, inciso I, e art. 132, inciso II, ambos da Lei nº 8.112, de 1990:

Lei nº 8.112, de 1990

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

...

II - abandono de cargo;

...

Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.

...

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

...

Caso haja apuração dos fatos na esfera criminal, o prazo prescricional para a infração disciplinar de abandono de cargo é de 3 (três) anos, na forma do § 2º do art. 142 da Lei 8.112, de 1990, combinado com arts. 109, inciso VI, e art. 323, ambos do Código Penal:

Lei nº 8.112, de 1990

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

...

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

...

Código Penal

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

...

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

...

Art. 323 - Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

...

Acerca da matéria, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça que corroboram o entendimento ora consolidado no sentido de que a aplicação do prazo prescricional previsto

na legislação penal somente pode ser aplicável às infrações disciplinares caso haja apuração criminal em curso perante às instâncias competentes:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990. PRESCRIÇÃO DA LEI PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DA INFRAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É firme o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido que incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90 apenas nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público for objeto de apuração na esfera criminal, sendo insuficiente a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração na esfera penal.

2. Precedentes: MS 17.535/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/09/2014, DJe 15/09/2014; MS 13.926/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 27/02/2013, DJe 24/04/2013; MS 14.159/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 10/02/2012; MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27/10/2010, DJe 26/11/2010; MS 14.320/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 14/05/2010.

3. Agravo regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 681.345/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO TAMBÉM CAPITULADA COMO CRIME. FATO QUE NÃO FOI OBJETO DE APURAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. APLICAÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS DA LEI PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DO ART. 142 DA LEI Nº 8.112/1990. PRECEDENTES. AFIRMAÇÃO DE QUE TERIAM SIDO CONTRARIADOS DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE 10/STF. ALEGAÇÕES QUE SOMENTE PODEM SER EXAMINADAS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A previsão contida no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990 - de que às infrações disciplinares, capituladas também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição previstos na lei penal - deve ser afastada na hipótese em que os fatos não tiverem sido objeto de apuração na esfera criminal, como no caso ora examinado. Precedentes.

2. Conquanto haja a possibilidade, ao menos em tese, de o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial, contrariar dispositivos da Constituição Federal, revela-se manifestamente equivocada a iniciativa da parte de submeter essa matéria ao próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio de agravo regimental ou de embargos de declaração, porquanto a apreciação desse tipo de questão compete ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário. Inviável, assim, o exame das alegações de violação do princípio da separação de poderes e da cláusula de reserva de plenário, bem como de inobservância da Súmula Vinculante 10/STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp 1180500/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013)

Por fim, quanto à superação dos Pareceres GM-007¹ e GQ-144², ambos aprovados pelo Presidente da República, e não publicados no Diário Oficial da União, por conseguinte, não vinculantes para toda a Administração Pública Federal, na esteira do art. 40, § 2º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União³, deve prevalecer que o entendimento ora consolidado tem eficácia prospectiva, não comprometendo a validade dos atos praticados sob a égide do entendimento anteriormente em vigor.

Conforme posto no âmbito do Parecer GMF-064, a confecção de eficácia prospectiva para a hodierna compreensão jurídica funda-se no inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, o qual veda expressamente a aplicação retroativa de nova interpretação, cumulado com arts. 15 e 927, § 2º, ambos do Código de Processo Civil⁵. Na espécie, a bem da estabilidade e da segurança jurídica, deve prevalecer que o entendimento ora proposto não compromete a validade dos casos já decididos sob a vigência do entendimento anterior.

À consideração superior.

Brasília, 06 de dezembro de 2017.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

¹ <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8400>

² <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8323>

³ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. **§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.** Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

⁴ <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1573562>

⁵ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (...) Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

COMISSÃO PERMANENTE DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

PARECER Nº 1/2017/CPPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: União

ASSUNTO: Prescrição do abandono de cargo

ENUNCIADO CPPAD/CGU/AGU Nº 2

Aplica-se à falta disciplinar de abandono de cargo o prazo da prescrição administrativa indicada no art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990, em caso de inexistência de persecução penal para o mesmo fato.

Referências: Art. 142, inciso I, e §2º, da Lei nº 8.112/90. Arts. 109 e 110 do Código Penal. Pareceres GM 007, GQ-144, GQ nº 164 e GQ nº 211. RMS 20.337/PR, MS 12.884/DF e MS 15.462/DF do STJ.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I - O prazo para a Administração apurar eventual prática de abandono de cargo é de 5 anos, caso não tenha havido apuração na esfera penal.

II - A utilização do prazo prescricional penal na esfera administrativa deve ser feita de forma reservada, restringindo-se aos casos em que já tenha sido deflagrada a atuação dos órgãos criminais competentes.

III - Deve-se ter a superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas nos pareceres Pareceres GM 007 e GQ-144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Exmo. Diretor,

1. Trata-se de manifestação da Comissão Permanente de Procedimentos Disciplinares - CPPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 5, de 9 de fevereiro de 2017.

2. Com efeito, a temática *sub lúmen* versa acerca do prazo prescricional aplicável ao caso de abandono de cargo quando não há apuração do fato na esfera penal.

3. Após identificada a controvérsia e os pontos relevantes para o deslinde da matéria, foram realizados estudos e debates em reuniões com a participação de membros da carreira de Advogado da União, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador do Banco Central com notória expertise sobre direito disciplinar. Passou-se, então, à etapa de elaboração do Parecer em apreço, cujo objetivo é o esclarecimento da controvérsia posta sob exame, de forma a orientar a atuação dos Advogados Públicos em suas unidades jurídicas por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

4. É, em síntese, o relatório.

I - DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA ABANDONO DE CARGO

5. Há a possibilidade de uso do prazo prescricional penal para fins de exercício da pretensão punitiva pela Administração, naquelas hipóteses em que as infrações disciplinares também forem capituladas como crime, por força do disposto no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990¹. Sobre esse ponto, merece destaque excerto do Parecer GQ nº 164 (vinculante):

“45. A aplicação das normas estatutárias que regem a prescrição da ação disciplinar há de ser feita em vista também do comando do § 2º do art. 142, da Lei nº 8.112, supratranscrito, isto é, os prazos pertinentes às infrações disciplinares, previstas também como crime, são contados nos moldes da lei penal. Estes os casos em que a lei, de forma única, admite a incidência das normas penais. Em se referindo a essas facetas prescricionais apenas, pretendeu o legislador excluir outras espécies de interferências do Direito Penal no Disciplinar, dadas suas diferenciações quanto às suas naturezas e finalidades, conforme visto. Qualquer outra incidência somente será

permissível mediante disposição legal expressa, em decorrência do princípio constitucional da legalidade.

46. Na hipótese em que a irregularidade administrativa estiver prevista, da mesma forma, como crime, caberá ao administrador o dever de invocar a prescrição a que se refere o art. 109 do Código Penal, abstraindo-se do disposto no art. 142 da Lei nº 8.112, por determinação do seu § 2º, relativamente aos fatos ocorridos na vigência deste diploma legal ou da Lei nº 1.711, de 1952, cujo art. 213, parágrafo único, era assim redigido: *‘A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este’.*”

6. Por sua vez, especificamente em relação ao prazo para apuração e aplicação **de penalidades em face de abandono de cargo**, houve manifestação da AGU, consubstanciada, entre outros, no Parecer GQ nº 211, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União de 12 de agosto de 1998 (portanto vinculante, conforme art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), de cujo teor se extrai o seguinte trecho:

“7. É de notar-se que a orientação que se vem observando está consubstanciada em dois pareceres da extinta Consultoria-Geral da República Pareceres nº 575-H, da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, e nº I-11, da lavra do Dr. Romeo de Almeida Ramos, e em Formulações do DASP. Pode assim ser resumida: **(a) o abandono de cargo é ilícito instantâneo de efeitos permanentes; (b) o prazo prescricional inicia-se no trigésimo primeiro dia de ausência do servidor;** (c) apesar da prescrição, o fato do abandono persiste, devendo declarar-se a vacância do cargo, mediante exoneração ex officio; (d) os casos de exoneração ex officio previstos no art. 75, II, “a” e “b”, do antigo Estatuto do Servidor não eram taxativos, eis que o Estatuto, em outros dispositivos (por ex. art. 19, §§ 5º e 7º), contemplava outros casos de exoneração ex officio.” (destacou-se)

7. Em relação ao fato de se tratar de ilícito instantâneo de efeitos permanentes há que se ressaltar recente manifestação desta CPPAD, consubstanciada no Parecer vinculante GMF-06, publicado em 21 de setembro de 2017, em que se firmou a superação dos Pareceres GQ-206, GQ-207, GQ-211 e GQ-214, tendo em vista que a infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.

8. Em relação ao prazo para a instauração do Processo e para a apuração do abandono de cargo, o Parecer GM nº 007, não vinculante, assim se pronunciou:

“6. Quanto à prescrição, cumpre registrar que, segundo o Parecer AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144), citado na Nota da SAJ, previsto também como crime, o abandono de cargo tem o mesmo prazo de prescrição da Lei Penal, e da conjugação dos arts. 323 e 119, VI, do Código Penal e art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, conclui-se que o prazo prescricional da infração ‘abandono de cargo’ é de dois anos. Com a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, considera-se não interrompida a prescrição. Se as faltas tiveram início em 26/8/96 (fls. 3-7), a infração consumou-se em 25/9/96, estando realmente prescrita a pretensão punitiva da Administração.”

9. No mesmo sentido o Parecer GQ nº 144, não vinculante:

“8. Previsto como crime, no art. 323, o abandono de cargo tem seu prazo prescricional regulado no art. 109, VI, ambos os dois do Código Penal, isto é, a prescrição verifica-se em dois anos, a contar do trigésimo primeiro dia

de falta ao serviço, pois a Administração tem imediato conhecimento dessa infração (§ 1º do transcrito art. 142 da Lei n. 8.112).”

10. Assim, tem-se entendido que o prazo prescricional para a apuração da infração de abandono de cargo e para o exercício da pretensão punitiva da Administração é de 2 anos, caso o fato tenha ocorrido até 06 de maio de 2010² e, atualmente, em razão da alteração dos arts. 109 e 110 do Código Penal, por intermédio da Lei nº 12.234, de 2010, esse **prazo passou a ser de 3 (três) anos**. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. NULIDADES. AFASTADAS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INOCORRÊNCIA. *ANIMUS ABANDONANDI* CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que o excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar não conduz à sua nulidade. Precedentes.

2. O artigo 164, § 2º, da Lei nº 8.112/90 estabelece que designar-se-á defensor dativo para defender o indiciado revel, ou seja, aquele que não atende à citação para a apresentação de defesa.

No entanto, verifica-se que, embora sob o título "Justificativa", o impetrante apresentou defesa escrita, objetivando, sem sucesso, afastar o elemento subjetivo caracterizador do abandono de cargo.

3. Conforme dispõe a Lei nº 8.112/90, o curso do prazo prescricional é interrompido desde a publicação do primeiro ato instauratório do processo disciplinar, até a decisão final proferida pela autoridade competente (art. 142, § 3º).

4. No entanto, segundo entendimento consolidado neste STJ, a interrupção do prazo prescricional do processo disciplinar não é definitiva, vez que, decorrido o prazo máximo para conclusão e julgamento deste, o prazo prescricional recomeça a correr por inteiro, segundo a regra estabelecida no art. 142, § 4º, da Lei nº 8.112/90. Precedentes.

5. *In casu*, houve, em 21/02/2003, com a publicação da Portaria no65 (a qual instaurou o PAD), a interrupção da contagem do prazo prescricional. Esse prazo prescricional teve sua contagem reiniciada após 75 (setenta e cinco) dias da instauração do supramencionado PAD - prazo máximo para conclusão e julgamento deste (art. 133, § 7º, c/c art. 167, ambos da Lei nº 8.112/90).

6. Não há falar, pois, em prescrição da pretensão punitiva, porquanto, considerando a interrupção do prazo prescricional (em 21/02/2003) e o reinício de sua contagem por inteiro (em 06/05/2003), a demissão do impetrante poderia ter ocorrido até 06/05/2005 - levando-se em conta o prazo prescricional de 2 (dois) anos (art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/90 c/c o art. 323 e o então art. 109, inc. VI, ambos do Código Penal). O ato demissório, no entanto, foi publicado em 07/09/2004.

7. Da análise dos autos, verifica-se o ânimo específico do impetrante de abandonar o cargo, tendo em vista a ausência de justificativas plausíveis em sua defesa.

8. A concessão de licença não remunerada para tratar de interesse particular é uma faculdade da Administração, a qual poderá, a seu alvedrio, deferi-la ou não, segundo o que for mais conveniente, à época, para o serviço público (art. 91 da Lei nº 8.112/90) (MS 15.903/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/04/2012, DJe 20/04/2012).

9. Segurança denegada.”

(MS 10.291/DF, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 29/05/2013)

11. Nesse mesmo sentido é o posicionamento da Corregedoria-Geral da Advocacia da União:

“NOTA TÉCNICA Nº 186/2009-CGAU/AGU

PROCESSO Nº 00400.020421/2009-91

(...)

34. Nesse sentido, cita-se a Formulação nº 31 do extinto DASP, enunciando que ‘em relação ao abandono de cargo, a prescrição começa a correr no 31º dias de faltas consecutivas ao serviço.’

35. Além disso, conquanto ser um ilícito funcional cominado com a pena de expulsão do serviço público, a contagem da prescrição do direito de punir o abandono de cargo não obedece ao prazo quinquenal, genericamente previsto no inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, para as infrações passíveis de demissão. Incide, nesse caso, a regra especial (art. 142, §2º, da Lei nº 8.112, de 1990) de que as infrações disciplinares também capituladas como crime seguirão os prazos prescricionais da lei penal, o que ocorre com o abandono de função, já que tal fato é previsto como ilícito penal nos termos do art. 323 do Código Penal Brasileiro.

36. Temos, então, que o prazo da prescrição do abandono de cargo se dá em 2 (dois) anos, adotando a prescrição criminal, de acordo com o estabelecido no art. **109, VI do Código Penal Brasileiro**, desde que seja na hipótese do tipo penal não qualificado, previsto no *caput* do art. 323 do referido diploma legal, cuja pena máxima é de um mês de detenção, já que o referido dispositivo legal prevê, ainda, nos parágrafos 1º e 2º, duas modalidades qualificadas do crime de abandono de função, que recebem penas aumentadas em relação ao *caput*, elevando a prescrição penal para, respectivamente, 4 (quatro) anos e 8 (oito) anos.

37. Sobre o tema, vejamos o entendimento externado pela Advocacia-Geral da União no Parecer AGU nº GM-7 e Parecer AGU nº GQ-144, não vinculantes:

‘6. Quanto à prescrição, cumpre registrar que, segundo o Parecer AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144), (...), previsto também como crime, o abandono de cargo tem o mesmo prazo de prescrição da lei penal, e da conjugação dos arts. 323 e 119, VI, do Código Penal e art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, conclui-se que o prazo prescricional da infração abandono de cargo é de dois anos.’

‘8. Previsto como crime, no art. 323, o abandono de cargo tem seu prazo prescricional regulado no art. 109, VI, ambos os dois do Código Penal, isto é, a prescrição verifica-se em dois anos, a contar do trigésimo primeiro dia de falta ao serviço, pois a administração tem imediato conhecimento dessa infração (§ 1º do transcrito art. 142 da Lei nº 8.112).’

38. No entanto, quanto ao segundo momento de aferição da prescrição do direito de punir da Administração Pública, o cômputo do prazo prescricional se dá na forma prevista pela Lei nº 8.112, de 1990, aplicando-se, dessa forma, as causas modificadoras do curso prescricional ali previstas.”

12. Outrossim, **há o entendimento jurisprudencial de que o prazo para a Administração apurar eventual prática de abandono de cargo é de 5 anos**, caso não tenha havido apuração na esfera penal. Nesse sentido são os seguintes julgados do STJ:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO. COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO PARANÁ. PRESENÇA DE DOIS PROMOTORES. LEI COMPLEMENTAR N.º 98/2003. CONSTITUCIONALIDADE. PARTICIPAÇÃO DECISIVA DE MEMBRO IMPEDIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 252, INCISO III, DO CPP. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. NULIDADE. PENA DEMISSÓRIA. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DO ILÍCITO NO ÂMBITO PENAL. PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS. ANULAÇÃO DA PENA DEMISSÓRIA. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS APÓS CENTO E QUARENTA DIAS DO ÚLTIMO MARCO INTERRUPTIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL CONFIGURADA.
(...)

3. O prazo prescricional a ser observado, na hipótese, relativamente ao delito de abandono de cargo, o qual configura também ilícito penal, segue a regra da prescrição das infrações administrativas, equivalente a 5 (cinco) anos, tendo em vista que o crime sequer chegou a ser apurado na instância penal, conforme reconhecido pelo próprio Recorrente, daí a inaplicabilidade da prescrição penal.

Precedentes.

4. Em se considerando que a prescrição (tal como a decadência) é um instituto concebido em favor da estabilidade e da segurança jurídicas, não se pode admitir que o litigante em processo administrativo disciplinar aguarde, indefinidamente, o exercício do poder punitivo do Estado.

5. Desse modo, sendo interrompido pela instauração do processo administrativo disciplinar, o prazo prescricional volta a correr por inteiro após 140 (cento e quarenta) dias, prazo máximo para conclusão do processo administrativo e imposição de pena, independentemente de ter havido ou não o seu efetivo encerramento.

(...)”

(RMS 20.337/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009) (grifou-se)

“MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO.

1. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que, no caso de cometimento por servidor público de infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal. Como na espécie não houve tal apuração, é de se aplicar o prazo prescricional de 5 anos, de acordo com o art. 142, I, da Lei nº 8.112/90.

2. Transcorrido mais de 5 anos entre a data em que se tomou conhecimento da ausência da impetrante ao serviço público (31º dia após 13/07/98) e a data de instauração do processo administrativo (07/02/2006), primeiro marco prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão à impetrante.

3. A tese de que o abandono do cargo se renova a cada 30 dias, haja vista a sua natureza de infração permanente, é descabida, porquanto além de não encontrar respaldo na doutrina e na jurisprudência, a lei é clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei.

4. A referida tese denota o intento do ente estatal de criar uma nova hipótese infundada de renovação de prazo prescricional, provavelmente para corrigir o equívoco relativo ao demasiado tempo que se levou para instaurar o processo administrativo, deixando este ser atingido pela prescrição.

5. Mandado de segurança concedido.”

(MS 12.884/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 22/04/2008) (grifou-se)

13. Conforme se pode perceber dos julgados acima, é possível adotar a tese de que o **prazo prescricional em caso de abandono de cargo é de 5 anos para aqueles casos em que não houver a apuração do fato na instância penal**. Assim, caso não haja a apuração dos fatos no âmbito penal, o prazo prescricional para apuração da infração e para a aplicação de eventual penalidade é de 5 anos, posto que não incide a previsão do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990.

14. Com efeito, a previsão contida no art. 142, §2º, da Lei nº 8.112, de 1990, traduz-se numa mitigação à independência das instâncias, na medida em que afasta a aplicação dos prazos prescricionais administrativos e traz para a esfera disciplinar os prazos prescricionais penais, para os casos em que especifica. Ou seja, trata-se de uma exceção, que, segundo regras de hermenêutica jurídica, deve ser interpretada de forma restrita, sob pena de desvirtuamento.

15. Assim, a utilização do prazo prescricional penal na esfera administrativa deve ser feita de forma reservada, restringindo-se aos casos em que já tenha sido **deflagrada a atuação dos órgãos criminais competentes**. Não deve a administração, no uso de seu poder disciplinar, decidir se determinada infração disciplinar configura tipo penal e, consequentemente, utilizar a permissão insculpida no art. 142, §2º, da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez constatada a existência de indícios do cometimento de algum ilícito penal a providência a ser adotada pela Administração é o de efetuar a imediata comunicação a quem de direito, para adoção das providências cabíveis.

16. Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete a verificação da legalidade e uniformização da jurisprudência de normas infraconstitucionais federais, tem posicionamento pacífico sobre o tema. Nesse sentido, colaciona-se o voto proferido pelo Ministro Relator Humberto Martins que, de forma extremamente didática, ressaltando diversos precedentes, esclareceu o entendimento daquela Corte acerca do tema, confira-se:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO ADMINISTRATIVO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. PRECEDENTES.

1. A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de cinco anos, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/90, entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar.

2. **Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal.**

3. Precedentes: RMS 19.087/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.6.2008, DJe 4.8.2008; MS 12.884/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe 22.4.2008; RMS 18.688/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 9.2.2005.

4. No presente caso não há notícia de apuração criminal, razão pela qual deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142, I, da Lei n. 8.112/90.

5. É incontroverso nos autos que os fatos desabonadores foram conhecidos pela Administração em 7.4.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 7.3.2008, com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), caracterizando a prescrição quinquenal para a punição dos servidores públicos. Segurança concedida.

(MS 15.462/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 22/03/2011)

VOTO

Os impetrantes foram demitidos do cargo de agente de saúde pública, 'por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função pública e por improbidade administrativa' (fls. 320), conforme portarias n. 1.026/2010 e 1.030/2010.

A questão central do mandado de segurança é a verificação da ocorrência - ou não - da prescrição administrativa para punir os fatos ocorridos em 1999, cujas demissões foram publicadas em 2010.

É incontroverso nos autos que os fatos foram conhecidos pela Administração em 7.4.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 7.3.2008 com a publicação da Portaria válida n. 37/2008 de instauração do PAD n. 25100.005.816/2008-98 (fl. 423).

Alegam os impetrantes que ocorreu a prescrição quinquenal, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/90, pois transcorridos mais de 5 (cinco) anos entre o momento a partir do qual os fatos se tornaram conhecidos pela Administração, e aquele em que se deu a instauração do processo administrativo disciplinar, que culminou com a demissão dos impetrantes.

Determina o art. 142, da Lei n. 8.112/90:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

Em confronto, apresenta a autoridade apontada como coatora a tese de que o prazo prescricional aplicável é a de crime de peculato, pois os fatos narrados no processo administrativo disciplinar descreve tal crime, que prescreve em 16 anos, conforme dispositivos do Código Penal, que cito:

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

(...) II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, pois *'não consta dos autos sentença criminal condenando os impetrantes pela prática do crime de peculato, de tal forma que a capitulação dos ilícitos administrativos em exame como crime de peculato partiu exclusivamente da Administração, sem respaldo em ação penal. Nesse sentido, a orientação desta Egrégia Corte Superior é no sentido de que, nos casos em que os suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional...'* (fls. 568)

Concordo com o parecer ministerial. Com efeito, a mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia obsta a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/90, devendo ser aplicada a regra geral prevista no inciso I desse dispositivo.

A propósito, os seguintes precedentes:

'ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PENA DE DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI ESTADUAL N.º 10.261/68. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO. OCORRÊNCIA.

1. *A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal. No presente caso, não houve apuração na esfera criminal, devendo, portanto, ser aplicado o prazo prescricional previsto na legislação administrativa estadual.*

2. *Instaurado o processo administrativo disciplinar e aplicada a pena de demissão após o prazo de 05 (cinco) anos, Documento: 12940689 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 9 Superior Tribunal de Justiça previsto na Lei Estadual nº 10.261/68, contados do conhecimento de existência de falta pela autoridade, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado. 3. Recurso ordinário conhecido e provido.'*

(RMS 19.087/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.6.2008, DJe 4.8.2008.)

'MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO.

1. *Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que, no caso de cometimento por servidor público de infração disciplinar também tipificada como crime, **somente se aplica o prazo prescricional previsto na legislação penal quando os fatos também forem apurados na esfera criminal. Como na espécie não houve tal apuração, é de se aplicar o prazo prescricional de 5 anos, de acordo com o art. 142, I, da Lei nº 8.112/90.***

2. *Transcorrido mais de 5 anos entre a data em que se tomou conhecimento da ausência da impetrante ao serviço público (31º dia após 13/07/98) e a data de instauração do processo administrativo (07/02/2006), primeiro marco prescricional, é de se entender prescrita a pretensão estatal de aplicar a pena de demissão à impetrante.*

3. *A tese de que o abandono do cargo se renova a cada 30 dias, haja vista a sua natureza de infração permanente, é descabida, porquanto além de não encontrar respaldo na doutrina e na jurisprudência, a lei é clara ao estipular a data inicial em que se deve iniciar o cômputo do prazo prescricional, daí porque o intento administrativo é tão somente estabelecer hipótese de prorrogação do prazo prescricional não prevista em lei.*

4. *A referida tese denota o intento do ente estatal de criar uma nova hipótese infundada de renovação de prazo prescricional, provavelmente para corrigir o equívoco relativo ao demasiado tempo que se levou para instaurar o processo administrativo, deixando este ser atingido pela prescrição.*

5. *Mandado de segurança concedido.'*

(MS 12.884/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe 22.4.2008.)

'MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. INTERREGNO SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O CONHECIMENTO DOS FATOS PELA ADMINISTRAÇÃO E A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR VÁLIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SANCIONATÓRIA. PROCESSO DISCIPLINAR ANTERIOR DESPROVIDO DE EFEITOS EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE SUA NULIDADE. NÃO INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. *O poder-dever de a Administração punir a falta cometida por seus Funcionários não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da falta disciplinar e a aplicação da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor.*

2. *O art. 142 da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, instituindo o princípio da inevitável prescritebidade das sanções disciplinares, prevendo o prazo de cinco anos para o Poder Público exercer seu jus puniendi na seara administrativa.*

3. *Reluz no plano do Direito que, a anulação do Processo Administrativo implica na perda da eficácia de todos os seus atos, e no desaparecimento de seus efeitos do mundo jurídico, o que resulta na inexistência do marco interruptivo do prazo prescricional (art. 142, § 3o. da Lei 8.112/90), que terá como termo inicial, portanto, a data em que a Administração tomou conhecimento dos fatos.*

4. *Transcorridos mais de cinco anos entre o conhecimento da existência de falta pela autoridade competente e a instauração do segundo Processo Administrativo Disciplinar (que declarou a nulidade do primeiro), deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado.*

5. *Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial.'*

(MS 13.242/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 5.12.2008, DJe 19.12.2008.)

Assim, somente quando houver regular apuração do ilícito criminal, deverá ser aplicada a legislação penal sobre prescrição.

A propósito:

'ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL - PRECEDENTES - INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL - PRESCINDIBILIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - RECURSO DESPROVIDO.

I - *Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, havendo regular apuração criminal, deve ser aplicada a legislação penal para o cômputo da prescrição no processo administrativo. Precedentes.*

II - *A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria.*

III - *Recurso conhecido e desprovido.*

(RMS 18.688/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ de 9.2.2005.)

‘ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME DE CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO. DEMISSÃO. ESFERA CRIMINAL.ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

1. *Nos termos do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, os prazos prescricionais previstos na lei penal. Precedentes.*

2. *O prazo para a Administração aplicar a pena de demissão ao servidor faltoso é de 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 142, inciso I, da Lei n.º 8.112/90. Entretanto, havendo regular apuração criminal, o prazo de prescrição no processo **administrativo disciplinar será regulado pela legislação penal**, que, in casu, consoante o art. 316 c.c. o art. 109, inciso III, do Código Penal, é de 12 (doze) anos.*

3. *Na hipótese, a contagem do prazo prescricional foi interrompida com a instauração de novo PAD em 04/09/2003, voltando a correr por inteiro em 21/01/2004, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do processo - art. 152, caput, c.c. o art. 169, § 2.º, ambos da Lei 8.112/90). Desse modo, tendo sido expedida a Portaria Demissionária da Impetrante em 19/05/2004, constata-se, à toda evidência, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração.*

3. *Tendo em vista a independência das instâncias administrativa e penal, a sentença criminal somente afastará a punição administrativa se reconhecer a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, hipóteses inexistentes na espécie. Precedentes.*

4. *Segurança denegada.*

(MS 9.772/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 26.10.2005, sem grifos no original.)

Portanto, aplica-se ao caso o prazo prescricional administrativo previsto no art. 142 da Lei n. 8.112/90, afastando-se o prazo previsto na legislação penal, pois não demonstrada a existência de denúncia ou apuração criminal dos fatos descritos no Processo Administrativo Disciplinar.

Ante o exposto, concedo a segurança, para reintegrar os impetrantes em seus cargos públicos, em consonância com o parecer do Ministério Público Federal. É como penso. É como voto.” (negritos e itálicos nos originais)

17. Diante do exposto, e com base nas razões de fato e de direito expostas no presente parecer, conclui-se que o prazo prescricional da infração funcional de abandono de cargo quando não há persecução penal é de 5 anos.

II - DA SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO (*OVERRULING*) DOS PARECERES GM 007 E GQ-144

18. Neste capítulo conclusivo da presente manifestação jurídica mostra-se imperativo ressaltar que o tema atinente ao termo inicial de prescrição da infração de abandono de cargo já havia sido outrora tratado pelos Pareceres GM 007 e GQ-144, não vinculantes, nos quais, à época, a questão *sub lúmen* serviu como base argumentativa para o deslinde de casos concretos ocasião em que foi fixado o entendimento de que o abandono de cargo tem o mesmo prazo de prescrição da lei penal.

19. Importante ressaltar que as soluções dadas para aqueles casos foram em consonância com entendimento vigente à época, de forma que se constituem em ato jurídico perfeito e indene à retroatividade em razão do princípio constitucional da segurança jurídicaⁱ.

20. Sobre o *overruling* e a irretroatividade de novo entendimento cabe trazer à colação trecho do Parecer GMF-06 que bem tratou da matéria:

“47. O primeiro aspecto do princípio da segurança jurídica, de ordem objetiva, aproxima-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei, e versa sobre critérios de interpretação das normas administrativas, vedando objetivamente a aplicação retroativa de nova interpretação, *in literis*:

‘Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência. (...)’

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.’

48. Ainda por este prisma, anota a Professora Di Pietroⁱⁱ que as leis, em razão do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. Porém, não se ignora a possibilidade de mudança de orientação pela Administração Pública o que provoca, por consequência lógica, certa insegurança jurídica porque os interessados desconhecem o momento em que sua situação poderá ser contestada pela própria Administração Pública. Neste cenário, não se admite que os administrados tenham seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo, justificando-se aí a regra que veda a aplicação retroativa.

49. Nesta mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça, já fixou o entendimento de que, ocorrendo nova interpretação administrativa, esta vinga para as situações que se consolidarem posteriormente, nos moldes da Lei nº 9.784, de 1999, conforme espelhado no seguinte precedente, dentre outros, *in verbis*:

‘No caso em questão, dúvida alguma há que está sendo dada nova interpretação administrativa para o âmbito da Justiça do Trabalho, no bojo de processo administrativo, pelo que essa interpretação que agora se propõe deve gerar apenas efeitos para as futuras remoções, de molde a que os tribunais possam efetuar o correto planejamento orçamentário a fim de prever despesas de ajuda de custo nas remoções, de molde, pois entender o contrário implicaria em descumprir preceito legal (Lei 9784/99). Acredito, portanto, que é imperativo que esse Conselho reconheça que caso essa lei é norma de aplicação obrigatória, o que implica

vedar qualquer efeito patrimonial nas remoções pretéritas..." (CNJ-PPs 200710000007809 e 200710000011825, Rel. Cons. Jorge Maurique, julgado em Sessão de 04/12/07).’ (grifei)

50. Já o segundo aspecto evidencia o espectro subjetivo do instituto da segurança jurídica, qual seja, o princípio da proteção à confiança ou da confiança legítima e estabelece inovadoramente prazo decadencial de cinco anos para os atos administrativos ablativos de direito, salvo comprovada má-fé:

‘Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.’

51. O citado dispositivo legal é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela), conforme classicamente se reconhece, não raras vezes esta revisão, pode não ser realizada a tempo e modo, seja porque se desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião, de forma que se permite que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, consolidem-se, tornando-se, pois, mercedores da salvaguarda do ordenamento jurídicoⁱⁱⁱ.

52. Neste ponto, tem-se que, se o referido dispositivo da Lei nº 9.784, de 1999 reveste-se em segurança jurídica a favor do administrado verifica-se, também, na legislação ordinária, a existência de prazo prescricional quinquenal para o ex- servidor requerer a revisão de sua demissão. Isto é, o sistema jurídico apresenta-se em sua dualidade e aponta para a segurança jurídica para as relações como um todo.

53. Sobre este último enfoque, a desconstituição do ato administrativo de demissão, por se tratar de ato único de efeitos concretos, subordina-se ao lapso prescricional de cinco anos, na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932. Assim, caso não tenha sido exercitado o direito de ação dentro do prazo previsto em lei, a prescrição alcança o próprio fundo do direito. Neste sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial, consolidou a exegese de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo, *in verbis*:

‘EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

2. Agravo regimental improvido.’

(AgRg nos EREsp 545.538/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 05/11/2009)

54. Desta feita, e tendo-se como imperativo a superação do entendimento exposto nos retrocitados Pareceres Vinculantes, cumpre apontar, por derradeiro, os mecanismos hábeis para tal mister utilizando-se, para tanto,

e de forma subsidiária, a novel sistemática de precedentes trazida pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 15, *in litteris*:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (grifei)

55. Abraçando a doutrina do *stare decisis*^{iv} dos países de tradição de *common law*, por meio da edição do Novo Código de Processo Civil, o Direito brasileiro percebeu a importância de se ter uma coerência e previsibilidade das decisões judiciais que são tão necessárias à própria estabilidade do Direito, de forma que não se pode admitir que situações juridicamente idênticas tenham um desfecho tão distinto dado pelos corpos decisórios.

56. Segundo o Professor Elpídio Donizetti, *ostare decisis*^v, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. Ainda de acordo com o autor, a existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

57. Não obstante, revela-se que essa procura de estabilidade sistêmica há muito inspira o Direito brasileiro, que buscava suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, para tal tarefa, sucedâneos normativos ao *stare decisis*, a exemplo do controle abstrato de normas, ADIn interventiva, ADC, súmulas vinculantes, competência dada ao Senado para suspender em todo ou em parte parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário^{vi} e, pela mesma lógica jurídica, os Pareceres Vinculantes aprovados pelo Presidente da República. Entretanto, seja pela via normativa ou pelos mecanismos de estabilidade do *stare decisis*, **os entendimentos firmados não podem e nem devem possuir caráter absoluto e atemporal.**

58. Voltando-se à sistemática do *stare decisis*, é imperioso ressaltar que a formação do precedente ocorre apenas pela razão de decidir do julgado, ou seja, pela sua *ratio decidendi*. Noutros termos, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

59. Neste diapasão, para que haja correta aplicação do precedente judicial ao caso concreto, competirá ao julgador a função de conferir se a demanda sob julgamento encontra similitude com o precedente, devendo-se analisar os elementos objetivos da demanda em comparação aos elementos caracterizadores dos casos antecedentes, por meio da utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguishing*) e de técnicas de superação (*overruling* e *overriding*), as quais merecem algumas considerações.

60. Quanto ao *distinguishing*, observa-se que se trata de um método de confronto "pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma"^{vii}. Assim, se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado

poderá ater-se à hipótese sub judice sem se vincular ao julgamento anterior.

61. Já o *overruling* é o procedimento por meio do qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído por *outra ratio decidendi*. É técnica de superação do precedente e não apenas de aplicação, interpretação ou confronto de decisões judiciais. À semelhança da revogação de uma lei por outra, pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o órgão julgador manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito^{viii}.

62. Esclarece-se, por pertinente, que a superação de um precedente justifica-se, à medida que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas. Assim, por mais que se almeje do sistema jurídico soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar o teor das razões de decidir nas decisões prolatadas, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento^{ix}.

63. Por tais razões é que a doutrina - amparada nas teorias norte-americanas - propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço, conforme aqui já mencionado, tem-se o chamado *overruling*, técnica que se difere do *distinguishing*, à medida que este se caracteriza pela conformação do caso à *ratio decidendi*, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

64. Ainda segundo o Professor Elpídio Donizetti, por intermédio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, há que se construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

65. Por fim, quanto aos efeitos da nova *ratio decidendi*, o próprio CPC, em seu art. 927, elenca as regras para efeito temporal do precedente, superação e distinção.

66. Debruçando-se sobre o supracitado dispositivo legal, verifica-se que vige o entendimento de que a nova interpretação aplica-se aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, valendo, portanto, a regra *tempus regit actum*. Por outro lado, aqueles casos que já tenham sido decididos sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada^x ou, *in casu*, e por analogia, do ato jurídico perfeito, conforme dispõe, inclusive, o já mencionado inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

67. Esclarece-se, ainda, que como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos

prospectivos (art. 927, § 3º). Todavia, essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, não sendo possível falar-se em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial^{xi} ou violação ao ato jurídico perfeito.”

21. Nesse contexto, assim como no caso do Parecer nº GMF-06, entende-se necessário firmar a superação do entendimento (*overruling*) dos Pareceres GM 007 e GQ- 144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, para firmar o entendimento de que se aplica ao abandono de cargo o prazo prescricional administrativo de 5 (cinco) anos, caso não tenha havido deflagração da instância penal para apuração do fato.

CONCLUSÃO

22. Ante o exposto, após análise das questões submetidas a exame, em atendimento à solicitação formulada, efetuam-se as seguintes conclusões:

a) Aplica-se à falta disciplinar de abandono de cargo o prazo da prescrição administrativa indicada no art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990, em caso de inexistência de persecução penal para o mesmo fato;

b) pela superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas nos Pareceres GM007 e GQ-144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

À consideração superior.

Luzia Fonseca Azevedo

Relatora

Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares
CPPAD/CGU/AGU

¹ § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. cujo art. 213, parágrafo único, era assim redigido: "A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este".

² Data da entrada em vigor da Lei 12.234, que alterou os arts. 109 e 110 do Código Penal.

ⁱ SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99), Revista Brasileira de Direito Público, ano 2, n. 6, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2004. p. 7-59.

ⁱⁱ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Direito Administrativo". São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 85 a 86.

ⁱⁱⁱ Ferraz, Sérgio e Dallari, Adilson Abreu, Processo administrativo, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, págs. 128/129 e 194.

^{iv} "stare decisis" é o que sobrou da expressão latina 'stare decisis et non quieta movere'; ao pé da letra: 'que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões judiciais' (PORTO, Sérgio Liberto. Sobre a common law, civil law e o Precedente Judicial, in Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão)

^v DONIZETTI, Elpidio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigode-processo-civil>

^{vi} AMARAL JÚNIOR, José Levi de Mello. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. Revista dos Tribunais, vol. 920, p. 133, Jun/2012.

vii TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

viii DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 395.

ix Idem.

x DONIZETTI, Elpídio. Ob. cit.

xi Idem.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Assuntos abordados neste Parecer: Diferença entre ilícito administrativo de abandono de cargo e crime de abandono de função. Classificação do abandono de cargo como ilícito de natureza permanente. Prescrição do abandono de cargo.

PARECER Nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADO: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTO: Distinção entre a infração disciplinar de abandono de cargo (art. 138 da Lei n. 8112, de 1990) e o crime de abandono de função (art. 323 do Código Penal). Prazo prescricional.

ENUNCIADO CNPAD/DECOR/CGU/AGU:

I - Nos casos de infração administrativa de abandono de cargo, aplica-se o prazo prescricional para apuração disciplinar, previsto no inciso I do art. 142, da Lei n. 8.112, de 1990.

II - Nas hipóteses em que a conduta do servidor enseje situação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público, resta caracterizado o crime tipificado no art. 323 do Código Penal, atraindo a incidência do prazo prescricional penal, nos termos do §2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores.

DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ABANDONO DE CARGO. DIFERENÇAS ENTRE OS TIPOS PENAL E ADMINISTRATIVO. PRAZO PRESCRICIONAL PENAL. POSSIBILIDADE. CAPITULAÇÃO COMO CRIME. DESNECESSIDADE DE APURAÇÃO CRIMINAL. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DA SUPERAÇÃO DOS PARECERES GM-007 E GQ-144. REVOGAÇÃO DO PARECER VINCULANTE AM-02.

1. Nem toda infração de abandono de cargo é capitulada como crime de abandono de função;
2. No caso concreto, o tipo penal e o enquadramento administrativo podem incidir concomitantemente, situação em que se utilizará o prazo prescricional penal na esfera administrativa, mesmo que não haja apuração criminal;
3. O entendimento defendido nos pareceres GM-007 e GQ-144 não deve ser retomado a partir da revogação do Parecer AM-02, porquanto suas teses estão superadas.

Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares – CNPAD, prevista no artigo 10, inciso III, da Portaria CGU n. 3, de 14 de junho de 2019.

2. Por meio do recentíssimo PARECER Nº JL - 06, aprovado pelo Excelentíssimo Presidente da República (Despacho publicado no DOU aos 13 de novembro de 2020), o Excelentíssimo Advogado-Geral da União decidiu:

ADOTO, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00916/2020/GAB/CGU/AGU e do Despacho nº 00732/2020/DECOR/CGU/AGU, o anexo Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art.

40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada. Em 10 de novembro de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR

Advogado-Geral da União

3. O citado Parecer n. 81/2020/DECOR/CGU/AGU restou assim ementado:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO. INFRAÇÕES DISCIPLINARES TAMBÉM CAPITULADAS COMO CRIME. INTERPRETAÇÃO DO ART. 142, § 2.º, DA LEI N.º 8.112/90. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRESCINDIBILIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL OU AÇÃO PENAL.

NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DOS PARECERES N.ºS AM-02 E AM-03.

I - A aplicação do § 2.º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais.

II - Os posicionamentos constantes dos Pareceres nºs AM-02 e AM-03 devem ser superados.

4. Dessa forma, restou fixada, no âmbito da Administração Pública Federal, a tese de que a **aplicação do § 2.º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 não requer a instauração prévia de inquérito policial ou ação penal**. Consequentemente, restaram revogados os Pareceres vinculantes AGU AM-02 e AM-03.

5. Por tais razões, a Coordenadora desta Câmara Nacional solicitou parecer do colegiado acerca da matéria residual tratada no Parecer AM-02, relativamente à prescrição da pretensão punitiva na esfera administrativa para a infração de abandono de cargo.

6. Eis o breve relato dos fatos.

2. ANÁLISE JURÍDICA

7. Pois bem. Com a revogação do Pareceres vinculantes AM-02 e AM-03, os órgãos e entidades da Administração Pública Federal passam a aplicar o prazo prescricional penal na esfera disciplinar, às infrações funcionais previstas como crime, mesmo sem que haja qualquer apuração penal em curso.

8. Com relação ao abandono de cargo, o Parecer n. 81/2020/DECOR/CGU/AGU firmou que:

Seguindo a lógica demonstrada no presente estudo, a aplicação do prazo da prescrição penal para a infração disciplinar de abandono de cargo exige a avaliação, em cada caso concreto, do enquadramento da conduta como crime (art. 323 do Código Penal). Caso a Administração não vislumbre, em tese, a ocorrência de crime, terá vez a apuração da prescrição com base no critério previsto no inciso I do art. 142 da Lei n.º 8.112/90.

9. Por sua vez, seguiu-se o Despacho de aprovação do Diretor do DECOR:

8. Por fim, acerca da infração disciplinar de **abandono de cargo** de que cuida o art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, e objeto do Parecer nº AM-02, verifica-se que o prazo prescricional para sua apuração disciplinar é regido, em princípio, pelo inciso I do art. 142 do Estatuto dos Servidores, não obstante, **nas hipóteses em que a infração disciplinar também se caracterizar, em tese, como crime tipificado no art. 323 do Código Penal, incidirá o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, e aplicar-se-á o prazo prescricional criminal.** (Destacamos)

10. Em razão do tema não haver sido discutido com profundidade no opinativo citado, mostra-se pertinente discorrer sobre as premissas que podem ser elencadas para adoção de tal entendimento.

2.1 Diferença entre o tipo penal e o ilícito administrativo

11. É importante esclarecer que, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, nem toda infração de abandono de cargo poderá ser capitulada como crime de abandono de função, devendo tal enquadramento ser analisado em cada caso concreto.

12. Assim, eventualmente, no caso concreto, o tipo penal e o enquadramento administrativo podem incidir concomitantemente, e então, nesse caso, poder-se-á utilizar o prazo penal. Com efeito, há elementos distintos a serem analisados, tanto na esfera penal, quanto na esfera disciplinar.

13. Isso porque o abandono da esfera administrativa, além do elemento subjetivo - intenção de abandonar -, demanda a presença de um elemento objetivo - ausência do servidor por mais de trinta dias consecutivos - para sua configuração, requisito este que não está presente na espécie criminal. Ou seja, para configuração do crime de abandono não há qualquer pressuposto temporal de ausência do agente, diferentemente da esfera administrativa. Existem, pois, distinções reais entre os tipos.

14. Nesse sentido, colha-se do Manual de PAD da CGU, versão de setembro de 2019, disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/42052/13/Manual_PAD.pdf (p. 224 e 348):

Por fim, o Código Penal descreve tipo penal assemelhado à infração sob análise, definido como espécie de crime contra a Administração Pública:

Abandono de função

Art. 323 - Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta prejuízo público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 2º - Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Ocorre que, para a caracterização do crime descrito no caput do artigo acima transcrito, exige-se a comprovação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público, o que não é elemento da infração disciplinar de abandono de cargo.

(...)

Destarte, nos casos de possível abandono de cargo, uma vez instaurado o processo disciplinar de rito sumário (art. 140) e, **ao final do apuratório restarem evidenciados indícios de potencial prejuízo à regularidade do serviço público que possam vir a caracterizar o crime de abandono de função previsto no art. 323 do Código Penal**, a providência recomendada é a comunicação do fato com o envio de cópia dos autos com os elementos probatórios colhidos ao Ministério Público, em cumprimento aos art. 154 e 171 do Estatuto Funcional.

15. Além disso, a doutrina penalista entende que, para a configuração do crime de abandono de função, é necessário, além do dolo específico de abandonar (elemento subjetivo), que resulte comprovação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público, que ocorre, por exemplo, caso não haja substituto para assumir as atribuições negligenciadas pelo servidor faltoso, conforme se extrai da lição de Cezar Roberto Bitencourt:¹

O abandono de função (ou de cargo público) não se confunde com o "abandono de emprego" disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho e no próprio Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (...). O crime de abandono de função (art. 323 do CP), para caracterizar-se, segundo Hungria, "pressupõe necessariamente a consequente acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência de substituto legal do desertor". O abandono de emprego, por sua vez, caracteriza-se pela ausência do serviço, sem justa causa, por mais de trinta dias consecutivos. Esse "abandono do emprego" por mais de trinta dias consecutivos, uma condição objetiva, se tiver uma causa justa (força maior, estado de necessidade, etc.), afasta a sua ilicitude, descaracterizando a "falta grave", que poderia levar à demissão por justa causa.

Sem a acefalia do cargo público, isto é, havendo substituto, o eventual abandono por parte do funcionário público não constitui o crime em exame, embora possa caracterizar falta disciplinar, pela previsão do Estatuto do Servidor Público. (grifamos)

16. Nessa toada, explicitando a necessidade de o abandono criar uma situação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público para que se verifique o delito previsto no art. 323 do Código Penal, a doutrina assim ensina:

O núcleo abandonar tem o sentido de deixar, largar, não comparecer quando obrigado. Hungria, com precisão, esclarece: *"Abandonar, no sentido do artigo ora comentado, é deixar ao desamparo, e tal não acontece quando está presente o funcionário a quem incumbe assumir o cargo na ausência do ocupante (efetivo ou interino). Neste caso, não haverá, sequer, possibilidade de dano, que é condição mínima para a existência de um evento criminoso"*. E continua o renomado autor: *"Se a ausência durar mais de 30 dias (segundo a nossa lei administrativa), poderá haver falta disciplinar mas não crime. Para a existência deste, não se faz mister o decurso do dito prazo, bastando que o abandono dure por tempo capaz de criar possibilidade de prejuízo, público ou particular (a efetividade do prejuízo público [...] constitui condição de maior punibilidade [...])"*. Como podemos perceber pelas lições de Hungria, cuida-se, *iii casu* de uma infração penal de perigo concreto. Assim, o abandono do cargo deve, efetivamente, criar uma situação de risco para a Administração Pública, impossibilitando ou, pelo menos, dificultando, por exemplo, a realização dos serviços a ela cometidos [...]. O delito se consuma quando o abandono cria, efetivamente, um perigo de dano. Esse abandono, portanto, deverá ser por tempo suficiente, a ponto de gerar essa situação concreta de perigo. Na hipótese de não ter havido qualquer perigo de dano à Administração Pública, o fato deverá ser resolvido na própria esfera administrativa, com a aplicação das sanções disciplinares que forem pertinentes ao caso. (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. Impetus. Rio de Janeiro/RJ. 5ª Edição. 2011. Páginas 916/917). (Destacamos)

17. Cabe lembrar, ainda, que o Direito Penal deve ser sempre utilizado como *ultima ratio*, sendo injustificável a sua aplicação na hipótese em que o ato irregular eventualmente cometido possa ser apurado e punido com base em outros ramos do Direito menos gravosos ao indivíduo. Sobre o tema, vale citar o seguinte trecho²:

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da 'máxima

utilidade possível' para as eventuais vítimas deve ser combinado com o 'mínimo sofrimento necessário' para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o 'princípio da subsidiariedade', segundo o qual o Direito penal deve ser a ultima ratio, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos.

18. Dessa forma, o prazo prescricional penal será aplicado à infração de abandono de cargo mesmo não havendo apuração penal em curso; entretanto, não indiscriminadamente, mas apenas nas hipóteses em que houver a real capitulação do abandono do cargo como crime de abandono de função, o que ocorre com a existência de comprovação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público, nos termos expostos acima.

19. Assim, consoante assentado no Parecer n. 81/2020/DECOR/CGU/AGU, a aplicação do prazo prescricional penal para a infração administrativa de abandono de cargo demanda a análise de elementos a serem aferidos no respectivo caso concreto, nos termos do presente opinativo.

2.2. Efeitos da revogação do Parecer AM-02

20. O revogado parecer AM-02, vinculante, havia superado o entendimento dos Pareceres GM-007 e GQ-144, formando a tese de que, quando não houver apuração do fato na esfera penal, aplica-se ao abandono de cargo o prazo prescricional administrativo de 5 (cinco) anos.

21. Pois bem. Os pareceres GM-007 e GQ-144 fixaram a tese de que o prazo prescricional para a infração administrativa de abandono de cargo seria o mesmo da lei penal, por entender que esta seria necessariamente capitulada como crime.

22. Em relação ao tema, o Parecer GM-007, **este não vinculante**, superado pelo AM-02, assim se pronunciou:

6. Quanto à prescrição, cumpre registrar que, segundo o Parecer AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144), citado na Nota da SAI, **previsto também como crime, o abandono de cargo** tem o mesmo prazo de prescrição da Lei Penal, e da conjugação dos arts. 323 e 119, VI, do Código Penal e art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112, conclui-se que o prazo prescricional da infração "abandono de cargo" é de dois anos. Com a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, considera-se não interrompida a prescrição. Se as faltas tiveram início em 26/8/96 (fls. 3-7), a infração consumou-se em 25/9/96, estando realmente prescrita a pretensão punitiva da Administração.

23. No mesmo sentido o Parecer GQ-144, **também não vinculante**:

8. Previsto como crime, no art. 323, o abandono **de cargo tem seu prazo prescricional regulado** no art. 109, VI, ambos do Código Penal, isto é, a prescrição verifica-se em dois anos, a contar do trigésimo primeiro dia de falta ao serviço, pois a Administração tem imediato conhecimento dessa infração (§ 1º do transcrito art. 142 da Lei n. 8.112).

24. Ocorre que, como vimos, a aplicação do prazo prescricional penal não é automática, havendo de se verificar no caso concreto a presença dos elementos específicos que caracterizam o crime, os quais não estão presentes em qualquer situação de abandono de cargo administrativo.

25. Assim, a revogação do entendimento vinculante do Parecer AM-02 não tem o condão de retomar o entendimento dos pareceres GM-007 e GQ-144, anteriormente superados, pois o prazo prescricional para o abandono de cargo será o determinado pela legislação penal **apenas quando tal infração administrativa subsumir-se ao tipo penal no caso concreto.**

26. Demais disso, os pareceres GM-007 e GQ-144 também estão desatualizados quanto ao prazo prescricional penal, haja vista que a Lei n. 12.234, de 2010, implicou alteração destes, aumentando de dois para três anos o prazo de prescrição para crimes com pena máxima inferior a um ano, como é o caso do abandono de função previsto no *caput*³ do artigo 323 do Código Penal. Mantém-se, assim, o *overruling* quanto aos referidos opinativos, porém por motivos diversos.

27. Por fim, cumpre observar as disposições do **Enunciado em matéria disciplinar n. 22**, constante do Parecer AGU GMF-06, publicado no DOU de 21 de setembro de 2017, segundo o qual *a infração de abandono de cargo é de caráter permanente, tendo como termo inicial do prazo prescricional o dia em que cessar a permanência.*

28. Acerca da classificação do delito de abandono de cargo, quanto ao momento da sua consumação, leciona o Manual de PAD da Controladoria-Geral da União - CGU, versão de setembro de 2019, disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/42052/13/Manual_PAD.pdf (p. 326), *verbis*:

Além disso, tem-se que os ilícitos tanto disciplinares quanto penais se classificam, basicamente, em instantâneos, permanentes, e instantâneos com efeitos permanentes. O "crime permanente existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo", segundo Fabbrini Mirabete. Seguindo essa mesma lógica jurídica para o direito administrativo disciplinar, teríamos que não apenas a vontade do agente incide diretamente para a configuração do abandono de cargo, mas, também, para a própria situação de permanência, tornando-o um ilícito administrativo de caráter permanente.

Destarte, o fato do abandono de cargo possuir a natureza jurídica de infração de caráter permanente, o termo inicial do prazo prescricional, a exemplo dos ilícitos criminais, só se dará a partir do dia em que cessar a permanência.

Desta forma, resta superado o entendimento anterior de que o abandono de cargo consistia em ilícito instantâneo, tendo sua consumação e consequentemente o marco inicial de sua prescrição no trigésimo primeiro dia de ausência ininterrupta e intencional do servidor.

29. Disso ressaí que a contagem do prazo prescricional, nos casos de abandono de cargo, ocorrerá apenas a partir da cessação da permanência, ou seja, do retorno ao trabalho.

30. Portanto, é importante esclarecer que o entendimento defendido nos pareceres GM-007 e GQ- 144 continua insustentável, porquanto nem todo abandono de cargo será capitulado como crime de abandono de função, e também porque está superada a tese de que a cessação da permanência no abandono de cargo ocorre a partir do 31º dia de falta, uma vez que o Enunciado n. 22 em matéria disciplinar da Consultoria-Geral, que representa o entendimento institucional da Advocacia-Geral da União, definiu que *a infração de abandono de cargo é de caráter permanente, tendo como termo inicial do prazo prescricional o dia em que cessar a permanência.*

3. CONCLUSÃO

31. A partir do exposto, conclui-se que nem toda infração de abandono de cargo poderá ser capitulada como crime de abandono de função, diante da distinção entre os tipos penal e administrativo.

32. Bem assim, a caracterização do abandono de cargo como crime, para fins de definição do prazo prescricional para apuração da referida infração, a partir da revogação dos Pareceres AM-02 e AM-03, pode ser definida pela Administração Pública mesmo sem persecução penal, dependendo da análise do caso concreto.

33. Para fixar a tese aqui defendida, sugere-se a edição de Enunciado desta CNPAD/CGU/AGU, com o seguinte texto:

I - Nos casos de infração administrativa de abandono de cargo, aplica-se o prazo prescricional para apuração disciplinar previsto no inciso I do art. 142, da Lei n. 8.112, de 1990.

II - Nas hipóteses em que a conduta do servidor enseje situação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público, resta caracterizado o crime tipificado no art. 323 do Código Penal, atraindo a incidência do prazo prescricional penal, nos termos do §2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores.

É o parecer, que submetemos a esse Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR

Brasília, 01 de dezembro de 2020.

JULIANA S. B. DE MELO SANT'ANA
Procuradora Federal e Relatora CNPAD/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

¹ *Tratado de Direito Penal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 148*

² *SANTIAGO, Mir Puig. Direito Penal: fundamentos e teoria do direito. São Paulo: RT, 2007, pp. 93,94.*

³ *Para as hipóteses previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 323 do Código Penal, os prazos prescricionais foram elasticizados para respectivamente, quatro e oito anos, conforme artigo 109, IV e V, do referido diploma legal.*

Documento assinado eletronicamente por BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR. Data e Hora: 25-01-2021 16:21. Número de Série: 116087515248781750120970967350712574613. Emissor: AC OAB G2.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO

MADEIRA. Data e Hora: 25-01- 2021 17:12. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA. Data e Hora: 25-01-2021 15:42. Número de Série: 17158079. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por KARINE BERBIGIER RIBAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KARINE BERBIGIER RIBAS. Data e Hora: 25-01-2021 12:19. Número de Série: 13949863. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 25-01-2021 10:47. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 21-01-2021 21:39. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI. Data e Hora: 25-01- 2021 17:24. Número de Série: 17385612. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA. Data e Hora: 25-01-2021 17:40. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 433463349 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS. Data e Hora: 18-02-2021 11:30. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-160, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL; e PARECER Nº GQ-102, no tópico NULIDADE.

2 - ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS

Assuntos abordados neste Parecer: As exceções constitucionalmente permitidas de cargos acumuláveis requerem compatibilidade de horário. O afastamento para exercer cargo em comissão somente é permitido quando lícita a acumulação de dois cargos efetivos. O afastamento dos cargos efetivos, mesmo se requisitado pela Administração, não afasta a exigência constitucional de compatibilidade de horários.

PARECER AGU Nº GQ-7

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho. *“Aprovo, face as informações. Em 6.9.93”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 13/09/93, pg. 13558 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00600.002838/89-83

ORIGEM: Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República

ASSUNTO: Acumulação de cargos públicos.

Homologo e subscrevo, para os fins do art. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o Parecer em anexo, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles Macêdo, pelo que resulta superado o Parecer nº FC-20, de 9 de fevereiro de 1990.

Brasília, 6 de setembro de 1993

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-8/93 (Anexo ao Parecer nº GQ-7)

EMENTA: A requisição, enquanto dure, não é de molde a sustar a eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais que exigem a compatibilidade de horários na acumulação de cargos públicos.

PARECER

Mediante a Exposição de Motivos nº 50-GAB/90, de 13/3/90, o Titular da antiga Secretaria de Planejamento e Coordenação solicitou fosse reexaminado o assunto versado no Parecer nº FC-20, de 9/2/90, da extinta Consultoria Geral da República (aprovou o Parecer CR/FM-04/90, que cuida da acumulação de empregos pertencentes a entidades localizadas em cidades diferentes).

2. Trata-se de titular do cargo de Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba, admitido sob o regime da legislação trabalhista em 1965, e contratado como Assistente Técnico Especializado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, em 1980.

3. Colocado à disposição do MEC em 1977, veio o interessado a ser requisitado para exercer o cargo de Assessor Parlamentar do Ministro-Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, após a anuência do Conselho e da Universidade, em cuja representação de Brasília foi efetuada sua lotação.

4. O entendimento favorável à licitude temporária da acumulação em que incide o interessado se funda precipuamente nos seguintes aspectos:

a) *“o afastamento de sua função de professor se deu em decorrência de manifestação de vontade inequívoca da Administração - que tem o poder discricionário de avaliar a conveniência e a oportunidade da cessão de servidor público a outro ente da esfera administrativa”;*

b) *“o afastamento de função para o exercício de outra atividade administrativa constitui ato ordinatório, devendo, por conseguinte, o servidor exercer a nova tarefa determinada que, juris tantum, decorre do próprio interesse público”;*

c) *“por tudo isso, não há que se falar em incompatibilidade de horários entre as funções do Consulente em face da situação geográfica dos locais de trabalho, porquanto pendente a requisição junto à UFPB, encontra-se o mesmo desobrigado do exercício do magistério em cumprimento de ato administrativo ordinatório, devendo obedecer a jornada de trabalho da entidade em que fora colocado à disposição, ‘in casu’, o EMFA”.*

5. Encontra-se insculpida na Constituição, artigo 37, XVI, a proibição de acumularem cargos públicos, com exceções enumeradas de forma explícita, exigida, no entanto, a compatibilidade de horários. Dentre as ressalvas à regra vedatória da acumulação de cargos, se insere a de um cargo de magistério com outro técnico ou científico.

6. Destarte, ao que tudo indica, porque de magistério e técnico, são acumuláveis os cargos de Professor Adjunto e de Assistente Técnico Especializado, no caso, restando a verificação da compatibilidade horária.

7. A localização da Universidade e do CNPq, em cidades geograficamente distantes, impossibilita o cumprimento dos horários relativos às duas entidades.

8. A requisição efetuada em razão dos dois cargos efetivos, com o objetivo de ensejar o desempenho de cargo em comissão, desobrigando o servidor de prestar serviços nas Entidades de origem (nota-se que se não esclarece se o interessado tenha prestado serviços ao CNPq, pois já se encontrava requisitado ao MEC quando foi por essa entidade contratado), não é de molde a impedir a incidência do preceito constitucional que determina se observe a compatibilidade de horários. A norma constitucional e as outras espécies jurídicas de ordem infraconstitucional são auto-aplicáveis aos casos de acumulação, inexistindo qualquer exceção de sua não incidência, em sendo o servidor investido em cargo ou função de confiança.

9. O ato administrativo ordinatório, qualquer que seja, não tem o condão de sustar temporariamente o cumprimento do comando constitucional e legal de se observar a compatibilidade horária e apurar a acumulação de cargos. Não se estabeleceu qualquer condição, no Texto Constitucional, para a eficácia de sua regra de acumulação de cargos.

10. Ainda que afastado o servidor temporariamente do desempenho dos cargos efetivos, persistem a titularidade e os efeitos funcionais a eles relativos, tais como a contagem do tempo de serviço e a percepção dos estipêndios, na hipótese da manifestação volitiva assegurada no artigo 3º do Decreto-lei nº 1.445, de 1976.

11. É de notar que, a subsistir a tese da regularidade da sua situação funcional, na espécie, o servidor poderá vir a se aposentar nos cargos efetivos, caso persista a titularidade do cargo em comissão até a implementação de qualquer condição estabelecida para a inativação.

12. A asserção de que o servidor manifestaria opção por uma das situações funcionais, na oportunidade em que cesse a requisição, não encontra respaldo nas normas pertinentes

à matéria e se afigura dissonante da determinação, ínsita ao artigo 133 da Lei nº 8.112, de 1990, de se apurar a acumulação proibida (disposição análoga havia na Lei nº 1.711, de 1952, artigo 193).

13. Nem mesmo a lotação do docente na representação da Instituição de Ensino em Brasília é suscetível de revestir de legalidade sua situação, inclusive dada a inexistência de atribuições docentes naquela unidade organizacional. Por pertinente, há que se realçar o relevo do enfoque do assunto efetuado pela antiga Seplan, nos termos que se seguem.

“7. O fato de a mencionada Universidade haver posto o servidor à disposição de um grupo de trabalho criado pela própria Instituição, em horário noturno, o qual funciona no Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, sediado em Brasília-DF, não regulariza a situação acumulatória em que vem incorrendo o docente, inclusive porque o mesmo encontra-se exercendo atividades administrativas, por força desta lotação, e não em exercício em sala de aula.

8. Pelo que consta do Processo, o servidor fora desviado de função no tocante ao magistério, porquanto exerce, como já se patenteou, atividades administrativas no mencionado grupo de trabalho. O desvio de função é proibido, ex vi do que dispõe o art. 47, da Lei nº 3.780/60 (Plano de Cargos de 1960).

9. A lotação do servidor em grupo de trabalho não elide a acumulação, impondo-se o exame da situação do servidor ante os preceitos constitucionais e legais, de modo que não se subtraia o docente da incidência da norma que veda desviá-lo das atividades que lhe são afetas (lecionar).

10. Outrossim, a Constituição e demais normas pertinentes não distinguem, na acumulação, o fato de o servidor encontrar-se requisitado. A requisição, mesmo para o exercício da função de confiança, não autoriza se constituam duas situações efetivas inacumulatórias, inclusive com percepção retributiva concernente às duas situações. Se a Universidade aquiesceu com a requisição, esse fato não significa que o foi com a situação acumulatória (o contrato com o CNPq foi assinado após a requisição), eis que essa anuência, se houvesse existido, não elidiria a acumulação.

11. Por demais, a investidura em função de confiança não é de molde a impedir a incidência das regras de acumulação, no concernente à situação efetiva. Logo, não se pode negar a aplicação dessas regras, sob o pretexto da investidura temporária em função de confiança.

12. Não se coadunaria com o interesse da Administração Pública considerar a investidura em caráter precário ou transitório, com a força de manter acúmulo irregular de cargos, funções ou empregos públicos, porquanto essas situações não atendam aos princípios da legalidade e da moralidade, consagrados no art. 37 da Constituição, nem objetivos maiores da própria Administração.” (*Parecer nº 218/89 do DRH da antiga SEPLAN*).

14. Ante o que se expôs, deve-se concluir no sentido de que a requisição de servidor que detenha dois cargos acumuláveis, mas de entidades localizadas em cidades geograficamente distantes, não obsta a incidência das normas que exigem a observância da compatibilidade de horários para a verificação da licitude da acumulação.

Sub censura.

Brasília, 18 de maio de 1993.

Wilson Teles de Macêdo

Assuntos abordados neste Parecer: Licitude da acumulação de cargo técnico, com jornada semanal de quarenta horas, com outro de professor, de vinte horas; ilicitude se ambos os cargos têm jornada de quarenta horas. Compatibilidade de horário. Falta de previsão para devolução dos estipêndios. Alterado na parte final de seu parágrafo 27 pelo Parecer AGU nº AC-54 e superado no que tange a jornada de trabalho de sessenta horas semanais, pelo Parecer AGU nº AM-4.

PARECER AGU Nº GQ-145

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 30.3.98*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 01/04/98, pg. 10 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSOS Nº: 46215.008040/97-54 e 46215.008041/97-17 (Procs. de sindicância nº 46215.016699/97-20 e 46215.016700/97-15)

ORIGEM: Ministério do Trabalho

ASSUNTO: Exame de casos de acumulação de cargos.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-9/98, de 16 de março de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 30 de março de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-9/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-145)

EMENTA: Ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários. Com a superveniência da Lei nº 9.527, de 1997, não mais se efetua a restituição de estipêndios auferidos no período em que o servidor tiver acumulado cargos, empregos e funções públicas em desacordo com as exceções constitucionais permissivas e de má fé.

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-145 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca de limite de jornada de trabalho de sessenta horas semanais, pelo Parecer AGU nº AM-4.)

PARECER

A pendência implica exame da acumulação de cargos em que vêm incorrendo dois titulares dos cargos de Assistente Jurídico do quadro de pessoal desta Advocacia-Geral da União e de Professor Adjunto do quadro permanente da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

2. O ponto nodal do assunto prende-se à verificação da constitucionalidade e legalidade da situação cumulativa dos interessados, que cumpriam carga horária semanal de quarenta horas em razão de cada cargo, encontrando-se consignado, nos processos, que estão submetidos ao regime de trabalho de vinte horas semanais, quanto aos cargos de Professor Adjunto, na conformidade dos documentos de fls. 26 a 28 do Proc. nº 46215.008040/97-54 e 27 a 29 do Proc. nº 46215.008041/97-17.

3. Às fls. 36 do Proc. nº 46215.016699/97-20 e 35 do Proc. nº 46215.016700/97-15, o Ministério do Trabalho registrou como sendo o horário de trabalho dos interessados *“das 9:00 horas às 18:00 horas, de 2ª a 6ª feiras, computando-se 40 horas semanais”*. Se a carga horária semanal é de quarenta horas, infere-se que a jornada de 9:00h às 18:00h não é cumprida integralmente, pois somaria nove horas. Por certo, é reservada uma hora para alimentação.

4. Não constam dos presentes processos os horários a que os interessados estavam submetidos na referida instituição de ensino, no período em que trabalhavam quarenta horas semanais. Entretanto, no mês de agosto de 1997, a Universidade Federal do Rio de Janeiro declarou que os servidores sempre cumpriram suas cargas horárias, num total de dez aulas teóricas semanais, complementadas *“com as seguintes atividades: orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino”* (fls. 24 e 28 do Proc. nº 46215.016699/97-20 e 23 e 27 do Proc. nº 46215.016700/97-15).

5. Em ambos os casos, comissão de sindicância, constituída no Ministério do Trabalho, apreciando as cargas horárias de quarenta horas, relativas aos cargos de Assistente Jurídico, e de quarenta e vinte horas, respeitantes aos cargos de Professor Adjunto, concluiu pela legalidade da acumulação em exame, asseverando a existência da compatibilidade horária. Para tanto, baseou-se no entendimento firmado pela extinta Consultoria-Geral da República, mediante a Exposição de Motivos nº 9/89, de 26 de dezembro de 1989, aprovada pelo Presidente da República e publicada no Diário Oficial de 15 de janeiro de 1990, pp. 1.003 e 1.004.

6. Essa cumulação de cargos foi considerada contrária à Lei nº 8.112, de 1990, pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da República, oportunidade em que enfatizou os seguintes tópicos, a que anuiu a Coordenação-Geral de Recursos Humanos desta Instituição, *verbis*:

“a) esta Secretaria analisou, em 20.3.96, o Processo 46215.018750/95 que comportava intenção idêntica do mesmo interessado. Naquela oportunidade recomendou-se a abertura de sindicância para fato enquadrável no parágrafo 2º do artigo 118 da Lei nº 8.112/90, a partir dos dados cadastrais constantes do Siape que denunciavam a acumulação de cargos públicos de 40 horas cada, prestados simultaneamente;

b) o referido processo extraviou-se e nova instrução resultou nos autos presentes, inicialmente sem que qualquer referência àqueles fatos fizesse. Necessária se fez a eficiente ação da CGRH/AGU quando exigiu, mediante cópia que juntou aos autos, o atendimento da recomendação anteriormente alvitrada;

c) a autoridade administrativa responsável pela lotação do interessado, que até então descumpria a determinação ínsita no artigo 143 da Lei 8.112/90, não promovendo a apuração imediata da irregularidade que tivera ciência constituiu, com 16 meses de atraso, a comissão de sindicância objeto da Portaria nº 154/97/DRT-RJ;

d) assim, foi acostado aos autos o Processo 46215.016699/97 que tratou da apuração do fato denunciado. Ou deveria tratar. Contudo, as peças que o constituem revelam apenas ‘corporativismo da categoria’, tratando de aspectos que refogem ao objetivo do trabalho. Prova suficiente é que a defesa do indiciado (fls. 10 a 17 do apenso) constitui a quase totalidade do relatório conclusivo apresentado pela Comissão (fls. 37 a 43 apensadas). Da

leitura de seus tópicos, identificam-se temas que vão desde a licitude da acumulação até as peculiaridades da atividade acadêmica de nível superior, passando pela probidade e ilibada conduta técnico-profissional do envolvido; e

e) permitimo-nos acrescentar as fls. 39 a 50 que comprovam o vício da jornada ilegal de 80 horas semanais desde fevereiro/92, somente corrigida em agosto/96, 5 meses após a orientação desta Secretaria, o que confirma a procedência da acusação inicial. Apesar desse desdobramento, a restituição aos cofres públicos das quantias percebidas indevidamente passou ao largo dos temas abordados pela pré-falada Comissão e, até a presente data, não há implantação, para a ficha financeira do servidor, da rubrica de desconto respectiva. Cremos que resulta descumprida a determinação do parágrafo 1º do artigo 122 também da Lei 8.112/90.”

7. Embora possa ser inferido que a orientação firmada, em tese, pela extinta CGR, na supramencionada Exposição de Motivos nº 9/89, alcançasse a espécie, denota-se que não cuidou, ao menos de forma explícita, da cumulação de cargos e empregos com regimes de trabalho de quarenta horas, por semana.

8. Tampouco o entendimento versado nesse expediente torna despiciendo o exame da adequação desses casos à inteligência do art. 37, itens XVI e XVII, da Carta. Com este desiderato, segue reproduzida a temática precípua da fundamentação jurídica desenvolvida pela CGR.

“Da aplicação dessa orientação, na prática, está resultando a configuração de acumulação ilícita, por parte dos professores, de estabelecimentos oficiais de ensino, que acumulam atividades de magistério ou esta com outra de caráter técnico ou científico, por período superior, no seu conjunto, às 60 horas semanais.

Ocorre, porém, que a nova Constituição, no inciso XVI do seu artigo 37, permitiu tal acumulação, sem nenhuma limitação, bastando para tanto haver compatibilidade horária.

Não havendo norma legal, limitando as acumulações à jornada semanal de 60 horas, torna-se arbitrária e injurídica aquela restrição, pela via que foi feita.

Conquanto a CLT estabeleça que deve haver intervalo não inferior a 11 horas, entre o término de uma jornada e o início da subsequente (CLT, art. 66), esta regra é restrita a cada vínculo empregatício, não se aplicando aos cargos ou empregos diversos, nem a trabalho em órgãos ou entidades diferentes.

Por outro lado, a jornada semanal de trabalho, necessariamente, não se distribui, apenas, por cinco dias, visto como pode haver caso de expediente aos sábados, sobretudo nos estabelecimentos oficiais de ensino.

Sabe-se, também, que a carga horária do professor, sem cronometrados rigores, além da hora/aula ser de 50 minutos, remanescem espaços destinados à preparação de aula, correção de provas e desenvolvimentos de estudos ou pesquisas, realizados com certa flexibilidade horária e liberdade, inclusive fora do respectivo estabelecimento de ensino.

Havendo eventuais abusos ou descumprimento das cargas horárias e das jornadas, a questão se restringirá ao âmbito interno de cada órgão ou entidade, a ser resolvida no campo do seu regime disciplinar.

Uma vez que o servidor, no exercício de uma faculdade assegurada na Carta Magna, desempenha dois cargos ou empregos, no setor público, cumprindo com os deveres a eles inerentes, não pode ser penalizado nem ter declarada ilegal essa acumulação, por força de Orientação Normativa, de caráter restritivo, a qual não encontra nenhum suporte legal.

Restrições, só a Lei pode impor.

Torna-se mais absurda aquela limitação, ao limitar em 60 horas a carga horária semanal, porque o permissivo constitucional da acumulação, sem nenhuma outra restrição, condicionou-a somente à compatibilidade horária.

Compatibilidade horária é uma condição objetiva.

Qualquer outra vedação, que não decorra de lei, sobretudo quando baseada em aspectos de índole subjetiva, não pode prosperar, porquanto estará afetando preceito fundamental decorrente da Constituição.”

9. É proibido o exercício cumulativo de cargos e empregos, excepcionada a acumulação também de dois cargos de professor, de dois cargos privativos de médico e a de um cargo de professor com outro técnico ou científico, “*quando houver compatibilidade de horários*” (cfr. o inciso XVI do art. 37 da Constituição).

10. Essa regra vedante incide também nos empregos e funções das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público, nos termos do art. 37, XVII.

11. Os ocupantes de cargos técnicos ou científicos estão sujeitos, *de lege lata*, em regra, a quarenta horas (v. a Lei nº 8.112, de 11/12/90, art. 19, e a M.P. nº 1.587-7, de 5/3/98, art. 18, e normas posteriores) e os docentes dos estabelecimentos federais de ensino aos regimes de vinte ou quarenta horas, todos semanais. O professor submetido à carga de quarenta horas, com dedicação exclusiva, é obrigado a trabalhar em dois turnos diários completos e com impedimento para o desempenho de outra atividade remunerada, pública ou privada (cfr. o Decreto nº 94.664, de 23/7/87, arts. 14, 15 e 58, e normas posteriores).

12. Assim, nos casos em exame, os servidores somente poderiam ser submetidos, necessariamente, às cargas de sessenta ou oitenta horas semanais, presente a exigência da compatibilidade horária, cuja acepção, a seguir delineada, indica a inviabilidade da acumulação de que provenha o último quantitativo. (grifos não são do original)

13. Esse total de oitenta horas de trabalho, por semana, tem o poder de tornar presente ao espírito do intérprete a invocação de Padre Antônio Vieira, feita por Cretella Júnior (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, vol. 4, pp. 2.211 e 2.212):

“Tendes um só desses ofícios, ou tendes muitos? Há sujeitos, na nossa Corte, que têm lugar em três, e quatro tribunais: que têm quatro, que têm seis, que têm oito, que têm dez ofícios. Quando Deus deu forma ao governo do mundo, pôs no Céu aqueles dois grandes Planetas, o Sol e a Lua, e deu a cada um deles uma presidência: ao Sol a presidência do dia: ‘Luminare maius ut praesset diei’. E à Lua a presidência da noite: ‘Luminare minus ut praesset nocti’. E por que fez Deus essa repartição? Porventura por que se não queixasse a Lua, e as Estrelas? Não: porque com o Sol ninguém tinha competência, nem podia ter justa queixa. Pois se o Sol tão conhecidamente excedia a tudo quanto havia no Céu, porque lhe não deu ambos os ofícios? Porque ninguém pode fazer dois ofícios, ainda que seja o mesmo Sol. Não vos admiro a capacidade do talento, a da consciência sim. Porque nenhum

homem pode fazer bem dois ofícios. De maneira que um homem, que vale por setenta homens, não se atreve a servir um só ofício? E vós, que vos fará Deus muita mercê, que sejais um homem, atrevei-vos a servir setenta ofícios? Não louvo, nem condeno: admiro-me com as turbas” (Sermão do Terceiro Domingo da Quaresma, 1655, Anchieta, Sermões do Padre Vieira, Ed Anchieta, São Paulo, 1943, vol. I, Psicomotricidade. 480 a 485).”

14. O princípio da proibição da acumulação de cargos e empregos, inclusive com a ressalva destacada acima, tem por escopo o primado da coisa pública. As exceções estabelecidas não objetivam *“privilegiar gratuitamente ou diferenciar pessoas de forma desarrazoada. Não é em seu proveito que se permitem casos de acumulação. Não é para que um servidor passe a ser mais poderoso ou mais afortunado”* (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, São Paulo: Saraiva, 1992, 3º vol, tomo III, p. 123).

15. De maneira consentânea com o interesse público e do próprio servidor, a compatibilidade horária deve ser considerada como condição limitativa do direito subjetivo constitucional de acumular e irrestrita sua noção exclusivamente à possibilidade do desempenho de dois cargos ou empregos com observância dos respectivos horários, no tocante unicamente ao início e término dos expedientes do pessoal em regime de acumulação, de modo a não se abstraiem dos intervalos de repouso, fundamentais ao regular exercício das atribuições e do desenvolvimento e à preservação da higidez física e mental do servidor. É opinião de Cretella Júnior que essa compatibilidade *“deve ser natural, normal e nunca de maneira a favorecer os interesses de quem quer acumular, em prejuízo do bom funcionamento do serviço público”* (Op. cit.).

16. Em alusão à jornada de trabalho razoável, a que o empregado deve ser submetido, Mozart Victor Russomano opinou que o *“interesse é da sociedade, porque assim ele poderá ser um homem, fisicamente, apto para o desempenho de sua missão social. Lucrará, ainda, a coletividade, porque, se o empregado repousar, trabalhará mais, produzindo melhor, enchendo o mercado de produtos abundantes e qualificados. O próprio empresário tem vantagens com isso, visto que a qualidade e, até mesmo, a quantidade de seus produtos lhe propiciam lucros mais apreciáveis”*. (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro: Forense, 1990, 13ª ed, vol. I, p. 86).

17. Por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se concebe razoável entenderem-se compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, apenas oito horas para atenderem-se à locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso, como ocorreria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um. A esse propósito, torna-se oportuno realçar, no respeitante ao sono:

I) a *“duração do sono passa de 16h em 24 do nascimento para cerca de 6h em 24 aos 70 anos”* (Grande Enciclopédia Larousse Cultural, São Paulo: Ed. Universo, 1988);

II) o *“sono se dá em ciclos regulares. Mas há variações individuais consideráveis. Assim, alguns necessitam de mais de dez horas de sono; a outros bastam quatro ou cinco horas. De qualquer modo, corresponde a necessidade irresistível. Sua privação provoca perturbações graves de conduta”* (Enciclopédia Mirador Internacional, São Paulo: Companhia de Melhoramentos, 1975, p. 10.590).

18. Condições tais de trabalho seriam até mesmo incompatíveis com o fim colimado pela disciplina trabalhista, ao estatuir o repouso de onze horas, no mínimo, entre duas jornadas: este tem o fito de salvaguardar a integridade física e mental do empregado e a eficiência laborativa, intenção que, obviamente, não foi desautorizada pelo constituinte na oportunidade em que excepcionou a regra proibitiva da acumulação de cargos, até mesmo

porque estendeu aos servidores públicos as normas trabalhistas sobre o repouso, contidas nos itens XIII e XV do art. 7º, a teor do art. 39, § 2º, ambos da Carta Federal.

19. O Texto Constitucional, art. 37, XVI, não terá pretendido contemplar cargas de oitenta horas semanais, sob o pretexto não só de que o regime cumulativo regrou-se sem nenhuma limitação, bem assim do pálio da compatibilidade de horários. Este requisito de configuração de direito de titularidade de cargos acumulada é de relevo e deve ser admitido de maneira a harmonizar-se com o interesse público e proporcionar ao servidor a possibilidade do exercício regular dos cargos ou empregos. Admitir-se a exegese que admita a carga total de oitenta horas, acarretando a impossibilidade da razoável execução do trabalho, seria dissonante da maneira de pensar de Carlos Maximiliano, exposta ao prelecionar que deve *“o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências”* (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 1979, 9ª ed, p. 166).

20. Sob essa ótica, deduz-se irrelevante a conotação de que o regime laboral dos docentes compreende as aulas efetivas e as atividades de *“orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino”*, como o afirma a Universidade (v. o item 4 deste expediente), porquanto, ainda que essa elástica distribuição de atividades apresente respaldo legal, não possui o condão de desobrigar o professor de cumprir integralmente a carga horária e em decorrência da qual é retribuído.

21. Vez que dissociadas essas condições de trabalho da garantia da normal capacidade física e mental do servidor, pode-se afirmar, sem receio de incorrer em equívoco, que a acumulação implica prejuízo para exercício de ambos os cargos, nada obstante a percepção integral das correspondentes retribuições.

22. A exemplo do disposto no parágrafo único do art. 193 da Lei nº 1.711, de 1952, havia, na redação original do art. 133 da Lei nº 8.112, o comando determinante da reposição da importância auferida indevidamente, na hipótese de comprovação do acúmulo ilegítimo e de apuração do elemento subjetivo da má fé com que tiver se havido o servidor nessa investidura irregular.

23. Com o objetivo maior de estabelecer rito processual permissivo da apuração deveras ágil dos casos de acumulação de cargos, o art. 1º da Lei nº 9.527, de 1997, inovou a ordem disciplinar e, no tópico relativo à acumulação (art. 133 da Lei nº 8.112), quanto ao detentor da titularidade inconstitucional de cargos, empregos e funções, dentre outros ângulos:

a) facultou a escolha por um dos cargos, a fim de proporcionar a regularização da situação funcional com a agilidade desejada e independentemente da instauração de processo disciplinar; e

b) silenciou no respeitante à devolução da importância percebida durante a comprovada acumulação de má fé, assim tornando-a inexigível, em face da consequência imediata do princípio da legalidade, que restringe a atuação do administrador público de modo a somente fazer o que a lei permite. Houve evolução legislativa no regramento do instituto, elidindo a reposição dos estipêndios pagos, às vezes por longos anos, em virtude da prestação de serviços, com o que o Estado fica impedido de locupletar-se com o trabalho de seus agentes administrativos.

24. Tem-se como ilícita a acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor ficaria submetido a dois regimes de quarenta horas semanais, considerados

isoladamente, pois não há possibilidade fática de harmonização dos horários, de maneira a permitir condições normais de trabalho e de vida do servidor.

25. Entretanto, nos casos em exame, os interessados já passaram a cumprir sessenta horas semanais, de segunda-feira a sexta-feira, em vista dos cargos técnicos ou científicos e de magistério. Desnecessária, assim, a verificação do acúmulo relativo ao período em que os servidores cumpriam a carga de trabalho de quarenta horas e, se fosse o caso, a opção corretiva da acumulação irregular a que se refere o art. 133 da Lei nº 8.112, 1990, na redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997, a qual resultaria na modificação do regime de serviço, no magistério, de quarenta para vinte horas, pois as declarações de horários constantes dos processos indicam a viabilidade da compatibilização.

26. O período em que esses cargos foram desempenhados com carga total de oitenta horas, por semana, não implica restituição da correspondente remuneração, dado o entendimento exposto nos itens 22 e 23 deste Parecer e considerando que:

a) não se apuraram a ilicitude da acumulação e a má fé;

b) houve efetiva prestação de serviços ao Estado; e

c) não se afigura despropositada a assertiva de que a Exposição de Motivos nº 9/89 teria oferecido amparo à situação funcional dos interessados, mesmo que aparentemente.

27. A acumulação, no regime de sessenta horas semanais, não impede a inativação no cargo técnico ou científico, observadas as normas pertinentes, mas não ensejará a posterior inclusão dos servidores no regime de quarenta horas, relativa ao cargo de magistério: caracterizar-se-ia acumulação proibida, por força do art. 118, § 3º, da Lei nº 8.112, com a redação dada pela Lei nº 9.527.

Sub censura.

Brasília, 16 de março de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

(Nota: O Parecer nº AC-54, em seus parágrafos 22 e 23, reviu a parte final do parágrafo 27 do presente Parecer nº GQ-145, nos seguintes termos:

“22. Porém, uma vez aposentado no cargo em que cumpria jornada de 40 horas semanais, não há impedimento constitucional, ou mesmo no artigo 118, § 3º da Lei nº 8.112/90, que somente repete as disposições constitucionais aqui expostas, para que, na ativa, aumente agora para 40 horas a jornada prestada no cargo que anteriormente lhe exigia apenas 20 horas semanais, se admitida essa mudança pela legislação a ele aplicável, porque, repita-se, o requisito da compatibilidade de horários deve ser aferido tendo em conta a situação concreta do servidor em cada momento, e não em tese.

23. Diante dos fundamentos aqui apresentados, está o Parecer nº AGU/GQ 145 a merecer revisão parcial para tornar sem efeito apenas a parte final de seu último parágrafo. Nesse sentido, considerando que o mesmo foi aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União nos termos do artigo 40 § 1º da Lei Complementar nº 73/93, a eventual aprovação superior da presente manifestação deverá estar atribuída da mesma eficácia.”)

Assuntos abordados neste Parecer: Licitude da acumulação da remuneração por exercício de cargo com proventos de aposentadoria se os cargos são cumuláveis na atividade. Desnecessidade de aferição de requisito de compatibilidade de horário se acumulação se dá com proventos de uma aposentadoria com remuneração de um cargo ativo. Revisão do parágrafo 27 do Parecer AGU nº GQ-145.

PARECER AGU Nº AC-54

NOTA: A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em, 18-X-2006*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 25/10/06, pg. 5 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 23104.009244/2005-16

INTERESSADOS: (...) e Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

ASSUNTO: Vedação de percepção simultânea de remuneração pelo exercício de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria. Exceção: cargos acumuláveis na atividade, cargos eletivos e cargos em comissão (CF, art. 37, § 10). Cargos acumuláveis na atividade: exigência de compatibilidade de horários (CF, art. 37, XVI). Servidor aposentado em um dos cargos: não incidência desse requisito específico em relação ao outro cargo. Desnecessidade de opção pela remuneração ou pelos proventos. Precedentes do STF e do TCU. Revisão parcial do Parecer nº AGU/GQ 145.

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 819/2006, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MS-07/06, de 27 de setembro de 2006, da lavra do Consultor da União, Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar.

Brasília, 17 de outubro de 2006

ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA
Advogado-Geral da União

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 819/2006

Senhor Advogado-Geral da União,

1. Pelas razões e fundamentos desenvolvidos no Parecer AGU/MS 07/2006 - que cuida de oferecer solução para a controvérsia entre o Parecer CJ/MPOG e o Parecer GQ-145 (aprovado pelo Presidente da República) a respeito da cumulação de remuneração de cargo público de Analista Judiciário do TRT/23 por servidor já aposentado no cargo de Professor Universitário da UFMS no regime de dedicação exclusiva em 1996 - estou de acordo em que seja revista a conclusão do Parecer GQ 145 para, com a sustentação agora oferecida, retificar-se o resultado nos limites do caso em discussão.

2. À consideração, para submeter-se à revisão do Sr. Presidente da República.

Brasília, 11 de outubro de 2006.

MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO
Consultor-Geral da União

PARECER Nº AGU/MS-7/2006

EMENTA: Administrativo. Servidor. Percepção simultânea de remuneração de cargo emprego ou função pública e de proventos de aposentadoria. Cargos acumuláveis na atividade. Compatibilidade de horários. Não incidência.

I - É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (CF, art. 37, § 10).

II - Para os cargos acumuláveis na forma do art. 37, XVI da Constituição, não se exige a comprovação da compatibilidade de horários quando o servidor está aposentado em um deles. Precedentes do STF e do TCU.

III - Revisão parcial do Parecer nº AGU/GQ-145.

PARECER

Senhor Consultor-Geral da União,

1. O servidor público federal (...), docente aposentado pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS no regime de dedicação exclusiva desde 1996, reingressou no serviço público federal, em 2005, no cargo de Analista Judiciário - Área Apoio Especializado - Especialidade Engenharia, do Quadro de Pessoal do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região - TRT/23.

2. Quando de sua posse no cargo de Analista Judiciário, a administração do Tribunal determinou que ele optasse entre os proventos de sua aposentadoria ou a remuneração do novo cargo, por entendê-los incompatíveis em razão da interpretação do § 10 do artigo 37 da Constituição, combinado com o inciso XVI do mesmo artigo, realizada pela Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Dado o regime de dedicação exclusiva no cargo em que foi inativado, haveria **incompatibilidade de horários** entre ambos.

3. O servidor então optou pelo recebimento da remuneração do cargo no Poder Judiciário, renunciando aos proventos de sua aposentadoria, tendo no entanto se reservado o direito de discutir essa exigência. Posteriormente, argumentou que o requisito da compatibilidade de horários entre o cargo em que estava aposentado e aquele em que seria empossado não deveria ser considerado para que se pudesse aferir a acumulabilidade da remuneração deste e dos proventos referentes àquele.

4. Depois de sua posse, o TRT/23, reapreciando a questão, retificou sua posição, passando a entender, em síntese, que não se afigura razoável exigir-se a compatibilidade de horários de quem está, irrefutavelmente, desonerado, em face da aposentação, de cumprir qualquer jornada de trabalho.

5. A UFMS, por sua vez, após suspender o pagamento dos proventos de aposentadoria do servidor, encaminhou a questão à apreciação do Ministério da Educação, e este ao Ministério do Planejamento, tendo a sua Consultoria Jurídica, no Parecer/MP/CONJUR/TF/Nº 1133-2.4/2006, da lavra do Advogado da União Thiers Ribeiro Chagas Filho, acatado a tese do servidor, revendo o entendimento anterior da CONJUR/MP, nos seguintes termos:

”Ementa: Consulta. Secretaria de Recursos Humanos, cumulação de remuneração de cargo técnico com proventos de aposentadoria referentes ao cargo de professor da Universidade Federal de Mato Grosso. Regime de dedicação exclusiva. Interpretação do art. 37, inc. XVI, da CF/88 c/c art. 37, § 10 da CF/88. Dedicção exclusiva estabelecida por dispositivo

infraconstitucional. Não mais subsistindo as razões que justificaram a impossibilidade do exercício de outra atividade remunerada além do magistério, mostra-se cabível a cumulação em tela. Necessidade de manifestação prévia do Advogado-Geral da União.”

6. Diante da existência de interpretação normativa divergente quanto ao tema por esta Advocacia-Geral da União - Parecer nº AGU/GQ 145 -, a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento solicita agora a reapreciação da questão pela AGU.

7. A redação original da Constituição de 1988, assim como a Constituição de 1946, não trazia nenhuma norma explícita acerca da possibilidade, ou não, de acumulação de remuneração pelo exercício de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria. Diante disso, **o Supremo Tribunal Federal, resgatando a jurisprudência da Corte referente ao período de vigência da Constituição de 1946, assim concluiu quanto ao tema após a promulgação da nova Constituição:**

“Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público. Proventos e vencimentos: Acumulação. CF, art. 37, XVI, XVII. I. - **A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição.** C.F., art. 37, XVI, XVII; art. 95, parágrafo único, I. Na vigência da Constituição de 1946, art. 185, que continha norma igual a que está inscrita no art. 37, XVI, CF/88, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido da impossibilidade da acumulação de proventos com vencimentos, salvo se os cargos de que decorrem essas remunerações fossem acumuláveis. II. - Precedentes do STF: RE-81729-SP, ERE-68480, MS-19902, RE-77237-SP, RE-76241-RJ. III. - R.E. conhecido e provido.” **(RE 163.204/SP, STF, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.03.95) - grifos nossos**

8. A partir de então, esse precedente passou a orientar toda a atuação administrativa sobre a questão, bem como a jurisprudência do próprio STF. Mais do que isso, a Emenda Constitucional nº 20/98 acabou positivando no texto constitucional essa decisão da Suprema Corte:

Constituição

Art. 37. § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (incluído pela EC nº 20/98)

9. Contudo, a mesma Emenda acabou por limitar expressamente o alcance desse entendimento aos casos surgidos após a sua promulgação, convalidando, por benevolência do legislador constituinte derivado, as situações constituídas até então:

Emenda Constitucional nº 20/98

Art. 11. A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de Poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.

10. No entanto, o caso dos autos, esclareça-se, não se beneficia desta norma favorável prevista na EC nº 20/98, excepcional e de eficácia limitada no tempo, porque o reingresso do servidor somente ocorreu em 2005, enquanto a EC nº 20 foi publicada em 16.12.98, o que obriga a análise da controvérsia apenas à luz do que dispõem o inciso XVI e o § 10 do artigo 37 da Carta Magna.

11. Ora, exatamente em razão do que prevê o § 10 do artigo 37 da Carta da República, que ressalva aos cargos acumuláveis na forma da Constituição a possibilidade de percepção simultânea de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, leia-se o que dispõe a Constituição sobre essa possibilidade de acumulação de cargos em relação aos servidores em geral:

Constituição

Art. 37. XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, **quando houver compatibilidade de horários**, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

12. Partindo da premissa estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal de que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (RE 163.204/SP), é certo que **cada situação a ser analisada pela Administração deve estar enquadrada em alguma das hipóteses de acumulação prevista nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da Carta de 1988**, transcritas acima. Não obstante essa conclusão, **resta definir se o requisito da compatibilidade de horários também deve ser observado nesse caso, ou se somente se verifica o enquadramento da situação entre as referidas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da Carta Federal. Esse é o objeto do presente parecer.**

13. A toda evidência, a afirmação categórica feita pelo STF no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (RE 163.204/SP), e que tem sido reiterada pela Corte em diversos julgados, como se vê, por exemplo, na ADI nº 1.328 (rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18.06.2004) e no MS nº 24.540 (rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18.06.2004), **tem recebido extensão maior do que a observada em seu precedente original, no qual não se discutiu, explícita ou implicitamente, a incidência, ou não, do requisito da compatibilidade de horários para se aferir a possibilidade dessa acumulação.**

14. A leitura atenta do voto proferido pelo relator do sempre citado **Recurso Extraordinário nº 163.204/SP**, Ministro Carlos Velloso, alerta para a sua intenção declarada de **preservar integralmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal anterior à Constituição de 1988 sobre o tema**. Ocorre que, **em relação ao requisito da compatibilidade de horários, já presente nas Constituições de 1946 (art. 185) e de 1967 (art. 99, § 1º)**, ao qual se somava ainda outro, não mais existente, mas que lhe era análogo, da correlação de matérias, **a mesma jurisprudência do STF era pacífica quanto à sua não aplicação quando da aferição da possibilidade de acumulação de remuneração e proventos**, como se observa nos precedentes abaixo transcritos:

“Acumulação. Cargos de magistério. Se o professor já se encontra aposentado num dos dois cargos, perde o sentido o requisito da compatibilidade de horários, e merece exame especial a questão da correlação de matérias.” (AI 46.230/SC, STF, 2ª Turma, rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 56090)

“Ementa: 1) Acumulação de dois cargos de magistério; 2) Correlação de matérias reconhecida pelo acórdão recorrido, a luz de norma emanada da autoridade estadual competente. Licitude da acumulação, afastado o requisito da compatibilidade de horários, visto que o servidor se encontra aposentado num dos cargos; 3) Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 75.923/RJ, STF, 2ª Turma, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, DJ 06.06.73)

“Administrativo. Funcionalismo. Acumulação de cargos de magistério. Professora primária, aposentada, em acumulação com o cargo de Professora de Música e Canto Orfeônico do Ensino Médio. Possibilidade. Em se tratando de professora primária, aposentada, não há que falar-se em qualquer óbice relativo a compatibilidade de horários e, quanto à correlação de matérias, ainda que se justificasse tal requisito, no caso ele teria sido atendido. Recurso não conhecido.” (RE nº 84.726/RJ, STF, 2ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho, DJ 10.12.82)

15. A razão de ser desse entendimento é clara: enquanto a acumulabilidade genérica entre os diversos cargos, para os servidores em geral, é definida em tese nas alíneas do inciso XVI do artigo 37 da Constituição, **o requisito adicional da compatibilidade de horários, por outro lado, não pode jamais ser aferido em tese, devendo-se analisar a situação concreta de cada servidor que pleiteia acumular cargos, e não somente no momento da posse no segundo cargo, mas enquanto perdurar o exercício cumulado de ambos, pois o seu objetivo é garantir, em prol do interesse da Administração quanto à consecução dos fins públicos relacionados aos serviços prestados pelo Estado e seus agentes, que os mesmos consigam conciliar, durante a sua jornada de trabalho, a carga horária prevista para cada uma das duas funções, sem prejuízo, ainda que parcial, de nenhuma delas.**

16. Assim, quando o servidor já se encontra aposentado em um dos cargos, **o requisito da compatibilidade de horários perde a sua razão de ser, pois, por óbvio, não haverá jornada de trabalho a cumprir neste se não há mais o seu exercício pelo inativo.** Nas palavras diretas do Ministro Bilac Pinto, nessa hipótese perde o sentido o requisito da compatibilidade de horários (AI nº 46.230/SC).

17. E não se diga que esse entendimento viola a premissa estabelecida pela Suprema Corte no julgamento do **RE nº 163.204/SP**, quando, repita-se, afirmou-se que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição, porque, **se o servidor estivesse em atividade nos dois cargos que pretende acumular, somente o confronto efetivo e permanente entre as jornadas de trabalho previstas para ambos poderia definir a existência real de compatibilidade de horários, ou não, procedimento que, mesmo que aplicado ao servidor aposentado, gerará sempre o mesmo resultado, porque todo o seu tempo laboral está disponível para o exercício do cargo no qual ainda está em atividade.**

18. As duas Câmaras do Tribunal de Contas da União possuem esse mesmo entendimento:

“Voto do Ministro Relator

(...)

8. Conforme demonstrado pela Unidade Técnica, a acumulação em questão refere-se a dois cargos de professor, o que é constitucionalmente permitido. Eventual incompatibilidade de horários, poderia impedir a acumulação. Todavia, como a posse em um dos cargos deu-se tão-somente após ocorrer aposentadoria no outro, não há falar em incompatibilidade de horários. Destarte, assiste razão ao recorrente, razão pela qual se deve dar provimento ao recurso.”

(Processo TC nº 375.186/1997-2, Acórdão nº 138/2000, TCU, 2ª Câmara, rel. Min. Benjamin Zymler)

”**Ementa:** Aposentadoria. Professor. Pedido de reexame de decisão que considerou ilegal a concessão em decorrência da acumulação ilícita de dois cargos de professor, sem a devida compatibilidade de horário.

Voto do Ministro Relator: Inicialmente, entendo que deva ser conhecido o presente Pedido de Reexame, de conformidade com os termos do artigo 48, c/c o artigo 33 da Lei 8.443/92.

2. No pertinente ao mérito, assiste razão à douta Procuradoria, pois a acumulação em questão refere-se a dois cargos de professor, o que é constitucionalmente permitido. Neste caso a exigência legal é a de que haja compatibilidade de horários. Conforme demonstrado nos autos o servidor exercia o cargo de Professor da Carreira de Magistério da Aeronáutica junto à Escola Preparatória de Cadetes do Ar, em Barbacena-MG, na condição de professor de 1º e 2º graus, com regime de 40 horas semanais e lecionava na Fundação de Ensino Superior de São João Del-Rei, em curso noturno, no regime parcial de 20 horas semanais, passando ao regime de dedicação exclusiva após a aposentação no primeiro cargo, assim não há como falar em incompatibilidade de horários. Este entendimento encontra-se em consonância com os julgados por esta Corte de Contas nos termos da Decisão 322/2001 e do Acórdão 138/2000, ambos da 2ª Câmara.”

(Processo TC nº 002.869/1994-2, Acórdão nº 201/2004, TCU, 2ª Câmara, rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha)

“Relatório do Ministro Relator

(...)

Como visto, a acumulação em epígrafe refere-se a dois cargos de professor. A interessada está na UFMS sob o regime da Dedicação Exclusiva, cujo impedimento é o exercício de qualquer outra atividade remunerada (inciso I do art. 14 do Decreto n.º 94.664/87). Assim, o fato de a interessada ser aposentada em outro cargo público, não se enquadra nesta vedação.

Nesse sentido, impende destacar trechos do Voto do Ministro Benjamin Zymler, proferido na Decisão 322/2001, da Segunda Câmara:

’4. Em estando aposentado do primeiro cargo de professor, o interessado pode exercer o segundo cargo de professor sob qualquer regime previsto no Decreto n.º 94.664/87 (20 ou 40 horas semanais ou dedicação exclusiva), sem que com isso tenha incorrido em qualquer incompatibilidade de horários, sendo portanto lícita a opção do interessado pelo regime de dedicação exclusiva’.”

(Processo TC nº 000341/2004-2, Acórdão nº 155/2005, TCU, 1ª Câmara, rel. Min. Guilherme Palmeira)

19. Ocorre que, como apontado pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, esta Advocacia-Geral da União tem posição parcialmente contrária ao que ora se expôs e aos precedentes do STF e do TCU sobre a matéria. Trata-se do Parecer nº AGU/GQ 145:

“Parecer nº AGU/GQ 145

Ementa: Ilícita a acumulação de dois cargos ou empregos de que decorra a sujeição do servidor a regimes de trabalho que perfaçam o total de oitenta horas semanais, pois não se considera atendido, em tais casos, o requisito da compatibilidade de horários. Com a superveniência da Lei n. 9.527, de 1997, não mais se efetua a restituição de estipêndios auferidos no período em que o servidor tiver acumulado cargos, empregos e funções públicas em desacordo com as exceções constitucionais permissivas e de má fé.”

20. A leitura da ementa acima apresentada, e dos fundamentos e conclusões do citado Parecer nº AGU/GQ 145, confirma a sua atualidade e juridicidade, ao menos como regra geral, ressalvada apenas a última afirmação constante em seu texto:

“Parecer nº AGU/GQ 145

27. A acumulação, no regime de sessenta horas semanais, não impede a inativação no cargo técnico ou científico, observadas as normas pertinentes, mas não ensejará a posterior inclusão dos servidores no regime de quarenta horas, relativa ao cargo de magistério: caracterizar-se-ia acumulação proibida, por força do art. 118, § 3º, da Lei n. 8.112, com a redação dada pela Lei n. 9.527.” (grifo nosso)

21. De fato, o servidor que acumula lícitamente, nos termos previstos na Constituição, na ativa, dois cargos públicos que, somados, exijam o cumprimento de uma jornada semanal de 60 horas, pode aposentar-se em ambos, ao mesmo tempo ou não, a depender do alcance dos requisitos próprios (CF, art. 40, § 6º). Ressalva apenas se faz, porque expressa na Constituição, aos servidores beneficiados pela norma inserta no anteriormente mencionado artigo 11 da EC nº 20/98.

22. Porém, uma vez aposentado no cargo em que cumpria jornada de 40 horas semanais, não há impedimento constitucional, ou mesmo no artigo 118, § 3º da Lei nº 8.112/90, que somente repete as disposições constitucionais aqui expostas, para que, na ativa, aumente agora para 40 horas a jornada prestada no cargo que anteriormente lhe exigia apenas 20 horas semanais, se admitida essa mudança pela legislação a ele aplicável, porque, repita-se, **o requisito da compatibilidade de horários deve ser aferido tendo em conta a situação concreta do servidor em cada momento, e não em tese.**

23. Diante dos fundamentos aqui apresentados, **está o Parecer nº AGU/GQ 145 a merecer revisão parcial para tornar sem efeito apenas a parte final de seu último parágrafo.** Nesse sentido, considerando que o mesmo foi aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União nos termos do artigo 40 § 1º da Lei Complementar nº 73/93, a eventual aprovação superior da presente manifestação deverá estar atribuída da mesma eficácia.

24. **Em conclusão, a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (RE 163.204/SP), bem como nas demais situações previstas no § 10 do artigo 37 da Constituição, não incidindo, porém, nessa situação, o requisito da compatibilidade de horários.**

Brasília/DF, 27 de setembro de 2006

Marcelo de Siqueira Freitas
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de excepcionalmente se conceder jornada semanal superior a sessenta horas com acumulação lícita de dois cargos.

PARECER AGU Nº AM-4

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 9 de abril de 2019”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 12/04/19, pg. 18 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS Nº: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87

INTERESSADOS: Ministério da Economia e Ministério da Saúde.

ASSUNTO: Compatibilidade de horários para acumulação de cargos públicos.

PARECER Nº AM - 4

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00319/2019/GAB/CGU/AGU e Despacho nº 2/2017/CNU/CGU/AGU, o Parecer Plenário nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 09 de abril de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

DESPACHO Nº 319/2019/GAB/CGU/AGU

PROCESSO Nº: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87

INTERESSADOS: Ministério da Economia e Ministério da Saúde.

ASSUNTO: Compatibilidade de horários para acumulação de cargos públicos.

1 Aprovo, nos termos do Despacho nº 2/2017/CNU/CGU/AGU (seq. 35), o Parecer-Plenário nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU (seq. 33).

2 Submeto as manifestações desta Consultoria-Geral da União ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União para que, em sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação de Sua Excelência o Senhor Presidente da República para os fins dos art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 09 de abril de 2019.

GIORDANO DA SILVA ROSSETTO
Advogado da União
Consultor-Geral da União
Substituto

DESPACHO Nº 2/2017/CNU/CGU/AGU

NUP: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87

INTERESSADOS: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Ministério da Saúde e Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Compatibilidade de horários para a acumulação de cargos públicos

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União Substituto,

A Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos, em sessão plenária realizada no último dia 29 de março, aprovou o judicioso Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, o qual trata da compatibilidade de horários e da acumulação de cargos e empregos públicos, superando o entendimento do Parecer GQ-145.

Restou aprovada a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 5/2017, com a seguinte redação:

“Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017.

A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Referências: Art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988; Art. 118 da Lei 8.112/90; Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário/TCU; Acórdão nº 1.168/2012 - Plenário/TCU; RE 351.905 - 2ª Turma/STF; RE 633.298 AgR - 2ª Turma/STF”

Na ementa do Parecer aprovado foi consolidado, outrossim, o brocardo do *tempus regit actum*, de maneira que ao novo entendimento devem ser conferidos efeitos prospectivos, a bem da segurança jurídica, de forma que sejam resguardados os atos administrativos consolidados sob a vigência do entendimento superado:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCIS. XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.

2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do *tempus regit actum*, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.”

Foi aprovado, outrossim, o entendimento de que "para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor".

Sugere-se que o Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU seja submetido à elevada apreciação da Exma. Senhora Advogada-Geral da União, para posterior aprovação do Exmo. Senhor Presidente da República, nos precisos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 04 de abril de 2017.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

PARECER-PLENÁRIO Nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU

NUP: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87

INTERESSADOS: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Ministério da Saúde e Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Compatibilidade de horários para a acumulação de cargos públicos

ORIENTAÇÃO NORMATIVA CNU/CGU/AGU Nº 5/2017, DE 29 DE MARÇO DE 2017

A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Referências: Art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988; Art. 118 da Lei 8.112/90; Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário/TCU; Acórdão nº 1.168/2012 - Plenário/TCU; RE 351.905 - 2ª Turma/STF; RE 633.298 AgR - 2ª Turma/STF

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCS. XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.

2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do *tempus regit actum*, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.

I. RELATÓRIO

Foram remetidos à Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos - CNU/CGU os processos de nº 00400.000378/2016-76, nº 19726.002441/2010-79, nº 25000.020121/2014-11, nº 00688.000789/2015-10, nº 00449.000063/2016-72 e nº 25000.209806/2015-87, que tratam da revisão do entendimento adotado no **Parecer GQ-145**. Referido parecer, dispondo sobre o requisito da compatibilidade de horários, previsto no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988, afirma (i) a ilicitude da acumulação de 2 (dois) cargos ou empregos públicos que impliquem a sujeição do servidor a regimes de trabalho que totalizem 80 (oitenta) horas semanais e (ii) a litude da acumulação de 2 (dois) cargos ou empregos públicos que impliquem a sujeição do servidor a regimes de trabalho que totalizem 60 (sessenta) horas semanais.

O processo nº **00400.000378/2016-76** diz respeito ao Aviso nº 207-GP/TCU, por meio do qual o Tribunal de Contas da União - TCU encaminha à Advocacia-Geral da União cópia do Acórdão nº 603/2016, proferido pelo Plenário do Tribunal, no qual se adotou a seguinte resolução:

“9.4. dar ciência à Advocacia-Geral da União (AGU) acerca da divergência entre o Parecer GQ145/1998 e a mais recente jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1.176/2014-TCU-Plenário, 1.008/2013-TCU-Plenário e 3.294/2006-TCU-2ª Câmara, e de decisões dos tribunais superiores, a exemplo do MS 15.663/DF, no âmbito do STJ, do RE 633298 AgR/MG e do AI 83305700, no âmbito do STF.

Nos autos de nº **19726.002441/2010-79**, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por intermédio do PARECER PGFN/CJU/COJPN Nº 940/2011, analisando requerimento de Procuradora da Fazenda Nacional interessada no exercício simultâneo do cargo de Professor Adjunto de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em regime de 40 (quarenta) horas semanais, concluiu pela necessidade de revisão do Parecer GQ-145. Instada a se manifestar, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação - CONJUR/MEC, através do PARECER Nº

891/2012/CONJUR/MEC/CGU/AGU, anuiu com o posicionamento sustentado pela PGFN, 'ressalvando apenas a indispensável necessidade de verificação, por parte dos órgãos competentes, do cumprimento da carga horária exigida de cada um dos cargos'."

Na oportunidade, foi elaborado no âmbito do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR/CGU o PARECER nº 084/2013/DECOR/CGU/AGU, no sentido da necessidade de revisão do posicionamento adotado no parecer normativo em destaque, sugerindo-se a adoção do seguinte entendimento:

"19. (...) a compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da CRFB/88 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo possível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades envolvidos, além da compatibilidade de horários, a ausência de prejuízo às exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos."

Citado parecer, porém, não foi acolhido pelo Diretor do DECOR e pelo Consultor-Geral da União, mantendo-se em vigor o posicionamento constante do Parecer GQ-145. A Procuradora da Fazenda Nacional interessada pediu, então, a reconsideração do respectivo Despacho do Consultor-Geral da União, de nº 047/2014, pedido este que ainda se encontra pendente de análise.

No processo nº 25000.020121/2014-11, trata-se do Ofício nº 67/2014/SE/MS, por meio do qual a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde sugere a revisão do Parecer GQ-145, "especialmente com relação a jornada de trabalho dos profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, ocupantes de dois cargos efetivos com jornadas de 40 (quarenta) horas semanais cada (ex: Enfermeiro, Auxiliar de Enfermagem, Técnico em Enfermagem, Técnico de Laboratório, Laborista Assistente Social, dentre outros)". O assunto foi submetido à Coordenação-Geral de Aplicação das Normas do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que expediu a NOTA TÉCNICA Nº 85/2014/CGNOR/DENOP/SEGE/MP, na qual afirma que

"(...) vislumbra a premente necessidade de abertura de um canal de comunicação com a Advocacia-Geral da União - AGU, a fim de amadurecer, sob a ótica da Administração Pública, em seus vários contextos e sua inegável heterogeneidade, utilizando-se dos conceitos mais atuais de gestão pública e da própria hermenêutica constitucional-, o debate acerca da acumulação de cargos, empregos públicos e funções, matéria atualmente constante do Parecer vinculante GQ 145, de 1998, da AGU e GQ nº 54, de 17 de outubro de 2006 e outros posicionamentos que os ratificam."

Consta, da citada NOTA TÉCNICA Nº 85/2014/CGNOR/DENOP/SEGE/MP, questionamento a respeito da possibilidade de acumulação "daqueles servidores que, embora detentores de jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas, em razão de permissivo legal cumprem jornada de 30 (trinta) horas semanais, a rigor do disposto no Decreto nº 1590, de 1995, especialmente os arts. 2º e 3º, os quais autorizam determinados servidores, a depender das atribuições específicas do cargo, serem submetidos à jornada de trabalho de seis horas diárias e carga horária de trinta horas semanais, embora ocupantes de cargos com jornada pré-fixada de 40 horas semanais". O ponto foi muito bem abordado no Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, por meio do qual concluiu a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - CONJUR/MP que o Parecer GQ-145/1998 "baseou-se na premissa de que seria faticamente impossível

trabalhar de forma adequada por 80 horas, haja vista as necessidades biológicas do corpo humano", devendo prevalecer, no caso de redução de jornada de trabalho autorizada e legitimada pela legislação, a jornada efetivamente exigida do servidor sobre a jornada abstratamente prevista.

O processo nº **00688.000789/2015-10** diz respeito a ofício (FNE nº 93/2015) encaminhado pela Federação Nacional dos Enfermeiros para solicitar a revisão do Parecer GQ-145, no qual são enumerados os prejuízos, decorrentes da aplicação do referido opinativo, que vem sofrendo os profissionais da área de enfermagem que acumulam cargos com jornadas de trabalho superiores a 60 (sessenta) horas semanais.

Nos autos de nº **00449.000063/2016-72**, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Santa Catarina - CJU/SC, em seu PARECER n. 107/2016/CJU-SC/CGU/AGU, propõe à Consultoria-Geral da União a reapreciação do Parecer GQ-145 ou, ao menos, da interpretação que lhe vem sendo conferida, que considera irregular a acumulação de 2 (dois) cargos ou empregos públicos com carga horária total superior a 60 (sessenta) horas semanais, uma vez que tal entendimento estaria em descompasso com a jurisprudência do STF, do STJ e do TCU.

No expediente administrativo nº **25000.209806/2015-87**, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde - CONJUR/MS, por intermédio do PARECER n. 00418/2016/CONJUR-MS/CGU/AGU, solicita à Consultoria-Geral da União que defina "se o limite de 60 horas de que trata" o Parecer GQ-145 refere-se à jornada abstrata do cargo ou a efetivamente prestada pelo servidor (dentro das hipóteses legalmente admitidas). Conforme consta da manifestação elaborada pela CONJUR/MS, a Portaria GM/MS nº 260, de 21 de fevereiro de 2014, com fundamento no Decreto nº 1.590/95, autorizou os servidores que prestam serviços nas unidades hospitalares sob gestão direta do Ministério da Saúde a realizar jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais, sem redução da remuneração. Nada obstante, o sistema *SIAP* não permite a regularização da situação dos servidores submetidos a acumulação em que a carga horária do cargo efetivo seja superior a 60 (sessenta) horas semanais, mesmo quando a carga horária efetivamente exercida seja igual ou inferior ao referido montante.

Compete, portanto, a esta CNU/CGU, analisar a necessidade de revisão do entendimento adotado no Parecer GQ-145, estabelecendo o que se deve entender por *compatibilidade de horários* como requisito para a acumulação de cargos públicos previsto no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988. Em segundo lugar, na hipótese de se manter o entendimento de que as acumulações de cargos públicos devem ficar sujeitas a um limite de carga horária, será necessário definir se tal limitação deve levar em conta a carga horária abstrata do cargo ou a carga horária efetivamente exigida do servidor público dentro das margens estabelecidas pela legislação.

Registre-se, por fim, que, em resposta ao DESPACHO n. 00247/2016/DECOR/CGU/AGU, que facultou aos demais Órgãos de Direção Superior da AGU e, ainda, aos órgãos consultivos vinculados a esta Consultoria-Geral da União, se manifestarem a respeito da matéria ora em análise, foi emitida, nos autos do referido processo nº 19726.002441/2010-79, a NOTA nº 099/2016/DEPCONSU/PGF/AGU. No referido opinativo, de declarado "caráter informativo" e, não, "conclusivo", a Procuradoria-Geral Federal - PGF se reportou a seu anterior PARECER Nº 19/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, no qual defende que as "balizas mínimas" firmadas no Parecer GQ-145 devem ser observadas pela Administração Pública, uma vez que a decisão adotada pelo STF na ADI/MC nº 3.126 não teria "o condão de viabilizar a compatibilidade de horários de forma a possibilitar a cumulação total de 80 (oitenta) horas semanais de trabalho". As Consultorias

Jurídicas juntos aos Ministérios das Comunicações - CONJUR/MINC, do Meio Ambiente - CONJUR/MMA e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio - CONJUR/MDIC, informaram não possuir informações para contribuir para o deslinde da questão ou interesse em se manifestar.

É o breve relatório.

II. ANÁLISE

II.I Tratamento constitucional e legal da matéria

A proibição de acumulação de cargos públicos já vigorava no Brasil antes mesmo de sua independência, constando da Carta Régia de 06.05.1623 e, posteriormente, do Decreto do Príncipe Regente de 18.06.1822. Apesar do silêncio da Constituição Imperial de 1824, a vedação permaneceu existindo na legislação ordinária. Proclamada a República, a regra constou do art. 73 da Constituição de 1891, tendo sido repetida em todas as Constituições posteriores¹.

A mesma linha de princípio foi adotada pela atual Constituição de 1988, que, como regra geral, veda a acumulação remunerada de cargos e empregos públicos em seu art. 37, incisos XVI e XVII, veja-se:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Tem-se, portanto, que a acumulação remunerada de cargos públicos é possibilidade excepcional em nosso sistema jurídico, admitida pelo inciso XVI do art. 37 da Constituição de 1988, na redação ora em vigor, apenas nas hipóteses de (a) dois cargos de professor, (b) um cargo de professor e um cargo técnico ou científico e (c) dois cargos privativos de profissionais da saúde. A regulamentação se aplica também, conforme determinação expressa do inciso XVII do mencionado dispositivo constitucional, a empregos e funções nas entidades integrantes da Administração Pública, aí incluídas as autarquias, fundações,

empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Sobre o tema, o ADCT, em seu art. 17, §2º, conferiu, em benefício dos profissionais de saúde que exerciam dois cargos ou empregos públicos na vigência do regime constitucional anterior, o direito de permanecer no exercício de ambos. O dispositivo em questão está redigido nos seguintes termos:

Art. 17.

(...)

§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

A acumulação remunerada de cargos públicos nas hipóteses admitidas pelo inciso XVI do art. 37 da Constituição de 1988 tem como requisito *acompatibilidade de horários*. Nada obstante, o que se deve entender por compatibilidade de horários, tema central do presente parecer, tem sido objeto de acirrada controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias, não estando regulamentada a questão seja na legislação ordinária seja no próprio texto constitucional.

No âmbito federal, a matéria encontra-se regulada no Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112, de 1990), que, trazendo para o nível da legislação as disposições do art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988, conferiu especial ênfase à compatibilidade de horários como requisito para a acumulação de cargos ou empregos públicos, veja-se:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II.II Entendimento em vigor no âmbito do Poder Executivo da União: Parecer GQ-145, de 1998

A questão do requisito constitucional da compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos foi equacionada no âmbito do serviço público federal pelo **Parecer GQ-145**, aprovado pela Presidência da República no ano de 1998. O caso analisado dizia respeito à acumulação de 2 (dois) cargos públicos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, um de membro da Advocacia-Geral da União e outro de professor em Universidade Federal. A conclusão adotada foi no sentido de que (i) é ilícita a acumulação de cargos ou empregos públicos que sujeitem o servidor a regimes de

trabalho que totalizem carga horária de 80 (oitenta) horas semanais, tendo em vista a impossibilidade fática de harmonização de horários e (ii) é lícita a acumulação de 60 (sessenta) horas desde que comprovada a ausência de sobreposição entre os horários de início e fim das jornadas de trabalho respectivas.

O entendimento acolhido baseou-se na afirmação de que, ao autorizar, excepcionalmente, o acúmulo de 2 (dois) cargos públicos, o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 não pretendeu contemplar cargas horárias de 80 (oitenta) horas semanais. Apesar da ausência de previsão constitucional expressa da jornada máxima permitida, haveria um limite implícito à quantidade de horas de trabalho a que poderia se submeter semanalmente o servidor público, preservando-se, de tal forma, a sua higidez física e mental e garantindo-lhe as condições necessárias para o efetivo exercício de ambos os cargos ou empregos públicos.

Ainda conforme o Parecer GQ-145, a análise da compatibilidade de horários deve levar em conta os intervalos para repouso do servidor público, não se caracterizando pela simples ausência de sobreposição das jornadas de trabalho, considerados apenas os horários de início e término dos respectivos expedientes. Nesse sentido, não seria razoável entender que uma pessoa é capaz de trabalhar 16 (dezesesseis) horas por dia, restando-lhe apenas 8 (oito) horas para a locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso. Tendo em vista a extensão, aos servidores públicos, das regras sobre o repouso do trabalhador constantes dos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição de 1988, conforme determinado pelo art. 39, § 2º, também da Constituição, o entendimento foi construído com base na regulamentação prevista na legislação trabalhista, que estabelece como de 11 (onze) horas o intervalo interjornadas mínimo.

Cuida-se, portanto, o Parecer GQ-145, de tentativa de se estabelecer um parâmetro razoável para a superação da lacuna normativa relativa ao requisito da compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos públicos no sistema da Constituição de 1988, baseada no que se entende, segundo os parâmetros delineados na CLT, como a capacidade laborativa normal do ser humano e com vistas na proteção do erário, da eficiência do serviço público e da saúde do trabalhador.

II.III Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União começou a formar sua jurisprudência sobre o tema no ano de 2003, tendo decidido, no **Acórdão nº 533/2003 - 1ª Câmara**², pela ilegalidade da acumulação de cargo de Professor em Escola Técnica Federal com cargo de Analista de Tribunal Regional do Trabalho, ambos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais.

No ano de 2004, a Corte de Contas, no **Acórdão nº 2.860/2004 - 1ª Câmara**³, voltou a posicionar-se no sentido da ilegalidade da acumulação de 2 (dois) cargos públicos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais cada um, acrescentando a regra de que a acumulação de cargos públicos seria possível nas hipóteses em que a carga horária total não ultrapassasse as 60 (sessenta) horas semanais. A inspiração para a fixação do parâmetro de 60 (sessenta) horas foi, declaradamente, o Parecer GQ-145.

A jornada de trabalho máxima de 60 (sessenta) horas para a acumulação de cargos públicos tornou-se a regra nas decisões posteriores do TCU⁴. O entendimento que se consolidou foi no sentido de que, apesar de o texto constitucional não fixar expressamente a duração máxima da jornada de trabalho, as condições para a acumulação de cargos deveriam ser aferidas sob uma "ótica restritiva", na medida em que seria uma exceção à regra constitucional de não acumulação⁵. Afirmava-se, ainda, a necessidade de se tutelar o

serviço público, evitando-se o exercício deficiente dos cargos públicos em que investido o servidor beneficiário da acumulação, garantindo-lhe as condições mínimas para tanto⁶.

No **Acórdão nº 5.257/2009 - 2ª Câmara**⁷, o TCU modificou substancialmente seu entendimento sobre a questão, substituindo o critério da jornada máxima de 60 (sessenta) horas por uma análise casuística da compatibilidade de horários. Na oportunidade, foi considerada legal a situação de profissional da saúde submetido à carga horária de 40 (quarenta) horas semanais em um dos cargos públicos e de 30 (trinta) horas semanais no outro. Afirmando a inexistência de disposição legal a respeito da carga horária máxima a que poderia se submeter o servidor que exerce 2 (dois) cargos públicos cumulativamente, o tribunal sustentou a necessidade de solucionar-se o caso concreto com base em suas circunstâncias particulares, devendo ser levada em consideração a inexistência de sobreposição entre as jornadas de trabalho. No caso analisado, a servidora pública trabalhava no período das 13 às 19 horas, de segunda a sexta-feira, em hospital estadual, concomitantemente com regime de plantão, de 12/60 horas, em Universidade Federal, no período das 19 horas e 15 minutos às 7 horas e 15 minutos.

O posicionamento adotado no referido Acórdão nº 5.257/2009 prevaleceu nas sucessivas decisões do TCU a respeito da matéria, a exemplo do **Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário**⁸, que, adotado pelo Plenário do Tribunal, passou a ser apontado como o precedente a ser seguido nos julgamentos posteriores sobre o tema. Nada obstante, com o passar do tempo, alguns temperamentos foram aplicados a tal entendimento, como se observa no **Acórdão nº 1.168/2012 - Plenário**⁹. No voto condutor da decisão em questão, o Ministro relator externou suas preocupações com a eficiência da Administração Pública, afirmando a prioridade do interesse público no que diz respeito ao exercício dos cargos e funções públicas. Restou consignado na decisão que o reconhecimento da compatibilidade de horários a que alude o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 não pode "se circunscrever à simples comprovação de ausência de superposição de jornadas", sob pena de degradação da qualidade no atendimento da população. Questionou-se, ademais, a respeito dos possíveis prejuízos ao servidor público submetido a jornadas de trabalho excessivas, asseverando-se a possibilidade de degradação de suas condições físicas e mentais decorrentes de questões como o repouso inadequado e a redução do tempo de alimentação e deslocamento. Afirmou, ainda, o Ministro relator, que a interpretação menos restrita para o termo compatibilidade de horários poderia até resolver problemas pontuais das áreas da saúde e educação no Brasil, suprimindo carências estruturais ou sendo utilizada como instrumento de compensação para distorções salariais, mas não contribuiria para a solução dos complexos desafios que cercam os referidos setores. Assim, paralelamente à afirmação de que a jornada máxima de 60 (sessenta) horas semanais de trabalho não pode ser aplicada para impedir indiscriminadamente a acumulação de cargos públicos, passou-se a enfatizar a necessidade de efetiva verificação da ausência de prejuízo concreto às funções do cargo, realizada caso a caso. Nesse sentido, a Corte de Contas, no acórdão referido, estabeleceu a exigência, para a regularidade da acumulação de cargos públicos com jornada superior a 60 (sessenta) horas semanais, da existência de decisão fundamentada a respeito da inexistência de prejuízos para a atividade desempenhada, com a expressa indicação da autoridade responsável pela decisão, propiciando a sua eventual responsabilização pelos danos advindos da má prestação do serviço público.

Mais recentemente, adotando a mesma linha de entendimento, consignou o TCU no **Acórdão nº 625/2014 - Plenário**¹⁰ que a mera "ausência de sobreposição de horários não é suficiente, por si só, para atestar a inexistência de prejuízos às atividades exercidas em cada um dos cargos objeto de acumulação", sendo "necessário que a instância responsável pela análise da viabilidade da acumulação verifique, junto à autoridade hierarquicamente

superior ao servidor, a qualidade e o não comprometimento do trabalho em face da extrapolação da carga horária de 60 horas semanais, fundamentando sua decisão e anexando ao respectivo processo administrativo a documentação comprobatória".

Como regra, as posteriores decisões da Corte de Contas sobre o tema se baseiam nas ponderações estabelecidas no referido Acórdão nº 1.168/2012 - Plenário, constando, entre outros, dos Acórdãos nº 1.397/2012¹¹, nº 1.627/2012¹², nº 1.678/2012¹³, nº 1.679/2012¹⁴, nº 1.681/2012¹⁵, nº 1.683/2012¹⁶, nº 1.927/2012¹⁷, nº 2.402/2012¹⁸, nº 37/2013¹⁹, nº 1.008/2013²⁰, nº 1.544/2013²¹, nº 2.544/2013²² e, ainda, dos mais atuais Acórdãos nº 3.127/2015²³ e nº 1.412/2016²⁴, todos do Plenário do TCU.

II.IV Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, no **MS 15.415 - 1ª Seção**²⁵, julgado em 13 de abril de 2011, adotou o entendimento de que a incompatibilidade de horários do servidor que acumula cargos públicos não pode ser reconhecida com base na simples verificação da soma da carga horária semanal, sendo necessária a análise da situação específica de cada servidor.

A referida decisão, sob o argumento de inexistir jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal a respeito da utilização do Parecer GQ-145 como baliza para definir a existência da compatibilidade de horários, baseou-se em precedentes dos Tribunais Regionais Federais. Segundo os julgados apontados entre aqueles proferidos pela 2ª instância da Justiça Federal, o Parecer GQ-145 cria restrição não prevista no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 ou na Lei nº 8.112/90, os quais, ao condicionar a acumulação de cargos à compatibilidade de horários, não fazem qualquer referência à carga horária máxima possível de ser assumida pelo servidor público.

Decidiu-se, portanto, que a compatibilidade de horários se caracteriza pela mera ausência de sobreposição de jornadas de trabalho, devendo exigir-se do servidor público não o respeito a determinada limitação de carga horária, mas o resultado de sua atuação profissional, sendo passível de apuração disciplinar, em processo administrativo destinado especificamente a tal fim, a conduta do servidor que desempenha de maneira insatisfatória os cargos públicos que acumula. Tal entendimento predominou no Superior Tribunal de Justiça nos anos seguintes, tendo sido reafirmado pela 1ª Seção do Tribunal no julgamento dos **MS 19274**²⁶, **MS 15663**²⁷, **MS 19776**²⁸, **MS 19264**²⁹ e **MS 19476**³⁰.

No ano de 2015, porém, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento sobre o tema, decidindo, no **MS 19336**³¹, pela ilicitude da acumulação de cargos ou empregos públicos com carga horária semanal superior a 60 (sessenta) horas. Argumentou-se, na oportunidade, que a possibilidade de acumulação de cargos públicos prevista no inciso XVI do art. 37 da Constituição de 1988 é exceção à regra geral da não acumulação, devendo ser interpretada restritivamente. Afirmou-se, ainda, a necessidade de conferir privilégio ao princípio constitucional da eficiência, observando-se a necessidade de o servidor público "estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho". Sustentou-se, por fim, a razoabilidade da jornada semanal máxima de 60 (sessenta) horas, com referência expressa à jurisprudência do TCU e ao Parecer GQ-145.

Posteriormente, ao julgar o **MS 22002 - 1ª Seção**³², o STJ reafirmou o citado posicionamento, entendendo que a acumulação de cargos prevista no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser tida como exceção, e, em consequência, receber interpretação restritiva. Conforme decidido, a limitação da carga horária semanal em 60 (sessenta) horas não esvazia a garantia constitucional prevista no mencionado dispositivo

constitucional, sendo necessário atentar para o princípio da eficiência na Administração Pública e assegurar ao servidor uma carga de trabalho que lhe garanta boas condições físicas e mentais para exercer as suas atribuições, bem como o adequado descanso no intervalo interjornadas.

Nesse mesmo sentido foi a decisão adotada no **AgRg no AREsp 415.766/RJ**³³, tendo restado consignado que "a compatibilidade de horários não deve ser apreciada com a simples ausência de choque de horários de exercício efetivo do trabalho, mas se deve ter o cuidado de garantir ao trabalhador o tempo para refeição, deslocamento e descanso necessários e suficientes para a sua adequada recuperação". Argumentou-se, na oportunidade, a necessidade de observância dos "parâmetros constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho", evitando-se o acúmulo de jornadas de trabalho exaustivas pelo servidor público e de se prestigiar o posicionamento adotado no Parecer GQ-145 e no Acórdão nº 2.133/2005 - 1ª Câmara do TCU, "uma vez que atendem ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade".

Tal linha de entendimento é a que hoje prevalece no Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se nos recentes acórdãos AgRg no AREsp 352.654/RJ³⁴, AgRg no AREsp 527.298/RJ³⁵, AgRg no AREsp 635.736/RJ³⁶, AgRg no AREsp 530.482/SE³⁷, AgRg no AREsp 313.256/RJ³⁸, AgRg no AREsp 669.253/ES³⁹, AgRg no AREsp 737.684/RJ⁴⁰, AgRg no AgRg no AREsp 736.635/SE⁴¹, AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp nº 744.887/SC⁴².

II.V Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que a compatibilidade de horários decorre da simples inexistência de sobreposição entre as jornadas de trabalho a que submetido o servidor público, considerando-se inconstitucionais as normas administrativas que impedem a acumulação de cargos públicos baseadas na limitação da carga horária.

A jurisprudência do STF tratou, em primeiro lugar, das acumulações de cargos públicos baseadas no citado § 2º do art. 17 do ADCT. Conforme visto, o referido dispositivo constitucional assegurou "o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que", quando da promulgação da Constituição de 1988, estivessem "sendo exercidos na administração pública direta ou indireta". A peculiaridade em relação a esta hipótese de acumulação reside na inexistência de menção expressa, no dispositivo do ADCT, da necessidade de compatibilidade de horários.

Tem-se, nesse sentido, que, no ano de 2005, no **RE351.905**⁴³, foi reconhecido o direito de acumular 2 (dois) cargos de auxiliar de enfermagem que já eram ocupados anteriormente à Constituição de 1988. Em razão de se tratar de carga horária superior a 65 horas semanais, o Estado do Rio de Janeiro, baseado no Decreto Estadual nº 13.042/89⁴⁴, tentou fazer com que a servidora optasse por um dos cargos. Apesar de anuir com a tese defendida pela Procuradoria do Estado, de que o § 2º do art. 17 do ADCT deveria ser interpretado em conjunto com o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988, estando a acumulação autorizada na regra constitucional transitória condicionada à compatibilidade de horários, o STF deu ganho de causa à servidora, em razão da inexistência de sobreposição entre as jornadas de trabalho a que se submetia, veja-se:

Tem razão o Estado do Rio de Janeiro ao afirmar que o dispositivo constitucional transcrito deve ser interpretado em conjunto com inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, estando a acumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. No caso dos autos, ficou comprovado na instância ordinária que não havia choque de horário

nos dois hospitais em que a recorrida trabalhava. Deve ser afastada, portanto, a alegada ofensa a esse dispositivo.

Assim, sob o ponto de vista das normas constitucionais, a recorrida preencheu todos os requisitos para a pretendida acumulação.

É lícito ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição.

Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma.

Mais recentemente, o RE 351.905 foi utilizado como fundamento para a decisão monocrática de negativa de seguimento do **AI 762427**⁴⁵, aviado pela Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de Goiás contra decisão da Justiça Federal de 2ª Instância que afirmava a inexistência "de suporte legal" e a afronta ao texto constitucional da "vedação de acumulação de cargos quando a jornada de trabalho ultrapassar 60 (sessenta) horas semanais". Com base no mesmo precedente foram também decididos o **RE 821.766**⁴⁶ e o **RE 565917-Agr**⁴⁷, ambos interpostos contra acórdãos que haviam considerado inconstitucionais as restrições sustentadas no Parecer GQ-145, além do **AI 834.334**⁴⁸, em cujo acórdão constou a afirmativa de que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, com profissão regulamentada, é garantia constitucional, desde que haja compatibilidade de horários no exercício das funções".

No **Ag.Rg no RE 633.298**⁴⁹, 14/02/2012, em que se discutiu a acumulação de 2 (dois) cargos de técnico em radiologia, os quais, por razões de saúde do trabalhador, o art. 14 da Lei nº 7.394/82 impõe o limite de carga horária de 24 horas semanais, registrou, novamente, o STF, que a sua orientação jurisprudencial "no sentido de que a acumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, nos termos do art. 37, XVI, c, da Constituição, está condicionada apenas à existência de horários compatíveis entre os cargos exercidos", afastando-se "o argumento de que a existência de norma infraconstitucional que estipule limitação de jornada semanal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à acumulação permitida pela Carta Maior".

Entre as mais recentes decisões do STF sobre o tema podem ser citados o **ARE 995790**⁵⁰, quando, invocando como precedente o ARE 859.484-AGR⁵¹, afirmou-se que a "jurisprudência firmada por esta Corte" é "no sentido de que é autorizada a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro, técnico ou científico, quando há compatibilidade de horários no exercício das funções, não podendo a norma infraconstitucional estipular limitação de jornada semanal como óbice ao direito à acumulação previsto no art. 37, XVI, c, da Constituição", e o **RE 925377**⁵², no qual o Ministro Teori Zavaski, em decisão monocrática, deu provimento a recurso extraordinário interposto contra decisão do STJ proferida no AgRg no AREsp 669.253/ES⁵³ para declarar a ilegalidade da acumulação de cargos públicos com carga horária de 70 (setenta) horas semanais, "ultrapassando a limitação de 60 horas estabelecida pelo Parecer da AGU n. 145, o que é destituído de razoabilidade".

II.VI Doutrina

Assim como na jurisprudência, a matéria em análise é objeto de controvérsia entre os doutrinadores que sobre ela se debruçaram. Ressalte-se, em primeiro lugar, o entendimento de **Valerio Mazzuoli e Waldir Alves**⁵⁴, que, considerando a acumulação de cargos como um

direito do servidor, estabelecido em norma constitucional de eficácia plena, assim se manifestam:

"Não há previsão constitucional, tampouco legal, de número máximo de carga horária semanal como previsão *in abstracto* para se averiguar a compatibilidade de horários, a qual "deve ser entendida como horários conciliáveis, ou seja, que não prejudiquem a regular prestação do necessário serviço público desempenhado". Em outras palavras, sendo os horários comprovadamente compatíveis, não há que se criar limites de horários (v.g., de trabalhar o servidor o máximo de 60h semanais, como já pretendeu a AGU em parecer sem qualquer fundamento constitucional...), a fim de cercear o servidor do direito que lhe garante o texto constitucional em vigor.

Frise-se, de antemão, que o ônus da prova da incompatibilidade de horários em situação de acumulação de cargos constitucionalmente autorizada jamais pode incumbir ao servidor, mas sim à Administração Pública. Também, é necessário deixar claro, desde logo, que a regra da compatibilidade de horários rege-se pelo princípio da verdade real, ou seja, pelo princípio segundo o qual é vedado à Administração utilizar-se de somatórias abstratas - como, v.g., dizer que é impossível trabalhar dois turnos de 8h por dia, por conta de um possível desgaste ou prejuízo à saúde do servidor, fator que não cabem à Administração regular - para impedir ao servidor o exercício do direito que a Constituição expressamente lhe assegura.

Destaque-se, por fim, que é de competência exclusiva do órgão de pessoal a fiscalização do fiel cumprimento dos respectivos horários.

(...)

A incompatibilidade de horários entre os dois cargos públicos cumulados pode dar-se de várias maneiras. A primeira ocorre quando há sobreposição dos horários de trabalho do servidor. Por exemplo, se o servidor trabalha até às 19h num cargo e obrigatoriamente deve estar fisicamente no outro às 18h, a princípio há incompatibilidade de horários. Assim, se o servidor bate o ponto no segundo trabalho às 18 h, significa que trabalhou 1h a menos no primeiro, configurando-se a incompatibilidade; poderá o servidor, entretanto, compensar o período de 1h em questão trabalhando além do horário inicialmente estabelecido, ou mesmo trabalhando durante o período de intervalo e, até, por outra forma de compensação.

A segunda hipótese de incompatibilidade tem lugar quando se torna extremamente difícil (ou, em alguns casos, até mesmo impossível) o servidor locomover-se de um local ou outro em tempo hábil para assumir os seus afazeres. Assim, ocorrerá esta hipótese de incompatibilidade de horários quando o servidor, v.g., tiver que trabalhar até às 18h na cidade de São Paulo e ter que lecionar em Ribeirão Preto às 19h. À evidência que não se conseguiria sair do trabalho às 18h e percorrer 313 km até a outra cidade em menos de 1h (mesmo contando com o transporte aéreo, tendo em vista o tempo de ida ao aeroporto, embarque, etc.).

Não haverá incompatibilidade de horários se, no contexto de uma cidade de porte médio, como Cuiabá, Goiânia, Natal ou Teresina, o servidor dispuser, v.g., de 15 ou 20 minutos para chegar de um local ao outro, quando o tempo for suficiente para realizar o traslado (de automóvel, motocicleta, ou até mesmo a pé, dependendo da distância). Assim, a análise da compatibilidade de horários nesses casos deve ser analisada com cautela. Seja como for, nunca é demais lembrar que o ônus de provar a

incompatibilidade de horários cabe à Administração Pública, jamais ao servidor.”

No mesmo sentido é o entendimento de **Fabrizio Motta e Luciano Ferraz**⁵⁵, que corroboram a tese da acumulação de cargos públicos como direito constitucional do servidor e rechaçam o estabelecimento de presunção absoluta em favor da impossibilidade de cumprimento de carga horária de trabalho superior a 60 (sessenta) por semana, veja-se:

“No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, prevaleceu até recentemente o entendimento contrário ao Parecer GQ 145 da Advocacia-Geral da União. Porém, a partir do julgamento pela 1ª Seção do MS 19.336/DF, DJe 14.10.2014, a orientação alinhou-se à antiga posição do TCU, no sentido de que ‘a acumulação de cargos constitui exceção, devendo ser interpretada de forma restritiva, de maneira a atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Desse modo, revela-se coerente o limite de 60 (sessenta) horas semanais, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. É limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do art. 37, XVI, da Constituição Federal’.

A nova posição do STJ, com o devido respeito, não se afigura adequada, sendo que o próprio TCU (cuja antiga orientação é citada como alicerce do *leading case* no STJ) já reviu seu posicionamento sobre o tema. A atual jurisprudência do TCU, acertada, registra a necessidade de apuração da compatibilidade caso a caso. Havendo extrapolação da carga horária de sessenta horas semanais, a instância responsável pela análise da viabilidade da acumulação deve verificar, junto à autoridade hierarquicamente superior ao servidor, a qualidade e o não comprometimento do trabalho, fundamentando sua decisão e anexando ao respectivo processo administrativo a documentação comprobatória.

Discorda-se, com efeito, da orientação do STJ, pelos seguintes fundamentos: (a) o STJ partiu de uma presunção, a de que a jornada de trabalho superior a 60 horas semanais afronta o princípio constitucional da eficiência, para concluir pela incompatibilidade de horário. Essa presunção não pode ser uma presunção absoluta, admitindo, portanto, prova em contrário; (b) não existe norma constitucional ou legal que estabeleça essa presunção de impossibilidade de acumulação de cargos quando a jornada somada seja superior a 60 horas; (c) a acumulação, embora seja uma exceção, é um direito constitucionalmente assegurado ao servidor, que tem a prerrogativa de comprovar que é capaz de desempenhar ambos os cargos cumulativamente, sem prejuízo do correto exercício de suas funções.”

Ivan Barbosa Rigolin⁵⁶ parece também entender a compatibilidade de horários como ausência de sobreposição de horários, conforme se extrai da passagem que se segue:

“Pelo § 2º, qualquer acumulação de cargos dentro da União, ainda que constitucional e portanto legalmente permitida, ficará sempre sujeita a comprovação de horários compatíveis, ou seja: a de que o horário de um cargo não se sobrepõe nem interfere no horário de outro, permitindo ao servidor desempenhar ambos sem a necessidade de estar em dois lugares ao mesmo tempo, exercitando uma bilocação que muitos teólogos afirmam ser apanágio exclusivo de Santo Antônio, e não dos demais mortais.

É evidente que, em se sobrepondo os horários de dois cargos públicos, um dos dois haverá necessariamente de ser lesado com o exercício cumulativo pelo mesmo servidor, o que constitui evidente e grave irregularidade, com necessária lesão ao erário.”

Sobre a questão da compatibilidade horária de servidor público, e muito coerentemente, assim já decidiu o TRF-5ª Região: “É incompatível a jornada de trabalho de 40 horas semanais em acumulação com outros empregos onde a funcionária dá plantões noturnos de 12 horas. Com apenas duas horas para repouso noturno e alimentação, não se concebe a compatibilidade sem prejuízo da prestação de serviço. - Constatada a acumulação, cabe à administração decidir pela redução ou não da jornada de trabalho, de acordo com o interesse do serviço” (MAS n. 1326-PB, 2ª Turma, DJ, 16-8-1991).

Por outro lado, não se pode deixar de citar a lição de **Cármem Lúcia Antunes Rocha**⁵⁷ que, apesar de não tratar especificamente da questão da compatibilidade de horários, apresenta visão diferenciada, muito mais restritiva, a respeito da possibilidade de acumulação de cargos prevista na Constituição de 1988. A atual Presidente do STF defende que, em se tratando de exceção, deve a acumulação de cargos públicos ser interpretada restritivamente. Sustenta, ainda, que o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 apenas admite a acumulação de cargos públicos nas hipóteses que descreve, cabendo à Administração Pública, com base na ponderação dos interesses em jogo, decidir, no caso concreto, sobre a pretendida acumulação. Veja-se:

“Sendo a regra a incompatibilidade dos cargos e empregos públicos, fundamenta-se nos princípios acima referidos [igualdade jurídica dos administrados, moralidade e eficiência] e haverá de receber interpretação sempre restritiva quanto às exceções que nela se definam. Honra-se, assim, o princípio hermenêutico segundo o qual se interpreta restritivamente norma na qual se contenha uma exceção.

Pela incompatibilidade busca-se afastar privilégio de um ou outro, o favoritismo na eleição de ocupantes de cargos públicos, a racionalidade na escolha e na atribuição das funções, de tal modo possam elas se desenvolver a contento.

(...)

Para permitir as exceções tidas como necessárias, mas sem deixar em aberto a criação de novas hipóteses que poderiam servir de gaza antijurídica, em vez de ser apenas uma chave do Direito para melhor atender às exigências públicas, é que o constituinte de 87/88 exauriu os casos em que se podem permitir as acumulações de cargos, funções e empregos públicos. Note-se: a Constituição não determina que ali haja a acumulação: permite apenas que, diante do caso oferecido ao administrador público, ele possa, verificando a causa social e o interesse da coletividade, vir a autorizar e a proceder a nomeações que impliquem a duplicação de vínculo jurídico com um mesmo servidor. Por isso que é uma possibilidade constitucionalmente acolhida no sistema é que põe na norma os únicos casos que admitem a excepcional condição administrativa, sendo inconstitucionais quaisquer comportamentos, legislativos, constituintes estaduais ou administrativos, que superem os estritos limites da exceção constitucional.”

Por fim, devem ser mencionados 2 (dois) artigos, subscritos, o primeiro, por Procuradora do Estado do Rio de Janeiro e, o segundo, por Procurador do Estado do Espírito Santo, que defendem a adoção de parâmetros fixos, como o eleito no Parecer GQ-145 e no Decreto nº 13.042/89, do Estado do Rio de Janeiro, para nortear a atuação administrativa

referente à carga horária máxima para a acumulação de cargos públicos. Estas as passagens que nos interessam dos trabalhos referidos:

“Ao determinar a carga horária semanal máxima como de 65 horas semanais, o Decreto 13.042/89, no legítimo exercício do poder regulamentar, estabeleceu os contornos da locução ‘compatibilidade de horários’ - inequívoco conceito jurídico indeterminado.

Houve, assim, uma ponderação realizada pelo próprio administrador público entre o princípio constitucional da eficiência administrativa, de um lado, e o direito à acumulação de cargos públicos, de outro. Trata-se, pois, de fixação, através do poder regulamentar, de interpretação administrativa.

(...)

Observe-se que os precedentes em torno do tema, em regra, não chegam a enfrentar se os limites de 60 horas semanais, em âmbito federal, ou 65 horas, como no Estado do Rio de Janeiro, revestem-se de razoabilidade. Rechaça-se, pura e simplesmente, a própria possibilidade de os entes federativos editarem decretos para disciplinar a matéria. E passa-se a exigir que os entes referidos aparelhem a máquina estatal para - em cada caso isolado de acumulação, a partir do confronto entre as folhas de ponto do servidor - verificarem se está ou não havendo conflito de horários.

Além de o Poder Judiciário estar se imiscuindo na seara da própria organização administrativa, como já se sustentou aqui, o princípio da eficiência resta vulnerado. Afinal, a Administração perde a prerrogativa de, pautada em padrões de razoabilidade, estabelecer a carga horária máxima de seus servidores. Passa-se aos riscos do casuismo, apto a produzir toda a ordem de consequências.

(...)

Portanto, contrariamente ao entendimento que se vem formando em torno do tema, a Administração de "resultados" pressupõe o uso de standards racionais e razoáveis, e não de simples casuísmos. Verificando-se, pois, conforme será descrito no item seguinte, que os parâmetros de 60 e 65 horas semanais trabalhadas para fins de acumulação mostram-se adequados, ambos devem ser plenamente dotados de juridicidade.

Ademais, não existe um direito absoluto à acumulação de cargos públicos, pelo que não há óbice a que o requisito da "compatibilidade de horários" seja interpretado no sentido de que o servidor público deva respeitar o limite máximo de horas estabelecido via poder regulamentar.”

(OLIVEIRA, Maurine Morgan P. A acumulação remunerada de cargos públicos: a compatibilidade de horários e o poder normativo da Administração Pública. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 50-64, maio 2015.)

“As acumulações em geral são nocivas, em razão do risco de prejuízo aos princípios da eficiência, moralidade e igualdade, entre outros, os quais são os pilares da regra da inacumulabilidade. O princípio da eficiência deve ser buscado na maior medida possível, o que seria comprometido no caso de assunção de várias funções por um servidor, sendo duvidoso que sejam todas as atribuições executadas com excelência. A acumulação de autoridade, prestígio, influência e outros benefícios indiretos não é saudável ao Estado Democrático de Direito, daí o risco de ofensa ao princípio da moralidade, que resultaria (na maioria das vezes) comprometido. O princípio da igualdade, na acepção de garantia de idêntica oportunidade de acesso aos cargos públicos, funciona como

fundamento da proibição, em virtude da necessidade de evitar-se que afortunados angariem expressivo número de cargos.

(...)

Nessa ordem de ideias, tem-se sempre asseverado que as hipóteses de cumulação permitida devem receber interpretação restritiva, preferindo-se, em caso de dúvida invencível, a interpretação que evite o privilégio de acumular, ou seja, dever-se-á evitar a ampliação das noções decorrentes dos termos empregados nos casos de permissão.

(...)

Nota-se inclinação da jurisprudência pela invalidade de decreto (ou mesmo de outro ato infralegal) que fixe limite máximo de horas trabalhadas por semana para o fim de impedir a acumulação, se não se encontrar o servidor em situação de choque de horários nos dois cargos. Vê-se, aí, tendência em que o conceito constitucional de compatibilidade de horários seja tomado de modo restrito, como simples não superposição de jornadas. Sem embargo, tomando-se como exemplo o limite (mais restritivo) de 60 (sessenta) horas semanais, tem-se que corresponde a uma jornada de 12 (doze) horas diárias multiplicada por 5 (cinco) dias de trabalho. Por certo, acumulação de trabalho em tempo muito superior a esse só seria possível caso não atendidas as responsabilidades dos postos de trabalho ou se negligenciada a própria saúde do servidor, o que não se pode admitir, até sob pena de interpretação dessa estirpe violar o princípio da razoabilidade. Apreendido esse pensamento, o decreto (ou outro ato) que fixe limite máximo de horas por semana não é inconstitucional ou ilegal, não merecendo aplausos a orientação que toma corpo na jurisprudência.”

(ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Considerações a respeito da acumulação de cargos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, ago. 2012.)

II.VII Revisão do Parecer GQ-145

O tema da compatibilidade de horários para a acumulação de cargos públicos é dos mais controvertidos em nosso Direito Administrativo. Prova disso é a diversidade de opiniões que se encontra na doutrina a respeito do assunto e, especialmente, a hesitação observada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, que, em curto espaço de tempo, adotaram entendimentos diametralmente opostos sobre a matéria.

Vários são os argumentos que podem ser invocados a favor da restrição da jornada de trabalho a que se submetem os servidores que, nos termos do art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988, acumulam cargos públicos, a exemplo da regulamentação que consta do Parecer GQ-145. Com efeito, a política de limitação da duração do trabalho tem como objetivo precípuo a garantia de condições dignas ao trabalhador, preservando sua saúde e a segurança do local de trabalho e permitindo a harmonização de sua ocupação profissional com sua vida familiar e afetiva. Trata-se, portanto, da realização de valores estruturais de nosso sistema constitucional, a partir dos quais devem ser entendidos todos os demais termos do Ordenamento Jurídico vigente.

A especial ênfase conferida pela Constituição de 1988 às políticas de saúde, notadamente de saúde do trabalhador e de prevenção de acidentes do trabalho, bem como à garantia das condições mínimas para o lazer e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo na família e na comunidade, se constata do considerável número de dispositivos que dedica ao assunto, a exemplo dos que se seguem:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

(...)

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A respeito da redução da carga de trabalho semanal, Maurício Godinho Delgado⁵⁸ adverte tratar-se de medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral, não mais se caracterizando como estritamente econômicas as normas que dispõem sobre o assunto, mas como normas de saúde pública. O autor sustenta a existência de vinculação direta entre o alongamento e a concentração da jornada de trabalho e os riscos à saúde no ambiente do trabalho, veja-se:

É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições interna de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa. Do mesmo modo que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrências de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada "infelizmente do trabalho".

A decisão adotada na Constituição de 1988, especialmente em seu art. 7º, inciso XIII, c/c art. 39, §3º, de garantir ao trabalhador e, mais especificamente, ao servidor público jornada de trabalho com duração máxima de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, está alinhada com as diretrizes da Organização Internacional do Trabalho - OIT,

que, em relatório publicado no ano de 2009, aponta como insalubre o trabalho em jornada regular de 50 (cinquenta) horas semanais⁵⁹. Atualmente, a OIT mantém em vigor a Recomendação nº 116, de 1962, que determina a jornada de trabalho de 40 horas semanais como "um padrão social a ser alcançado".

Os limites à jornada de trabalho vem sendo objeto de atenção, também, no plano do Direito Internacional, que caracteriza a duração razoável do trabalho e, ainda, o direito ao descanso e ao lazer como Direitos Humanos. Nesse sentido, encontram-se os seguintes documentos internacionais:

Artigo 24º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.

Artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

(...)

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

(adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.)

Artigo 7º do Protocolo de São Salvador.

Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, equitativas e satisfatórias, para que esses Estados garantirão em suas legislações internas, de maneira particular:

(...)

g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

(Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluído em 17 de novembro de 1988 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.)

O que se pretende esclarecer com tais considerações é que, abandonando-se interpretação isolada do art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 em prol de uma leitura mais ampla das diretrizes constitucionais vigentes, bem como dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional, seria possível concluir pela razoabilidade das decisões administrativas que impõem limitações de jornada de trabalho aos servidores públicos que se beneficiam das excepcionais hipóteses de acumulação lícita de cargos públicos. Com efeito, a Constituição de 1988 nos oferece, especialmente, em seu art. 7º, inciso XIII, parâmetros razoáveis para a limitação da jornada a que se deve submeter o trabalhador em geral, aí incluído o servidor público, sendo contraditória a seus princípios fundamentais a imposição de jornadas de trabalho degradantes, que sejam capazes de comprometer a saúde do indivíduo e o tempo mínimo necessário para o seu repouso, alimentação, higiene, deslocamento, lazer e convivência familiar.

Outra linha de argumentação pertinente à discussão diz respeito ao princípio da eficiência do serviço público, que é utilizado, inclusive, como fundamento do posicionamento que o STJ hoje ostenta sobre a matéria. Trata-se, resumidamente, de trazer à ponderação o fato de que o servidor público que se sujeita a carga horária de trabalho

excessiva tem, naturalmente, seu rendimento diminuído, acarretando potencial prejuízo ao funcionamento das estruturas administrativas nas quais inserido. Nesse sentido, seria de se considerar razoável e proporcional a limitação em 60 (sessenta) horas da carga horária de trabalho semanal do servidor público, preservando-se, de tal forma, além do interesse público, a excepcional possibilidade de acumulação de cargos públicos prevista constitucionalmente.

Nada obstante, a melhor orientação a ser dirigida à Administração Pública Federal no presente momento é a que se extrai da jurisprudência do STF e do TCU, segundo a qual a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público interessado, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação com padrão estabelecido em ato infralegal. Nos termos do entendimento referido, a Constituição de 1988, ao definir as hipóteses de acumulação de cargos públicos, não estabeleceu qualquer limite de carga horária, orientação que foi seguida pela legislação ordinária. Assim, carece de fundamento legal a decisão administrativa que veda a acumulação de cargos públicos com base em presunção absoluta de incompatibilidade de horários decorrente da mera extrapolação de carga horária prevista abstratamente.

A corroborar tal entendimento, tem-se que o legislador ordinário, nas hipóteses em que decide pela necessidade de limitação das atividades profissionais dos servidores que exercem determinadas funções públicas, vem sujeitando-lhes a regimes diferenciados, a exemplo dos regimes de dedicação exclusiva das Instituições Federais de Ensino e das Agências Reguladoras. A eventual definição da carga horária máxima passível de ser assumida pelos servidores públicos dedicados a determinadas funções ou postos de trabalho, portanto, é matéria reservada à lei, cabendo ao Congresso Nacional a regulamentação do requisito constitucional da compatibilidade de horários de que ora se trata.

É importante ressaltar, porém, que a mera inexistência de sobreposição de horários não é suficiente, por si só, para atestar a licitude da acumulação de cargos, cabendo a cada um dos órgãos e entidades públicos envolvidos a efetiva verificação da ausência de prejuízo às atividades exercidas em ambos os vínculos com a Administração Pública, bem como do cumprimento da carga horária prevista. É recomendável, ademais, em razão do entendimento que vem sendo sustentado pelo TCU, que a decisão que autoriza a acumulação de cargos públicos com jornada total superior a 60 (sessenta) horas seja juntada ao processo respectivo com todos os seus fundamentos e acompanhada da documentação comprobatória pertinente, além da expressa indicação da autoridade responsável pela autorização.

Deve-se registrar, ainda, que um dos pontos que deve constar da decisão de autorização da acumulação de cargos públicos é a conclusão quanto à viabilidade do deslocamento entre as sedes de ambas as unidades administrativa a que vinculado o servidor interessado. A compatibilidade de horários somente poderá ser reconhecida nos casos em que seja possível o deslocamento regular do servidor público a tempo de cumprir com exatidão todas as suas obrigações funcionais, aplicando-se ao mesmo idêntico controle de horário e de desempenho que aplicável aos demais servidores.

A prova da ausência de sobreposição de horários deve ser apresentada e submetida à análise da Administração Pública pelo servidor interessado na acumulação, no prazo fixado para a posse no cargo ou emprego público respectivo. Admitida a acumulação e iniciado o exercício pelo servidor, competirá à Administração Pública avaliar periodicamente se, concretamente, a carga horária a que se encontra submetido compromete ou não o regular

exercício de suas atribuições funcionais, decidindo sobre a possibilidade de manutenção da acumulação de ambos os vínculos com o serviço público.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de revisão do Parecer GQ-145, conforme o rito do art. 40 da Lei Complementar 73/93⁶⁰, adotando-se o entendimento de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988. Deve, assim, a compatibilidade de horários a que se refere o referido dispositivo constitucional, ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

II.VIII Eficácia prospectiva da nova interpretação e preservação das decisões administrativas regularmente adotadas com base no Parecer GQ-145

Conforme visto, a controvertida questão do requisito constitucional da compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos, previsto no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988, foi equacionada no âmbito do serviço público federal pelo Parecer GQ-145. Tendo sido o referido opinativo aprovado pela Presidência da República, o entendimento nele adotado vigorou com efeitos vinculantes para todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal desde o ano de 1998, regulando, com efeitos gerais e abstratos, a totalidade das situações jurídicas a que se refere.

As soluções dadas aos casos de acumulação de cargos públicos baseadas no GQ-145, norma regulamentar aplicável à época, constituem-se em ato jurídico perfeito, sendo inalcançáveis pela nova regulamentação em razão, sobretudo, do princípio constitucional da segurança jurídica, derivação do próprio princípio do Estado de Direito e expresso na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), sob dois aspectos fundamentais.

O primeiro aspecto do princípio da segurança jurídica, de ordem objetiva, aproxima-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei, e versa sobre critérios de interpretação das normas administrativas, vedando objetivamente a aplicação retroativa de nova interpretação, in litteris:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Ainda por este prisma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹ afirma que as leis, em razão do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. Porém, não se ignora a possibilidade de mudança de orientação pela Administração Pública, o que provoca, por consequência lógica, certa insegurança jurídica na medida em que os

interessados desconhecem o momento em que sua situação poderá ser alterada pela própria Administração. Nesse cenário, não se admite que os direitos e as obrigações, sejam dos administrados, sejam da Administração Pública, permaneçam flutuando ao sabor de interpretações variáveis no tempo, justificando-se aí a regra que veda a aplicação retroativa da nova interpretação jurídica.

Nesta mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça já fixou o entendimento de que, ocorrendo nova interpretação administrativa, esta vinga para as situações que se consolidarem posteriormente, nos moldes da Lei nº 9.784/99, conforme espelhado no seguinte precedente⁶², dentre outros:

No caso em questão, dúvida alguma há que está sendo dada nova interpretação administrativa para o âmbito da Justiça do Trabalho, no bojo de processo administrativo, pelo que essa interpretação que agora se propõe deve gerar apenas efeitos para as futuras remoções, de molde a que os tribunais possam efetuar o correto planejamento orçamentário a fim de prever despesas de ajuda de custo nas remoções, de molde, pois entender o contrário implicaria em descumprir preceito legal (Lei 9784/99). Acredito, portanto, que é imperativo que esse Conselho reconheça que caso essa lei é norma de aplicação obrigatória, o que implica vedar qualquer efeito patrimonial nas remoções pretéritas...

Já o segundo aspecto evidencia o espectro subjetivo do instituto da segurança jurídica, qual seja, o princípio da proteção à confiança ou da confiança legítima, e estabelece inovadoramente prazo decadencial de cinco anos para os atos administrativos ablativos de direito, salvo comprovada má-fé:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

O citado dispositivo legal é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela), conforme classicamente se reconhece, não raras vezes esta revisão, pode não ser realizada a tempo e modo, seja porque se desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião, de forma que se permite que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, consolidem-se, tornado-se, pois, merecedores da salvaguarda do ordenamento jurídico⁶³.

Neste ponto, tem-se que, se o referido dispositivo da Lei nº 9.784/99 reveste-se em segurança jurídica a favor do administrado, verifica-se, também, na legislação ordinária, mais especificamente no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, a existência de prazo quinquenal para o servidor solicitar a revisão de sua situação funcional. Em outras palavras, o sistema jurídico apresenta-se em sua dualidade e aponta para a segurança jurídica para as relações como um todo.

Desta feita, e tendo-se como imperativo a superação do entendimento exposto no Parecer GQ-145, cumpre apontar, por derradeiro, os mecanismos hábeis para tal mister, utilizando-se, para tanto, e de forma subsidiária, a novel sistemática de precedentes trazida pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 15, *in litteris*:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Abraçando a doutrina do *stare decisis*⁶⁴ dos países de tradição *decommom law*, por meio da edição do Novo Código de Processo Civil, o Direito brasileiro percebeu a

importância de se ter uma coerência e previsibilidade das decisões judiciais que são tão necessárias à própria estabilidade do Direito, de forma que não se pode admitir que situações juridicamente idênticas tenham um desfecho tão distinto dado pelos corpos decisórios.

Segundo Elpídio Donizetti⁶⁵, o *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. Ainda de acordo com o autor, a existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

Não obstante, revela-se que essa procura de estabilidade sistêmica há muito inspira o Direito brasileiro, que buscava suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, para tal tarefa, sucedâneos normativos ao *stare decisis*, a exemplo do controle abstrato de normas, ADIn interventiva, ADC, súmulas vinculantes, competência dada ao Senado para suspender em todo ou em parte parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário⁶⁶ e, pela mesma lógica jurídica, os Pareceres Vinculantes aprovados pelo Presidente da República. Entretanto, seja pela via normativa ou pelos mecanismos de estabilidade do *stare decisis*, os entendimentos firmados não podem e nem devem possuir caráter absoluto e atemporal.

Voltando-se à sistemática do *stare decisis*, é imperioso ressaltar que a formação do precedente ocorre apenas pela razão de decidir do julgado, ou seja, pela sua *ratio decidendi*. Noutros termos, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

Neste diapasão, para que haja correta aplicação do precedente judicial ao caso concreto, competirá ao julgador a função de conferir se a demanda sob julgamento encontra similitude com o precedente, devendo-se analisar os elementos objetivos da demanda em comparação aos elementos caracterizadores dos casos antecedentes, por meio da utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguishing*) e de técnicas de superação (*overruling* e *overriding*), as quais merecem algumas considerações.

Quanto ao *distinguishing*, observa-se que se trata de um método de confronto "pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma"⁶⁷. Assim, se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá ater-se à hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior.

Já o *overruling* é o procedimento por meio do qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra *ratio decidendi*. É técnica de superação do precedente e não apenas de aplicação, interpretação ou confronto de decisões judiciais. À semelhança da revogação de uma lei por outra, pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o órgão julgador manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito⁶⁸.

Esclarece-se, por pertinente, que a superação de um precedente justifica-se, à medida que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam

a mudança no sentido interpretativo nas normas. Assim, por mais que se almeje do sistema jurídico soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar o teor das razões de decidir nas decisões prolatadas, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento⁶⁹.

Por tais razões é que a doutrina - amparada nas teorias norte-americanas - propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço, conforme aqui já mencionado, tem-se o chamado *overruling*, técnica que se difere do *distinguishing*, à medida que este se caracteriza pela conformação do caso à *ratio decidendi*, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

Ainda segundo Elpídio Donizetti, por intermédio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, há que se construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

Por fim, quanto aos efeitos da nova *ratio decidendi*, o próprio CPC, em seu art. 927, elenca as regras para efeito temporal do precedente, superação e distinção. Debruçando-se sobre o supracitado dispositivo legal, verifica-se que vige o entendimento de que a nova interpretação aplica-se aos casos ainda em tramitação, valendo, portanto, a regra *tempus regit actum*. Por outro lado, aqueles casos que já tenham sido decididos sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada⁷⁰ ou, por analogia, do ato jurídico perfeito, categoria na qual se enquadram as decisões administrativas que aplicaram o entendimento vinculante constante do Parecer GQ-145, imodificáveis, ademais, em razão da norma constante do já mencionado inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

Esclarece-se, ainda, que, como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos (art. 927, § 3º). Todavia, essa modulação tem efeitos para as decisões futuras, não sendo possível falar-se em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial⁷¹ ou violação ao ato jurídico perfeito.

Portanto, preservadas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação vigente à época, estejam ou não submetidas à reapreciação judicial, conclui-se pela superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer GQ-145 **com eficácia prospectiva**, orientando-se a Administração Pública Federal, vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor, a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

Importa registrar que o entendimento ora sustentado já foi adotado pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CPPAD, no PARECER n. 00001/2016/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, ainda pendente de aprovação no âmbito desta Consultoria-Geral da União.

II.IX Aplicação do limite de 60 horas aos servidores legalmente autorizados a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo

Em razão de ter o Parecer GQ-145 recebido, à época de sua edição, a aprovação da Presidência da República, nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73/93, o entendimento proposto no item anterior somente entrará em vigor caso seja aprovado pela mesma instância do Poder Executivo federal. Faz-se necessária, portanto, por medida de precaução, a análise da segunda questão submetida a esta CNU/CGU, definindo-se se o limite de 60 (sessenta) horas para a acumulação de cargos se refere à jornada abstrata dos cargos públicos ou à jornada efetivamente exigida do servidor.

Trata-se, conforme visto, de controvérsia apontada pela CONJUR/MS, tendo em vista as hipóteses de servidores regularmente autorizados a realizar jornada de trabalho reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, sem redução da remuneração, a exemplo do que autoriza o Decreto nº 1.590/95. A problemática encontra-se devidamente equacionada no já mencionado Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, no qual concluiu a CONJUR/MP, com base em leitura precisa do Parecer GQ-145, pela prevalência, para a finalidade destacada, da carga horária efetivamente exigida do servidor. Esse o teor do opinativo:

“5. No que concerne inicialmente ao primeiro questionamento, é preciso compreender a situação. Uma eventual diferença entre a Carga Horária do Cargo e a Jornada efetivamente cumprida pode decorrer de três situações, sendo a resposta distinta a depender de qual está presente no caso. São elas:

- a) Existência de Ato Administrativo regular, fundamentado em Normativo específico que permite a modificação da jornada do cargo para uma jornada distinta excepcional (caso, por exemplo, do artigo 3º do Decreto nº 1590/95);
- b) Mera Tolerância da chefia imediata (Art. 7º do Decreto nº 1590/95);
- c) Descumprimento irregular, pelo servidor, da jornada de trabalho.

6. No primeiro caso, respondendo inclusive o questionamento da alínea "d" supra, a jornada a ser considerada é a resultante da mudança empreendida e não a jornada original do "cargo". No momento em que a Legislação abarca e legitima a exceção, em especial em sendo o mesmo decreto que prevê a carga horária básica de 40 horas, esta passa a ser autônoma em relação à regra principal. Em outras palavras, o cargo/função/emprego específico daquele agente público sob regime excepcional passa a ser de 30 horas, sendo essa a carga horária a ser considerada.

7. Tal conclusão é corroborada com a leitura do Parecer nº GQ-145/1998. Todo o parecer baseou-se na premissa de que seria faticamente impossível trabalhar de forma adequada por 80 horas, haja vista as necessidades biológicas do corpo humano. A compatibilidade de horários se centrou em uma análise fática, ainda que em caráter geral. Por isso, caso a jornada do mundo dos fatos, em situação autorizada e legitimada pela legislação, seja distinta da jornada a que normalmente se submete o ocupante de referido cargo público, deve prevalecer a jornada efetiva, excepcional.

8. Ressalte-se, apenas, que, em se tratando de exceção, a concessão de tal regime especial deve se cingir à hipóteses previstas na legislação e deve ser precedida de justificativa robusta demonstrando tanto a presença dos requisitos normativos de que esta seria a opção mais eficiente (considerando eficiência não só como produtividade, mas também como vedação ao desperdício) a ser tomada no caso. Não se deve banalizar tal possibilidade utilizando-a apenas como forma de evitar a carga horária máxima de 60 horas.

9. No entanto, se a diferença entre a jornada esperada e a efetiva resultar de abonos ou de tolerância da chefia imediata, o referencial a ser considerado é o da Jornada Esperada (Carga Horária do Cargo). É que, ainda que haja a tolerância, ainda assim se presume que o servidor está, pelo menos, a disposição do respectivo órgão ou entidade pela integralidade da Carga Horária Prevista. Considerando que o costume não é apto a modificar, dessa forma, o regime jurídico do servidor, a tolerância da chefia imediata representa um irrelevante jurídico.

10. Por fim, se a diferença entre a jornada efetiva e a jornada prevista for irregular, então a solução é a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para aplicação das penalidades respectivas, não sendo possível sequer vislumbrar qualquer possibilidade remota de essa conduta mudar, ainda que minimamente, os parâmetros para aferição da compatibilidade de horários. O Servidor não pode se beneficiar de sua própria torpeza.”

Assim sendo, é de se recomendar, na mesma linha do posicionamento adotado pela CONJUR/MP no Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, a adoção do entendimento de que, para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor.

III. CONCLUSÃO

De todo o exposto, nos termos da fundamentação retro, sugere-se seja promovida a revisão do Parecer GQ-145, conforme o rito do art. 40 da Lei Complementar 73/93, adotando-se o entendimento de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, inciso XVI e XVII, da Constituição de 1988. Deve, assim, a compatibilidade de horários a que se refere o referido dispositivo constitucional, ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Recomenda-se, ainda, sejam concedidos efeitos prospectivos à superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer GQ-145, orientando-se a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor. Devem manter-se inalteradas, portanto, as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial.

Aprovado o presente parecer pela Presidência da República, deve ser dada ciência de seu inteiro teor ao órgão central do SIPEC, recomendando-lhe, a bem da uniformidade da atuação dos órgãos e entidades sob sua supervisão, que estabeleça parâmetros para orientar e fundar as futuras decisões administrativas de admissão ou inadmissão de acumulação de cargos públicos no âmbito da Administração Pública Federal.

Sugere-se, por fim, que, enquanto não modificado o Parecer GQ-145, ou no caso de não vir a sê-lo, seja adotado o entendimento, na mesma linha do Parecer nº 0961-

2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, da CONJUR/MP, de que, para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor.

À consideração superior.

Brasília, 29 de março de 2017.

Rafael Figueiredo Fulgêncio
Relator

Victor Ximenes Nogueira
Presidente da CNU/CGU

André Luís Rodrigues de Souza
Advogado da União

Arthur Porto Carvalho
Advogado da União

Bruno Andrade Costa
Procurador Federal

Carlos Freire Longato
Advogado da União

Joaquim Modesto Pinto Júnior
Advogado da União

Luiz Palumbo Neto
Advogado da União

Lyvanceles Bispo dos Santos
Advogado da União

Manoel Paz e Silva Filho
Advogado da União

Maria Vitória Barros e Silva Saraiva
Advogada da União

Priscila Cunha do Nascimento
Advogada da União

Rafael Magalhães Furtado
Advogado da União

Ronny Charles Lopes de Torres
Advogado da União

Teresa Villac Pinheiro
Advogada da União

¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.68.

² Acórdão 533/2013, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, Primeira Câmara, julgado em 25/03/2013.

³ Acórdão 2.860/2004, Rel. Min. Guilherme Palmeira, Primeira Câmara, julgado em 16/11/2004.

- ⁴ Nesse sentido, Acórdãos nº 155/2005, 544/2006 e 556/2009, da 1ª Câmara do TCU, e nº 3.294/2006, 54/2007, 371/2007, 380/2007 e 2.035/2007, da 2ª Câmara do TCU.
- ⁵ Acórdão 2.242/2007, Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, julgado em 24/10/2007.
- ⁶ Acórdão 2.133/ 2005, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Primeira Câmara, julgado em 13/09/2005.
- ⁷ Acórdão 5.257/2009, Rel. Min. José Jorge, Segunda Câmara, julgado em 06/10/2009.
- ⁸ Acórdão 1.338/2009, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 17/06/2009.
- ⁹ Acórdão 1.168/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 16/05/2012.
- ¹⁰ Acórdão 625/2014, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 19/03/2014.
- ¹¹ Acórdão 1.397/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 06/06/2012.
- ¹² Acórdão 1.627/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 27/06/2012.
- ¹³ Acórdão 1.678/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 04/07/2012.
- ¹⁴ Acórdão 1.679/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 04/07/2012.
- ¹⁵ Acórdão 1.681/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, Julgado em 04/07/2012.
- ¹⁶ Acórdão 1.683/2012, Rel. Min José Jorge, Plenário, Julgado em 04/07/2012.
- ¹⁷ Acórdão 1.927/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 25/07/2012.
- ¹⁸ Acórdão 2.402/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 05/09/2012.
- ¹⁹ Acórdão 37/2013, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 23/01/2013.
- ²⁰ Acórdão 1.008/2013, Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, julgado em 24/04/2013.
- ²¹ Acórdão 1.544/2013, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 19/06/2013.
- ²² Acórdão 2.544/2013, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 18/09/2013.
- ²³ Acórdão 3.127/2015, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, julgado em 09/12/2015.
- ²⁴ Acórdão 1.412/2015, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 10/06/2015.
- ²⁵ MS 15.415/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/04/2011.
- ²⁶ MS 19.274/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/03/2013.
- ²⁷ MS 15.663/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 28/03/2012.
- ²⁸ MS 19.776/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 10/04/2013.
- ²⁹ MS 19.264/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.
- ³⁰ MS 19.476/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.
- ³¹ MS 19.336/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014.
- ³² MS 22.002/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/12/2015.
- ³³ AgRg no AREsp 415.766/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015.
- ³⁴ AgRg no AREsp 352.654/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.
- ³⁵ AgRg no AREsp 527.298/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/11/2014.

- ³⁶ AgRg no AREsp 635.736/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/05/2015.
- ³⁷ AgRg no AREsp 530.482/SE, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015.
- ³⁸ AgRg no AREsp 313.256/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015.
- ³⁹ AgRg no AREsp 669.253/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015.
- ⁴⁰ AgRg no AREsp 737.684/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015.
- ⁴¹ AgRg no AgRg no AREsp 736.635/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015.
- ⁴² AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 744.887/SC, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/05/2016.
- ⁴³ RE 351.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24/05/2005.
- ⁴⁴ Decreto nº 13.042/89, do Estado do Rio de Janeiro. "Art. 1º. Independentemente da licitude, à luz dos dispositivos constitucionais, sendo que nesse conceito já englobada a compatibilidade de horários, não se admitirá a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas cuja carga de trabalho ultrapasse 65 (sessenta e cinco) horas semanais." Disponível em: <<http://www.redegrh.rj.gov.br/uploads/legislacoes/Decreto%2013.042%201989%20-%20Acumula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Cargos.pdf>>
- ⁴⁵ AI 762.427, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/04/2011.
- ⁴⁶ RE 821.766, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 07/07/2014.
- ⁴⁷ RE 565.917 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010.
- ⁴⁸ AI 834.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/01/2011.
- ⁴⁹ RE 633.298 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011.
- ⁵⁰ ARE 995.790, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/09/2016.
- ⁵¹ ARE 859.484-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 19/6/2015.
- ⁵² RE 925.377, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 26/09/2016.
- ⁵³ AgRg no AREsp 669.253/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015.
- ⁵⁴ Acumulação de cargos públicos: Uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.46-54.
- ⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.103.
- ⁵⁶ *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.308.
- ⁵⁷ *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 266-270.
- ⁵⁸ *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 863-864.
- ⁵⁹ LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do Trabalho em Todo o Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada*. Secretaria Internacional de Trabalho, Brasília: OIT, 2009, p.8.
- ⁶⁰ "Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento."

⁶¹ *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 85-86.

⁶² PPs 200710000007809 e 200710000011825, Rel. Cons. Jorge Maurique, julgado em 04/12/07.

⁶³ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128/129 e 194.

⁶⁴ "Stare decisis" é o que sobrou da expressão latina '*stare decisis et non quieta movere*'; ao pé da letra: 'que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões judiciais'. (PORTO, Sérgio Liberto. Sobre a common law, civil law e o Precedente Judicial, in: *Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*).

⁶⁵ DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>.

⁶⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi de Mello. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. *Revista dos Tribunais*, vol. 920, p. 133, Jun/2012.

⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 395.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ DONIZETTI, Elpídio. Ob. cit.

⁷¹ Idem.

3 - ASSÉDIO SEXUAL

Assuntos abordados neste Parecer: Compreensão, para fim disciplinar, de assédio sexual como qualquer conduta de natureza sexual (ainda que única) que cause grave constrangimento. Enquadramento em valimento de cargo ou em incontinência pública ou conduta escandalosa. Aplicação vinculada de pena expulsiva.

PARECER Nº 1/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU

PARECER n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU^[1]

NUP: 00407.018385/2019-15

INTERESSADOS: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

-

1. RELATÓRIO

1. A Portaria Normativa n. 20/PGF/AGU, de 22 de junho de 2022, instituiu Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual no âmbito das Autarquias e Fundações Públicas Federais, com os seguintes objetivos:

- I - viabilizar a atuação proativa de assessoramento jurídico das entidades assessoradas pela Procuradoria-Geral Federal, com produção de materiais de orientação e capacitação, dentre outras iniciativas correlacionadas;
- II - **propor a uniformização de entendimentos jurídicos** acerca do enquadramento legal do assédio sexual no âmbito disciplinar e suas implicações jurídicas; e
- III - disseminar boas práticas administrativas relacionadas à prevenção e ao combate ao assédio sexual.

2. Em busca do atendimento destes objetivos, foi realizado um levantamento de procedimentos cadastrados no SAPIENS referentes à apuração de condutas que envolvem a prática de assédio sexual, no período de 2016 a 2020. A base de dados foi composta de sindicâncias administrativas e processos administrativos disciplinares, instaurados para apurar denúncias de prática de assédio sexual, inicialmente centrado nas Instituições Federais de Ensino Superior. Depois, o objeto do programa foi ampliado para todas as autarquias e fundações públicas. A partir de tal ampliação, o Programa passará a avaliar e mapear os processos nas demais entidades.

3. Partindo das conclusões das comissões de processo administrativo e dos pareceres jurídicos exarados pelas procuradorias federais junto às instituições de ensino, constatou-se a existência de divergências no enquadramento legal das condutas enquanto transgressão disciplinar, assim como na escolha das sanções aplicadas.

4. Cumprindo com o propósito de promover a segurança jurídica e diante da necessidade de se adotar uma postura de repressão aos casos comprovados de assédio sexual e outras formas de violência contra a liberdade sexual ocorridas no âmbito da Administração Pública Federal, relevante se faz a adoção de um entendimento uniforme que oriente a atuação no âmbito da Procuradoria-Geral Federal.

5. A uniformidade na atuação dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal acarretará como consequência direta e imediata uma uniformização na atuação dos próprios

órgãos assessorados, desde a atuação das comissões processantes até a decisão final pela autoridade competente para aplicação da penalidade.

6. Nesse contexto foi elaborado o PARECER n. 00002/2021/GEPCAS/PFIFCEARÁ/PGF/AGU, seq. 56, que não foi aprovado até que sobreviesse manifestação da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, que exerce a função de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

7. Tendo sido expedido o PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86, os autos foram remetidos aos membros do Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual no âmbito das Autarquias e Fundações Públicas Federais, para manifestação.

8. Desta feita, a presente manifestação tem por finalidade **consolidar a análise jurídica consultiva acerca da matéria**, ao mesmo tempo que se volta à **uniformização das manifestações exaradas pelos diversos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal**, permitindo celeridade e padronização na atuação dos membros da AGU, além de conferir maior segurança jurídica aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal indireta, enquanto destinatários dos pronunciamentos jurídicos.

(Nota: O presente Parecer, exarado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, vincula apenas as entidades da Administração Pública federal indireta.)

9. Necessário delimitar que a presente proposta de uniformização abrange tão somente os tópicos da análise jurídica quanto ao **enquadramento legal da conduta e à adequação da penalidade proposta de forma geral e abstrata**. A aplicação desse entendimento em cada caso dependerá de análise conclusiva, prévia e individualizada, a ser realizada pelo procurador oficiante em cada caso, observados, invariavelmente, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, manifestados nos elementos indicados pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, pela Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e pela Portaria Conjunta nº 1, de 1º de março de 2016, da Consultoria-Geral da União, Procurador-Geral Federal e Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

10. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Tutela jurídica da liberdade sexual e enquadramento legal da infração no regime jurídico disciplinar do servidor público.

11. O assédio sexual é definido pela Organização Internacional do Trabalho/Ministério Público do Trabalho como “conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente por atos, palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual”.

12. Como forma de atentado contra a dignidade da pessoa humana, atingindo a liberdade sexual da vítima, o assédio gera consequências danosas, muitas vezes irreversíveis, devendo ser socialmente combatido.

13. A Constituição Federal de 1988 tutela expressamente os direitos à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à liberdade, à honra, à privacidade e à intimidade, os valores sociais do trabalho, os valores de justiça e solidariedade, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (artigo 1º, incisos III, IV; artigo 3º, incisos I, III, IV; c/c artigo 5º, *caput*, e inciso X, todos da Constituição Federal; c/c artigo 186 e artigo 927 do Código Civil).

14. Na legislação brasileira, a proteção da liberdade sexual nas relações de trabalho se deu, de forma mais específica, a partir da ratificação da Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, pelo Estado Brasileiro, editada pela Organização dos Estados Americanos – OEA em 1994^[2].

15. O documento informa, em seu art. 2º, que constitui violência contra a mulher qualquer ação ou conduta que compreenda o assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar.

16. A partir da ratificação da convenção, o diploma assume *status* de norma supra legal que submete todas as normas legais e infralegais à sua esfera de influência, de modo que a proteção da mulher contra qualquer forma de violência assume, de forma ainda mais precisa, *status* de direito fundamental constitucionalmente tutelado.

17. O combate ao assédio sexual também é tratado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), na Convenção nº 190, que dispõe sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho (2019). O assédio, portanto, ganha contornos de comportamento cada vez mais inaceitável e, nos termos da convenção, se caracteriza por palavras, gestos, insinuações, contatos físicos forçados, convites impertinentes, ameaças, chantagens e variadas formas de intimidação física, verbal, moral ou psíquica que, como regra, mas não exclusivamente, decorrem da diferença de gênero, e que tem o potencial de resultar em danos físicos, psicológicos, sexuais ou econômicos.

18. A reforma trabalhista de 2017 introduziu o assédio sexual na Consolidação das Leis Trabalhistas ao estabelecer a intimidade, a liberdade, a autoestima e a sexualidade como bens jurídicos protegidos nas relações de trabalho, cuja violação é passível de reparação por dano de natureza extrapatrimonial, senão vejamos:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

19. A partir desse reconhecimento, as empresas precisam assegurar um meio ambiente de trabalho livre de qualquer violência sexual, sob pena de responderem de forma objetiva perante as pessoas ofendidas, nos termos do que prevê o artigo 932, inciso III, do Código Civil Brasileiro.

20. Assim, recentemente, a tutela da liberdade sexual encontrou amparo mais contundente e específico na legislação trabalhista. De fato, o trabalho é mais que a fonte de sustento das pessoas, relacionando-se com a identidade e a imagem do indivíduo perante a sociedade. As pessoas são identificadas pelas profissões e trabalhos que desempenham socialmente. A violação aos valores de dignidade humana, privacidade, intimidade e honra nas relações de trabalho atinge o indivíduo de forma muito particular e cruel, causando impactos indelévels na reputação, na autoimagem e na imagem que ostenta perante a sociedade (família, comunidade escolar, profissional, etc.).

21. Na esfera penal, apenas em 2001, o ordenamento jurídico brasileiro inseriu o assédio como crime contra a liberdade sexual do homem ou da mulher, definindo-o como a conduta de *“Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.”*^[3].

22. Conforme se extrai do tipo penal, o crime é composto por três elementos: a conduta de constranger alguém; o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; o agente prevalecer-se de sua condição de superior hierárquico ou de ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função, existindo, em regra, uma ameaça (não grave) expressa ou implícita relacionada a algum prejuízo para a vítima.

23. O tipo penal de assédio sexual também reflete, em grande medida, a intenção de coibir a violência de cunho sexual nos relacionamentos profissionais, nos quais a desigualdade que decorre de uma relação hierárquica, de subordinação e de dependência econômica subjugam a vítima a uma condição de patente inferioridade e, portanto, de sujeição às chantagens e outras formas de violência que, na maioria das vezes, ocorre de forma sub-reptícia, dissimulada ou furtiva.

24. Para a caracterização do crime deve existir uma relação hierárquica ou de ascendência entre autor e vítima. Nesse sentido, a conduta definida como crime é também conhecida como assédio por chantagem, pois, via de regra, ocorre a exigência de uma conduta ou favor sexual em troca de benefícios ou para evitar prejuízos, em decorrência de uma relação hierárquica ou de ascendência, como por exemplo: impor a prestação de favor sexual como condição para a manutenção do emprego/função, obtenção de promoções na relação de trabalho ou valoração de atividades nas relações entre professor e aluno.

25. Na grande maioria dos casos, as mulheres são as vítimas das violências sexuais. Esse fato decorre de questões culturais históricas presentes nas relações familiares e do recente ingresso das mulheres no ambiente de trabalho, até poucas décadas quase exclusivamente ocupado por homens.

26. Calha destacar, contudo, que os elementos caracterizadores do assédio sexual no tipo penal independem dos gêneros do assediador e do assediado. Além disso, a repetição da conduta também não se constitui como um dos elementos do tipo penal. Dessa maneira, é possível que um único comportamento sexual possa se caracterizar como crime.

27. De fato, determinadas condutas de natureza sexual dependem de elevado grau de intimidade entre duas pessoas. Não se pode jamais presumir ou imaginar uma aceitação de conduta sexual por uma outra pessoa, podendo haver situações em que uma única investida se caracterize como ato de violência, pois surpreende pela abrupta invasão de um espaço de privacidade e intimidade inexistente, causando sentimentos de constrangimento, humilhação, dor e vergonha.

28. As violências de natureza sexual podem, no entanto, assumir a forma de outros tipos penais que igualmente atentam contra a liberdade sexual de forma ainda mais grave, tais como a importunação sexual ou estupro, previstos nos artigos 215-A e 213 do Código Penal, respectivamente. Podem, em outras circunstâncias, caracterizar-se como crimes contra a liberdade pessoal, dentre eles o constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal; a ameaça, nos termos do disposto no artigo 147 do Código Penal; ou o crime de perseguição, recentemente inserido no artigo 147-A no Código Penal pela Lei n. 14.132, de 31 de março de 2021, conhecido pela palavra de origem inglesa *stalking*.

29. Relevante, entretanto, deixar claro que a caracterização do fato como transgressão de natureza disciplinar independe de seu enquadramento na legislação penal. Em outras palavras, a caracterização da conduta como violência e, conseqüentemente, como transgressão de natureza disciplinar, independe da identificação de todos os elementos do tipo penal de assédio sexual ou de qualquer outro crime. Nesse sentido, por exemplo, a existência da relação de hierarquia ou ascendência que é pressuposto para a caracterização

do crime previsto no artigo 216-A do Código Penal, não o é para o enquadramento da conduta como transgressão de natureza disciplinar.

30. É o caso do assédio sexual por intimidação ou ambiental, que se caracteriza por provocações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou humilhação. Essa conduta prescinde de uma relação hierárquica de ascendência, mas se desenvolve pela insistência, impertinência, hostilidade praticada individualmente ou em grupo, manifestando relações de poder ou força, mas não necessariamente de hierarquia ou ascendência formalmente presente.

31. Desse modo, a modalidade de assédio sexual, por intimidação ou ambiental, não se caracteriza como crime pela ausência de um dos requisitos previstos no tipo penal, mas viola os deveres de decoro, honestidade e moralidade na atuação do servidor público, afrontando de forma igualmente grave os deveres e obrigações previstos no estatuto jurídico disciplinar.

32. É preciso deixar evidente que a capitulação de um fato como crime depende do preenchimento de todos os elementos do tipo penal, exigindo um enquadramento muito mais específico, nos termos do que prevê o artigo 14 do Código Penal. Na esfera disciplinar, por sua vez, as previsões das transgressões de natureza disciplinar são mais amplas, de modo que o enquadramento legal para responsabilização administrativa também recebe características próprias, cuja subsunção do fato ao tipo previsto na norma ocorre de forma menos estrita, sem tanta literalidade de cada elemento, a partir de previsões mais genéricas que incidem igualmente sobre uma gama mais alargada de condutas possíveis.

33. Portanto, em alguns casos, a conduta de natureza sexual praticada no exercício do cargo, emprego ou função pública, ou em razão dela, que se configure como agressão, embora possa configurar a transgressão ao regime jurídico disciplinar, poderá não se caracterizar como crime. Em outros casos, a conduta do servidor poderá coincidir não com o crime de assédio sexual, mas com outro tipo penal, contra a liberdade sexual ou contra a liberdade da pessoa.

34. Também é relevante deixar claro que a capitulação de determinada conduta como crime é atribuição dos órgãos de persecução penal. À Administração, no exercício dos poderes hierárquico e disciplinar, incumbe desvendar e analisar os atos praticados pelos agentes públicos sob a perspectiva do regime jurídico disciplinar, remetendo cópia dos autos aos órgãos competentes para a investigação dos fatos na esfera penal e aplicação das respectivas sanções.

35. Assim, o cometimento de condutas vedadas pelo regime jurídico dos servidores e atentatórios à dignidade da função pública, da instituição, da moralidade e da probidade administrativa, visando a obtenção de proveito ou vantagem de natureza sexual em função do cargo, emprego ou função pública, cometidos por quaisquer meios, apenas se amolda ao conceito mais amplo de assédio sexual, conforme delineado pela doutrina e pelas conceituações encontradas na esfera cível e trabalhista, não exigindo os elementos presentes na descrição penal.

36. A configuração do crime, embora também guarde elementos e significado muito semelhantes, depende de uma análise mais específica para o enquadramento, porque as sanções que dele decorrem interferem diretamente na esfera de liberdade do autor, um direito fundamental tutelado constitucionalmente que somente pode ser restringido em hipóteses muito restritas.

37. Vale recordar, no ponto, sobre a separação entre as esferas penal, civil e administrativa. Nos termos do artigo 126 da Lei 8.112, de 1990, a responsabilidade

administrativa do servidor será afastada tão somente no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou de sua autoria. Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014. (AG. REG. NO HABEAS CORPUS 148.391. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23/02/2018)

38. Desta feita, as autoridades administrativas têm completa autonomia de atuação, observados os princípios e normas constitucionais e legais, para investigar os fatos e aplicar as sanções de natureza administrativa, bem como para adotar as providências inerentes à responsabilização na esfera civil, se for o caso. Quando os fatos apurados indiquem também a prática de crime previsto na legislação penal, todos os elementos devem ser remetidos para análise dos órgãos de persecução penal, a quem incumbe avaliá-los sob a perspectiva criminal.

39. Tendo em mente tais diretrizes, é fácil perceber que toda abordagem que tenha por escopo a implementação de conduta de natureza sexual perpetrada na condição de servidor público ou em decorrência do cargo, emprego ou função, ou seja, como a própria manifestação do poder estatal, deve ser tida como afronta ao Direito Administrativo. Tanto porque é dever do servidor respeito incondicional às normas constitucionais e legais no exercício do cargo, quanto porque sua atuação toma de empréstimo a veste formal da ambiência pública, que não pode se desviar para a satisfação de sua lascívia pessoal ou outros interesses desvinculados do interesse público, o que torna sua conduta muitas vezes mais reprovável.

40. Também é importante deixar claro que para a configuração do assédio sexual é necessário apenas um ato, uma única conduta, não sendo exigida a sua repetição. Exigir a reiteração para configurar o ilícito seria submeter a vítima a uma nova violência à qual se busca justamente proteger. No mesmo sentido também entendeu a Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União no PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86, senão vejamos:

72. Como a própria nota destaca-se *“o assédio sexual é ilícito de mera conduta, que pode ocorrer a partir tão somente da exteriorização de um objetivo sexual”*, ou seja, basta a prática de um ato ilícito para sua consumação, independentemente do resultado.

73. Aliás, exigir a reiteração dos atos para que se configure o ilícito considerado como assédio sexual é submeter a vítima à violência contra qual busca-se proteger, bem como fomentar a presunção de que a declaração da vítima só terá valor se esta se submeter à violência (moral ou física) várias vezes para que possa ter proteção. É exigir o inexigível, que é a submissão da vítima a diversos atos de violência para que, enfim, consiga a proteção devida.

74. Destaca-se que a Convenção nº 190 da OIT, da qual o Brasil é signatário, não trata apenas no assédio sexual, mas todo tipo de violência e assédio no mundo do trabalho. Ressaltando que os membros da convenção *“têm a importante responsabilidade de promover um ambiente geral de tolerância zero à violência e ao assédio, com vista a facilitar a prevenção de tais*

comportamentos e práticas, e que todos os intervenientes no mundo do trabalho devem abster-se, prevenir e combater a violência e o assédio”.

41. A desnecessidade de repetição para a configuração do assédio sexual também foi destacada no "Guia Lilás: orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal"^[4], instituído pela Portaria Normativa SE/CGU n. 58, de 7 de março de 2023, material que integra o Plano de Enfrentamento ao Assédio Moral e Sexual e à Discriminação no Poder Executivo Federal, coordenada pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, *verbis*:

Para tipificar o assédio sexual não é necessária a repetição ou sistematização da conduta, bastando um único ato de investida com teor sexual indesejado pela vítima, em que ocorra a intimidação com incitações sexuais inoportunas, para caracterizá-lo.

42. As regras de ética e conduta que regem os atos dos agentes públicos determinam uma conduta social e moral ilibada e irretocável, não sendo admissível transtornos e desvios de tal gravidade.

43. Aliás, essa é a previsão contida na Lei n. 8.027, de 12 de abril de 1990, que dispõe sobre as normas de conduta dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas, conforme se extrai do artigo 2º, inciso VIII; artigo 5º, inciso I; e artigo 8º, § 6º, *verbis*:

Art. 2º. São deveres dos servidores públicos civis:

[...]

VIII - manter conduta compatível com a moralidade pública;

[...]

Art. 5º São faltas administrativas, puníveis com a pena de demissão, a bem do serviço público:

I - valer-se, ou permitir dolosamente que terceiros tirem proveito de informação, prestígio ou influência, obtidos em função do cargo, para lograr, direta ou indiretamente, proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

[...]

Art. 8º Pelo exercício irregular de suas atribuições o servidor público civil responde civil, penal e administrativamente, podendo as cominações civis, penais e disciplinares cumular-se, sendo umas e outras independentes entre si, bem assim as instâncias civil, penal e administrativa.

[...]

6º A demissão ou a destituição de cargo em comissão incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos.

(Nota: Apesar de ter sido mencionada no presente Parecer, considera-se que a Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990, foi tacitamente revogada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.)

44. Sobre o exercício de avaliação entre a gravidade da conduta e o enquadramento legal no regime jurídico disciplinar, relevante destacar os ensinamentos do Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União, versão de 2022, p. 193:

10.4.7. Conflito aparente de normas

Existem ainda situações onde a única conduta praticada apenas aparenta configurar mais de uma infração, especialmente quando levamos em consideração que a descrição das infrações disciplinares, tal como previstas na Lei nº 8.112/90, não apresenta uma rigidez de conceitos como vemos no

Direito Penal. Este “conflito aparente de normas”, como é chamado, é resolvido através da aplicação de critérios, também chamados de princípios, advindos do Direito Penal, que orientam o correto enquadramento da conduta.

[...]

Para a compreensão do princípio da subsidiariedade, deve-se entender que o adjetivo “subsidiário” remete a algo que é secundário. Lança-se mão deste princípio quando a definição de uma hipótese legal abrange ou contém a outra, sendo possível perceber que ambas versam sobre a mesma espécie de conduta. E o que irá diferenciá-las é justamente a gravidade da que fora praticada no caso concreto, graduada pelas circunstâncias dos fatos, pelo dano causado, e também pelo ânimo subjetivo do acusado, dentre outros.

No conflito entre duas normas deste feitio, prevalecerá a mais grave quando puder ser demonstrada nos autos também a faceta mais grave da conduta. Portanto, daí advém a subsidiariedade: a hipótese legal de menor gravidade é secundária e somente irá figurar na indicição quando não estiverem comprovados os elementos que autorizem o enquadramento na hipótese mais grave. Esse princípio irá definir, por exemplo, qual das seguintes condutas previstas na Lei nº 8.112/90 será aplicada ao caso concreto: violação do dever de “guardar sigilo sobre assunto da repartição” (art. 116, VIII) ou “revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo” (art. 132, IX).

Por sua vez, aplica-se o princípio da consunção quando for possível observar que, para que uma das hipóteses legais tenha ocorrido, ela necessariamente “consumiu” a outra. Nesse sentido, presume-se que a infração “consumida” é menos grave, geralmente a violação de um dever, e o acusado tem que cometê-la para alcançar a infração principal, mais grave, fazendo com que esta prevaleça no momento da indicição.

Dessa forma, a título de exemplo, o dever de ser leal às instituições a que servir (art. 116, II) é evidentemente violado quando o servidor aplica irregularmente o dinheiro público (art. 132, VIII) ou vale-se do cargo para beneficiar terceiro (art. 117, IX), todos eles dispositivos da Lei nº 8.112/90.

No caso, prevalecerão, em vista do princípio da consunção, estes enquadramentos em detrimento do art. 116, II, porquanto o descumprimento do dever de lealdade constitui tão somente etapa prévia à execução das condutas previstas no art. 132, VIII ou no art. 117, IX.

Finalmente, o princípio da especialidade mostra-se útil em sede disciplinar principalmente quando o acusado for regido por estatuto próprio, além da Lei nº 8.112/90, uma vez que, por este critério, deve-se procurar verificar se as infrações aparentemente em conflito guardam uma relação de gênero e espécie, sendo que a norma especial ou específica prevalece sobre as disposições gerais. (G. n.)

45. Portanto, considerando os princípios da subsidiariedade e da especialidade, à luz das lições acima, os atos de cunho sexual que visem ao favorecimento pessoal do servidor, cometidos no exercício do cargo, emprego ou função pública, ou praticados em decorrência dele, nos termos do artigo 148 da Lei n. 8.112, de 1990, embora violem inúmeros deveres do estatuto jurídico, tais como os deveres de lealdade, de observância às normas legais e regulamentares e de urbanidade, afrontam principalmente a dignidade do múnus público, do decoro, da probidade e da moralidade pública, amoldando-se diretamente ao previsto no

artigo 116, inciso IX, artigo 117, inciso IX, c/c artigo 132, inciso V, e artigo 137, todos da Lei n. 8.112, de 1990. Eis os textos legais:

Art. 116. São deveres do servidor:

[...]

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

[...]

Art. 117. Ao servidor é proibido:

[...]

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

[...]

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

V- incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

[...]

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

[...]

Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. (Vide ADIN 2975)

46. Assim, presente o dolo na conduta do agente, ou seja, identificado que o agente age com consciência e vontade de valer-se do cargo para obter benefício próprio ou em desvio do interesse público, estão presentes os elementos que compõem o tipo administrativo. Vale dizer, ainda, que o ilícito administrativo é de natureza formal e a sua configuração independe do resultado obtido, senão vejamos:

O ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei 8.112/90 é de natureza formal, de sorte que é desinfluyente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente restituídos aos cofres públicos após a indicição do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados (MS 14.621/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 30.6.2010).

47. Vale reforçar que tais transgressões podem ocorrer tanto no espaço físico institucional como também fora dele, desde que demonstrado o nexo causal entre a conduta questionada e o serviço público.

48. Portanto, no momento em que o servidor, intencionalmente (dolo), no ambiente organizacional ou em razão do desempenho das atribuições funcionais, age para obter vantagem ilícita consistente em favorecimento sexual ou em desvio do interesse público, violando a intimidade, privacidade, dignidade e honra de alguém, valendo-se da autoridade de cargo público em detrimento da dignidade da função pública, em violação ao dever inafastável de manter conduta compatível com a moralidade, resta configurada a conduta vedada pelo artigo 117, inciso IX, bem como a violação ao dever contido no artigo 116, inciso IX, ambos da Lei n. 8.112, de 1990, e também a conduta vedada pelo artigo 5º, inciso I, da Lei n. 8.027, de 1990, cuja sanção aplicável é a pena de demissão.

49. Além disso, a conduta também poderá se amoldar à infração descrita no inciso V do artigo 132 da Lei n. 8.112, de 1990, que se refere à incontinência pública e conduta escandalosa na repartição, conforme compreensão da infração exposta no Manual de Processo Administrativo Disciplinar da CGU, versão de 2019, p. 262/263:

Incontinência é a falta de moderação, de comedimento. Como bem ilustra o professor Léo da Silva Alves “a incontinência de conduta é a maneira desregrada de viver. Trata-se da pessoa depravada, de procedimentos vulgares, escandalosos, que chocam os valores morais e os costumes”.

Para a caracterização da infração funcional, o inciso exige que a incontinência seja pública, isto é, que seja praticada na presença de outras pessoas. Além disso, a incontinência deve ocorrer no âmbito da repartição, ou, pelo menos, estar relacionada com o exercício das atribuições do servidor. Assim, o comportamento do servidor em sua vida privada não é alcançado pelo dispositivo em comento. Por outro lado, a incontinência praticada fora da repartição, mas relacionada ao exercício das atribuições do servidor, pode ocasionar a incidência da norma.

Outro comportamento condenado pelo dispositivo em tela é a conduta escandalosa, assim entendida como o desprezo às convenções ou a moral vigente. Conforme visto, os conceitos de “incontinência” e “conduta escandalosa” são semelhantes e estão relacionados a desvios comportamentais. Sob o ponto de vista do estatuto funcional, a principal diferença entre eles reside no fato de que a conduta escandalosa não precisa ser cometida publicamente para que caracterize a infração disciplinar, é dizer, os atos praticados às escondidas, desde que ofendam fortemente a moral, devem ser enquadrados como “condutas escandalosas”, a exemplo dos atos de conotação sexual praticados de forma reservada. Da mesma forma do aduzido quanto à incontinência pública, a conduta escandalosa, para que produza efeitos disciplinares, deve ser praticada no âmbito da repartição. As condutas praticadas fora daquele ambiente só serão alcançadas pela norma se estiverem relacionadas ao exercício das atribuições do servidor.

Ressalte-se que a infração disciplinar em questão se consuma no momento em que o servidor pratica o ato classificável como incontinência pública ou conduta escandalosa, sendo que, a rigor, não se exige a reiteração de atos para a configuração da falta funcional.

Por fim, forçoso observar a cautela com que a comissão deverá analisar as condutas previstas neste dispositivo, porquanto ensejam a penalidade máxima aplicável e, nesse contexto, devem ter a gravidade robustamente comprovada.

50. Com efeito, condutas dessa natureza, ao não guardarem qualquer pertinência com os objetivos institucionais, expõem indevidamente a imagem institucional, pois as condutas realizadas pelos agentes regularmente investidos em cargos públicos, em nome da instituição ou no bojo das atividades estatais, gozam de todas as presunções inerentes aos atos administrativos.

51. Portanto, é inevitável que a ação individual seja reconhecida como legítima expressão do agir do próprio poder público e se tal conduta é tida como afrontosa ao direito e à moral é, em um primeiro momento, a própria instituição quem verá a sua imagem associada à ilegalidade. No imaginário social grava-se antes o ato que se repulsa e a instituição em que ocorreu. No mais das vezes a identidade do agente público responsável é de pronto esquecida.

52. Ora, a divulgação de fatos atentatórios à intimidade, à privacidade, à sexualidade, à dignidade, à imagem e à honra dos servidores, colaboradores ou terceirizados coloca em dúvida a capacidade das instituições em cumprir o seu papel institucional na prestação do serviço público. Ou seja, para além de simples desconformidade da conduta com a norma, a

transgressão detém claro potencial de vulnerar a imagem e credibilidade estatal, devendo ser repelida com veemência.

53. Por fim, registre-se que a presente manifestação deixou de considerar o enquadramento das condutas de servidores em desconformidade com o ordenamento disciplinar como improbidade administrativa para convergir com o entendimento exarado pela Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União trazido no PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/AGU, seq. 86. Veja-se:

48. O assédio sexual é um ato atentatório à liberdade sexual e no conceito posto no PARECER n. 00002/2021/GEPCAS/PFIFCEARÁ/PGF/AGU (item III, alínea "a") pode ser considerado como uma violação dos deveres de moralidade e a probidade administrativas. Contudo, para ser considerado como ato de improbo necessita estar descrito em uma das condutas ilícitas da Lei nº 8.429/92.

49. Observa-se ainda que a alteração da Lei de Improbidade pela Lei nº 14.230/2021, ao retirar a natureza exemplificativa do art. 11, que trata dos atos de improbidade administrativa e revogar o inciso I, impossibilitou o enquadramento dos atos considerados como assédio sexual como atos ímprobos por violação dos princípios da administração pública ou por visar fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto.

50. Foi opção do legislador a retirada da natureza exemplificativa do art. 11 e revogação do seu inciso I. Veja o seguinte trecho do relatório do PL 10887/18 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria do Deputado Federal Carlos Zaratini, relator do PL:

‘Optou-se, então, pela retomada da redação anterior do artigo 11, porém estabelecendo um rol taxativo para as condutas caracterizadoras de improbidade por ofensa aos princípios administrativos. A solução pretende, ao mesmo tempo, prestigiar a proteção aos predicados constitucionais e garantir a necessária segurança jurídica ao gestor público.’

51. Até vir outra lei que altere a LIA e disponha em sentido contrário, temos que respeitar a opção discricionário do legislador em retirar o caráter exemplificativo do art. 11 e revogar o inciso I, o que importa, para fins deste projeto, na ausência de enquadramento da conduta infracional considerada como assédio sexual em ato de improbidade administrativa, salvo se a conduta lesiva visar enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

2.2 Adequação entre a gravidade da conduta e a penalidade aplicável.

54. Nos termos do que dispõe o artigo 128 da Lei 8.112, de 1990, *“na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”*.

55. Desta feita, no momento da dosimetria da sanção, a comissão e a autoridade julgadora devem estar atentas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, providenciando um juízo de ponderação quanto à adequação entre a gravidade e circunstâncias da infração e a sanção proposta.

56. Ocorre que esse juízo de ponderação não se aplica para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei n. 8.112, de 1990, e artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, da Lei 8.027, de 1990, para os quais a lei prevê expressamente a aplicação da demissão, sendo compulsória sua incidência.

57. A Advocacia-Geral da União manifestou esse entendimento nos pareceres GQ 177 e GQ 193, aprovados pelo Presidente da República e, portanto, vinculantes para toda a Administração Pública Federal, nos termos do Art. 40 da Lei Complementar n.º 73/1993, senão vejamos:

Parecer AGU nº GQ - 177, vinculante

Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato (...).10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, comina a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.

Parecer AGU nº GQ - 183, vinculante

Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art.132 da Lei nº 8.112/90, de 1990. (...)7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).

58. O STF e o STJ possuem julgados em sentido convergente ao indicado nos pareceres vinculantes da AGU, quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para as hipóteses em que a lei prevê a aplicação da pena de demissão: STF, MS 26.023; STJ, MS 15.690, 15.951, 15.437, 15.517, 15.175, 13.169, 12.689, 10.987, 16.567, 10.420, 9.116 e 8.361, RMS 32.573, 20.537, 33.281 e 30.455.

59. Vale, ainda, destacar que o STJ^[5], com fundamento em sua jurisprudência reiterada, firmou a seguinte tese:

4) A administração pública, quando se depara com situação em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou de cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por se tratar de ato vinculado.

60. Assim, uma vez tenha a autoridade julgadora chegado à conclusão de que a conduta do servidor se amolda ao disposto no artigo 132 da lei n. 8.112, de 1990, e artigo 5º, inciso I, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.027, de 1990, não há espaço para discricionariedade na fixação da pena, que deverá ser aquela descrita na disposição legal, ou seja, demissão.

3. CONCLUSÕES

61. Por todo o exposto, os integrantes do Programa de Auxílio à Prevenção e de Combate ao Assédio Sexual no âmbito das Autarquias e Fundações Públicas Federais concluem que:

a) A prática de assédio sexual, compreendida de forma ampla como quaisquer condutas de natureza sexual manifestadas no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele, externada por atos, palavras, mensagens, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, independentemente do gênero, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual, sua intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade, afrontam a moralidade administrativa, o decoro, a dignidade da

função pública e da instituição, caracterizando-se como transgressão disciplinar de natureza gravíssima.

b) Nesse sentido, o enquadramento da conduta no regime jurídico disciplinar do servidor público encontra fundamento no artigo 117, inciso IX, c/c artigo 132, inciso V, e artigo 137, todos da Lei n. 8.112/90; artigo 2º, inciso VIII, c/c artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, c/c artigo 8º, § 6º, todos da Lei n. 8.027/90.

c) Para a configuração da infração administrativa como assédio sexual é necessário apenas um ato, uma única conduta, não sendo exigida a sua repetição.

d) Uma vez realizado o enquadramento da conduta nas hipóteses em que a legislação prevê a pena de demissão, não existe discricionariedade para aplicação de pena menos gravosa, conforme entendimento já pacificado pelos Pareceres vinculantes da AGU GQ 177 e GQ 183, aprovados pelo Presidente da República e vinculantes para toda a Administração Pública, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

e) Em face do possível enquadramento da conduta como crime deve ser providenciada, ainda, a remessa de cópia dos autos aos órgãos de persecução penal para apuração e aplicação das sanções na seara criminal, nos termos do que determina o artigo 116, inciso VI, e artigo 171, ambos da Lei 8.112/90.

62. Em caso de aprovação, sugere-se a edição dos seguintes enunciados de orientações consultivas, nos termos do artigo 41-A da Portaria PGF n. 338, de 12 de maio de 2016:

SERVIDOR. A prática de assédio sexual deve ser compreendida de forma ampla como quaisquer condutas de natureza sexual manifestadas no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele, externada por atos, palavras, mensagens, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, independentemente do gênero, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual, sua intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade, afrontam a moralidade administrativa, o decoro, a dignidade da função pública e da instituição, caracterizando-se como transgressão disciplinar de natureza gravíssima.

SERVIDOR. Para a configuração da infração administrativa como assédio sexual é necessário apenas um ato, uma única conduta, não sendo exigida a sua repetição.

SERVIDOR. Para o fim de enquadramento no regime disciplinar do servidor público, a conduta considerada como assédio sexual encontra fundamento no artigo 117, inciso IX, c/c artigo 132, inciso V, e artigo 137, todos da Lei n. 8.112/90; artigo 2º, inciso VIII, c/c artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, c/c artigo 8º, § 6º, todos da Lei n. 8.027/90. Por outro lado, uma vez realizado o enquadramento da conduta nas hipóteses em que a legislação prevê a pena de demissão, não existe discricionariedade para aplicação de pena menos gravosa, conforme entendimento já pacificado pelos Pareceres vinculantes da AGU GQ 177 e GQ 183, aprovados pelo Presidente da República e de cumprimento obrigatório por toda a Administração Pública Federal, nos termos do artigo 40 da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

63. Por fim, sugere-se que seja conferida ciência à Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, à Corregedoria da Procuradoria-Geral Federal e à Consultoria-Geral da União.

À consideração superior.

CAMILA GOMES PERES
Procuradora Federal

DANIELA GONÇALVES DE CARVALHO
Procuradora Federal

JULIO CÉSAR FRANCISCO
Procurador Federal

KAMILA DOS SANTOS TABAQUINI
Procuradora Federal

LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA
Procuradora Federal

ROBERTA NEGRÃO COSTA WACHHOLZ
Procuradora Federal

TARCÍSIO BESSA DE MAGALHÃES FILHO
Procurador Federal

VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA
Procuradora Federal

INGRID PEQUENO SÁ GIRÃO
Procuradora Federal
Coordenadora

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407018385201915 e da chave de acesso 78f4096f

Notas

1. - *Manifestação elaborado a partir da atualização do PARECER n. 00002/2021/GEPCAS/PFIFCEARÁ/PGF/AGU, seq. 56, para convergir com o entendimento da Consultoria Jurídica da Controladoria-Geral da União manifestado no PARECER n. 00300/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU, seq. 86.*
2. - *Organização Internacional do Trabalho/Ministério Público do Trabalho. Assédio Sexual no Trabalho - perguntas e respostas.*
3. - *Organização Internacional do Trabalho/Ministério Público do Trabalho. Assédio Sexual no Trabalho - perguntas e respostas.*
4. - *Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2023/03/cgu-lanca-guia-para-auxiliar-a-deteccao-a-denuncia-e-a-responsabilizacao-de-casos-de-assedio-moral-e-sexual-no-governo-federal>.*
5. - *Decisão citada no acórdão STJ proferido no MS 17.811 – DF (2011/0274288-1) Relator Ministro Humbert Martins. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/9/PAD.pdf>.*

Documento assinado eletronicamente por CAMILA GOMES PERES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAMILA GOMES PERES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-08-2023 00:07. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por DANIELA GONCALVES DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA GONCALVES DE CARVALHO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 16:06. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LECTÍCIA MARÍLIA CABRAL DE ALCÂNTARA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 16:55. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:55. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VIRGÍNIA ARAÚJO DE OLIVEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:54. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KAMILA DOS SANTOS TABAQUINI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KAMILA DOS SANTOS TABAQUINI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-08-2023 14:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JULIO CESAR FRANCISCO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIO CESAR FRANCISCO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data

e Hora: 08-08-2023 14:51. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por INGRID PEQUENO SA GIRAO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1201445544 e chave de acesso 78f4096f no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): INGRID PEQUENO SA GIRAO. Data e Hora: 03-08-2023 18:42. Número de Série: 73265368221887752055392464696. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento em valimento de cargo ou em incontinência pública ou conduta escandalosa para as condutas de conotação sexual que afrontam a dignidade pessoal. Aplicação vinculada de pena expulsiva.

PARECER AGU Nº JM-3

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Processo nº 00407.018385/2019-15. PARECER Nº JM - 03 de 04 de setembro de 2023, do Advogado-Geral da União, que adotou, nos termos estabelecidos no Despacho do Consultor-Geral da União nº 00595/2023/GAB/CGU/AGU, o Parecer nº 00015/2023/CONSUNIAO/ CGU/AGU. Aprovo. Publique-se para os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 04 de setembro de 2023 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

Brasília, 04 de setembro de 2023.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

PARECER Nº JM - 03

ADOTO, para fins do art. 41 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União n. 00595/2023/GAB/CGU/AGU, datado de 04 de setembro de 2023, o Parecer n. 0015/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, datado de 04 de setembro de 2023, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Brasília, 04 de setembro de 2023.

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS
ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO Nº 00595/2023/GAB/CGU/AGU

NUP: 00407.018385/2019-15

INTERESSADOS: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União,

Estou de acordo com o PARECER 0015/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU, da lavra do Consultor da União, Dr. Túlio de Medeiros Garcia.

Nestes termos, submeto as manifestações desta Consultoria da União à análise de V. Exa, para que, em sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para os fins dos artigos 40, § 1º e art 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 04 de setembro de 2023.

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA
Advogado da União
Consultor-Geral da União

PARECER n. 0015/2023/CONSUNIAO/CGU/AGU

NUP: 00407.018385/2019-15

INTERESSADOS: ASSESSORIA ESPECIAL DE DIVERSIDADE E INCLUSÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO e PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ASSÉDIO SEXUAL E DEMAIS CONDUCTAS QUE VIOLAM A DIGNIDADE SEXUAL. FIXAÇÃO DE PENA DE DEMISSÃO.

1. RELATÓRIO

1. A Assessora Especial de Diversidade e Inclusão da Advocacia-Geral da União encaminha-nos, por meio da Cota n. 00002/2023/ASSDI/AGU, o procedimento acima numerado. Nesse documento, solicita a análise desta Consultoria-Geral da União sobre a possibilidade de elaboração de um parecer jurídico, a ser firmado nos termos do art. 40 da Lei complementar 73/93, com o objetivo de esclarecer a aplicação das normas legais aos casos de assédio sexual, no âmbito da Administração Pública Federal, mais notadamente no aspecto disciplinar.

2. No expediente, relata a recente promulgação da Lei n. 14.540, de 3 de abril de 2023, a qual *“Institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal”*. Bem como, a alteração legislativa introduzida pela Lei 14.612, de 3 de julho de 2023, inserindo punições pelas práticas de assédio sexual, moral e discriminação no Estatuto da Advocacia - Lei 8.906/1994.

3. Notícia, ainda, a edição do Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98), com orientação a ser seguida por todos os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, o qual fixa pena de demissão para os casos de assédio sexual, além de trazer o conceito de assédio sexual para fins de aplicação das normas disciplinares.

4. É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Delimitação da questão a ser tratada

5. A questão colocada para análise pode ser assim enunciada: qual tratamento disciplinar deve ser conferido ao assédio sexual, praticado por servidor público federal, no seu exercício profissional ou a ele relacionado? Dizendo de forma mais didática: é possível predefinir a pena - e qual seria ela - a ser aplicada, uniformemente, a todos os casos de assédio sexual apurados no âmbito da Administração Pública Federal?

6. Não só para responder a essa pergunta, mas também para definir o real alcance da questão ora colocada, essencial compreender o conceito de assédio sexual adotado pela autoridade consulente em sua solicitação. É dizer, necessário delimitar quais comportamentos ilícitos, no entendimento do expediente encaminhado à CGU/AGU, deverão ser objeto de análise neste opinativo.

7. O citado Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98), firmado pela Procuradoria-Geral Federal, fixa, em suas conclusões, o seguinte conceito de assédio sexual.

"A prática de assédio sexual, compreendida de forma ampla como quaisquer condutas de natureza sexual manifestadas no exercício do cargo, emprego ou função pública ou em razão dele, externada por atos, palavras, mensagens, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, independentemente do gênero, que causem constrangimento e violem sua liberdade sexual, sua intimidade, sua privacidade, sua honra e sua dignidade, afrontam a moralidade administrativa, o decoro, a dignidade da função pública e da instituição, caracterizando-se como transgressão disciplinar de natureza gravíssima."

8. Por seu turno, a Lei n. 14.540, de 3 de abril de 2023, também mencionada pela Sra. Assessora Especial de Diversidade e Inclusão como um dos motivos para a provocação por ela encaminhada, trata da *"prevenção e enfrentamento ao assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e à violência sexual."*

9. Por fim, a recém editada Lei n. 14.612, de 3 de julho de 2023 - também referida na Cota n. 00002/2023/ASSDI/AGU - que alterou o Estatuto da Advocacia para incluir o inciso XXX e o § 2º ao artigo 34, da Lei nº 8.906/1994, passando a prever o assédio moral, o assédio sexual e a discriminação entre as infrações ético-disciplinares, no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, conceitua assédio sexual como:

II - assédio sexual: a conduta de conotação sexual praticada no exercício profissional ou em razão dele, manifestada fisicamente ou por palavras, gestos ou outros meios, proposta ou imposta à pessoa contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual; (Incluído pela Lei n. 14.612, de 2023)

10. Como se vê, tanto o Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/ PGF/AGU (seq. 98), quanto a Lei n. 14.612, de 3 de julho de 2023 adotaram, expressamente, uma definição ampla da expressão assédio sexual, para incluir todas as condutas de conotação sexual ofensivas da dignidade e da liberdade sexual de outra pessoa.

11. A Lei n. 14.540, de 3 de abril de 2023, por sua vez, já em sua ementa, novamente reproduzida em seu artigo 1º, alude ao assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual e à violência sexual. O legislador optou, nesse caso, por remeter às definições do Direito Penal, para o qual o assédio sexual é um dos crimes contra a dignidade sexual e, nesse sentido, não esgota os comportamentos de cunho sexual tipificados criminalmente. Por essa razão, a Lei em comento faz referência não só aos demais crimes dessa natureza como também à própria violência sexual como objeto do Programa de Prevenção e Enfrentamento ali instituído. Essa opção fica ainda mais clara na leitura do artigo 3º, abaixo reproduzido.

Art. 3º Para a caracterização da violência prevista nesta Lei, deverão ser observadas as definições estabelecidas no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e nas Leis nºs 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e 13.431, de 4 de abril de 2017.

12. Mesmo tendo adotado os conceitos da Lei Penal, não há dúvidas sobre o alcance do Programa instituído pela Lei n. 14.540/2023. O objetivo é a prevenção e enfrentamento de todas as condutas ilícitas, todas as violências de natureza sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal.

13. Assim, deve ser objeto deste parecer o tratamento disciplinar a ser dado a toda e qualquer atitude com conotação sexual, praticada no exercício do cargo ou em razão dele, que viole a liberdade e a dignidade sexual de outra pessoa. Indo um pouco além, serão analisadas as possíveis condutas de natureza sexual praticadas no ambiente de trabalho, ou em razão do serviço, a fim de explicitar as penalidades disciplinares previstas para cada hipótese.

2.2 O tratamento do assédio sexual e demais crimes contra a dignidade sexual na lei penal

14. Como visto no tópico anterior, o legislador brasileiro, em diferentes ocasiões, utilizou conceitos distintos para o termo assédio sexual. Ora mais amplo, abrangendo praticamente todas as condutas ofensivas da dignidade e liberdade sexual; ora mais restrito, como no caso do tratamento dado pelo Código Penal, em que o assédio sexual é apenas uma das condutas tipificadas no título dedicado aos crimes contra a dignidade sexual e no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual.

15. O Código Penal descreve o crime de assédio sexual no *caput* do seu artigo 216-A, incluído pela Lei n. 10.224/2001, nos seguintes termos:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

16. Para a lei penal, portanto, a configuração do assédio sexual pressupõe a presença de três elementos: I) o constrangimento; II) o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual; III) a existência de superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, em relação à vítima.

17. Outras condutas que não apresentam esses elementos, mas, a depender das circunstâncias, podem ser enquadradas no conceito mais alargado de assédio sexual adotado pelo Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98) e pela Lei n. 14.612/2023, estão igualmente tipificadas penalmente. Porém, em outros dispositivos do Código Penal.

18. É o caso dos crimes de importunação sexual (art. 215-A), violação sexual mediante fraude (art. 215), estupro (art. 214), registro não autorizado de intimidade sexual (art. 216-B) e todos os tipos descritos no capítulo dos crimes sexuais contra vulnerável (Título VI, Capítulo II). Assim como nos crimes tipificados nos demais capítulos do referido Título VI. Todos crimes contra a dignidade sexual, valor maior e objeto de proteção por esses dispositivos, bem como, da própria Lei n. 14.540, de 3 de abril de 2023, cuja promulgação, em grande medida, motivou a edição do presente parecer.

2.3 O tratamento do assédio sexual e das condutas ofensivas à dignidade sexual no Estatuto do Servidor Público

19. Fixado, brevemente, o tratamento penal conferido às condutas sexualmente ofensivas da dignidade e, em especial, da liberdade sexual, cumpre analisar como as normas legais disciplinares abordam a questão no âmbito do serviço público federal.

20. A Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estatuiu o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Em seu Título VI, trata do regime disciplinar, prescrevendo, ao longo dos seus capítulos, deveres, proibições, penalidades e dispendo sobre acumulação de cargos. Reproduz, com algumas diferenças, disposições já presentes na Lei nº 8.027/1990, por sua vez fruto da conversão da Medida Provisória nº 159, de 15 de março de 1990. No Título V, denominado "Do Processo

Administrativo Disciplinar", traz os aspectos procedimentais para apuração dos ilícitos administrativos e aplicação das penalidades previstas na lei.

(Nota: Considera-se que a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, revogou tacitamente a Lei nº 8.027, de 12 de abril de 1990.)

21. O artigo 117, da Lei n. 8.112/1990, relaciona os comportamentos proibidos aos servidores públicos. São eles (destaques acrescidos):

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

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

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiareem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

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

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

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei n. 11.784, de 2008)

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

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

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

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

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.97)

22. Ao dispor sobre as penalidades, o Estatuto do Servidor Público prescreve seis tipos, quais sejam, advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

23. Conforme disposto no artigo 129, a advertência aplica-se aos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de

penalidade mais grave. A suspensão, por sua vez, nos termos do artigo 130, deve ser aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

24. As hipóteses de aplicação da pena de demissão estão enumeradas no artigo 132, abaixo transcrito (destaques acrescentados):

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

25. A análise do disposto nos artigos 117 e 132, acima reproduzidos, permite uma primeira conclusão: à exceção do disposto no artigo 117, XIV (praticar usura sob qualquer de suas formas) e 132, VII (ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem), as demais proibições e hipóteses de demissão expressas na lei revelam a preocupação primordial do legislador de 1990 em proteger a coisa pública, no seu sentido patrimonial, e a moralidade administrativa.

26. Questões relacionadas à saúde mental, à salubridade do ambiente de trabalho, à liberdade e à dignidade sexual dos indivíduos não estavam na primeira página da pauta de preocupações.

27. A Convenção n. 190, da Organização Internacional do Trabalho, firmada apenas em 2001, foi *"o primeiro tratado internacional a reconhecer o direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio, incluindo violência e assédio com base em gênero"*^[1]. Somente naquele mesmo ano, por meio da Lei n. 10.224/2001, foi acrescentado o artigo 216-A ao Código Penal Brasileiro, prescrevendo o crime de assédio sexual. E foi só em 2018 que a Lei n. 13.718, de 24 de setembro, fez incluir o artigo 215-A no capítulo dos Crimes contra a Liberdade Sexual, tipificando como crime a importunação sexual. Até então, era tratada como mera contravenção penal, prevista no artigo 61^[2], do Decreto-lei n. 3.688, de 3 de outubro de 1941 (somente se realizada em local público ou acessível ao público), e punida unicamente com multa. Também de 2018, a Lei n. 13.772, a qual tipificou o crime de Registro não Autorizado da Intimidade Sexual.

28. Não surpreende, portanto, a ausência de menção expressa a temas relacionados à prevenção e repressão do assédio e da violência - para além da violência física propriamente dita - no ambiente de trabalho, no capítulo da Lei n. 8.112/1990 dedicado a tratar das questões disciplinares.

29. O silêncio do legislador, entretanto, jamais foi, é ou poderá ser considerado óbice para a apuração e punição disciplinares de condutas ofensivas à dignidade e à liberdade sexual. Mas tem gerado insegurança jurídica, como relatado no parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98), tendo-se observado *"divergências no*

enquadramento legal das condutas enquanto transgressão disciplinar, assim como na escolha das sanções aplicadas". Uma análise mais detida mostra, no entanto, que essa ausência de uniformidade de tratamento decorre mais de equívocos na aplicação da legislação do que propriamente da ausência de previsão específica.

30. O artigo 117, IX, encerra uma das hipóteses de proibição apenas com demissão, nos termos do artigo 132, XIII. Trata do valimento do cargo - entendido de forma ampla, podendo compreender emprego ou função - para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. O proveito, no caso, pode ser de qualquer espécie, já que a lei não faz nenhum tipo de restrição. Assim, se o servidor se vale do cargo para perseguir algum benefício ou vantagem sexual, aviltando, por consequência óbvia, a dignidade da função pública, resta configurado o ilícito do artigo 117, IX, da Lei n. 8.112/1990. A pena de demissão é, por conseguinte, mandatária.

31. Enquadram-se nessa hipótese - mas não somente - os clássicos casos de assédio sexual, nos quais o agente se vale do seu cargo, da sua superioridade hierárquica, ascendência ou posição de destaque para constranger alguém, a fim de obter benefícios sexuais. Deve-se notar, entretanto, que para configuração do ilícito previsto no artigo 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, os requisitos a serem preenchidos não são os mesmos do artigo 216-A do Código Penal.

32. Condutas mais bem descritas pelos demais tipos penais do Título VI, do Código Penal - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual - podem, perfeitamente, se amoldar à hipótese do artigo 117, IX, do Estatuto do Servidor Público. Basta que o agente se tenha valido do cargo (emprego ou função) para cometer o ilícito.

33. Mesmo condutas atípicas podem configurar a hipótese do artigo 117, IX, da Lei n. 8.112/1990. Suficiente lembrar, mais uma vez, que o assédio sexual passou a ser crime tipificado no Código Penal apenas em 2001 e as leis que tipificaram como crime a importunação sexual e o registro não autorizado da intimidade sexual são de 2018.

34. Tendo sido a Lei n. 8.112 editada em 11 de dezembro de 1990 - e a Lei n. 8.027/1990 ainda anteriormente a ela - referidas condutas já eram apenas com demissão, antes mesmo de estarem descritas no Código Penal.

35. No mesmo sentido, a previsão do artigo 132, V, da Lei n. 8.112/1990, segundo a qual a pena de demissão deve ser aplicada nos casos de incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição. Conquanto semelhantes, são dois conceitos que não se confundem, embora sejam ambos capazes de descrever condutas violadoras da dignidade e liberdade sexuais. Segundo julgado do Superior Tribunal de Justiça, responsável por dar a palavra final na interpretação da legislação federal:

(...)

9. A "incontinência pública" não se confunde com "conduta escandalosa, na repartição". A primeira hipótese se refere ao comportamento de natureza grave, tido como indecente, que ocorre de forma habitual, ostensiva e em público. Nesse sentido: RMS n. 486/RO, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 2/5/2014; AgRg no RMS n. 27.998/AP, relator Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 15/10/2012. Já a segunda modalidade pressupõe aquela conduta que, embora também ofenda a moral administrativa, pode ocorrer de forma pública ou às ocultas, reservadamente, mas que em momento posterior chega ao conhecimento da Administração.

(...)^[3]

36. Nesse mesmo julgamento, em que se analisava o caso de um professor de uma escola federal demitido *"por, dolosamente, ter produzido e armazenado, sem consentimento, vídeos de alunas, servidoras e empregada terceirizada"*, o STJ reafirmou seu entendimento segundo o qual (destaques acrescidos):

11. A jurisprudência desta Corte também tem-se orientado no sentido de **afastar a eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando a pena de demissão do serviço público for a única punição prevista em lei** pela prática das infrações disciplinares praticadas pelo servidor" (MS n. 21.937/DF, relatora p/ acórdão Ministra ASSUETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/10/2019). Nesse mesmo sentido: RMS 34.405-AgR, relator Ministro EDSON FACHIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2018; MS n. 20.963/DF, relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 8/9/2020.^[3]

37. Quanto a esse último ponto, o referido Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98) merece ser transcrito, pela precisão no tratamento do tema:

"56. Ocorre que esse juízo de ponderação não se aplica para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei n. 8.112, de 1990, e artigo 5º, inciso I, e parágrafo único, inciso I, da Lei 8.027, de 1990, para os quais a lei prevê expressamente a aplicação da demissão, sendo compulsória sua incidência.

57. A Advocacia-Geral da União manifestou esse entendimento nos pareceres GQ 177 e GQ 193, aprovados pelo Presidente da República e, portanto, vinculantes para toda a Administração Pública Federal, nos termos do Art. 40 da Lei Complementar n.º 73/1993, senão vejamos:

Parecer AGU n. GQ – 177, vinculante

Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato (...). 10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, comina a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.

Parecer AGU n. GQ – 183, vinculante

Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art.132 da Lei n. 8.112/90, de 1990. (...) 7. Apurada a falta a que a Lei n. 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...) 8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).

58. O STF e o STJ possuem julgados em sentido convergente ao indicado nos pareceres vinculantes da AGU, quanto à impossibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para as hipóteses em que a lei prevê a aplicação da pena de demissão: STF, MS 26.023; STJ, MS 15. 690, 15.951, 15.437, 15.517, 15.175, 13.169, 12.689, 10.987, 16.567, 10. 420, 9.116 e 8.361, RMS 32.573, 20.537, 33.281 e 30.455.

59. Vale, ainda, destacar que o STJ, com fundamento em sua jurisprudência reiterada, firmou a seguinte tese:

'4) A administração pública, quando se depara com situação em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou de cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por se tratar de ato vinculado.'

Assim, uma vez tenha a autoridade julgadora chegado à conclusão de que a conduta do servidor se amolda ao disposto no artigo 132 da lei n. 8.112, de 1990, e artigo 5º, inciso I, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 8.027, de 1990, não há espaço para discricionariedade na fixação da pena, que deverá ser aquela descrita na disposição legal, ou seja, demissão."

38. A mesma premissa fixada para o artigo 132, XIII, c/c artigo 117, IX, vale para a aplicação do artigo 132, V, da Lei n. 8.112/1990. A tipicidade ou não da conduta é irrelevante para a configuração do ilícito administrativo. Se o ato atenta contra a moralidade administrativa, a ponto de causar escândalo - como são todas as condutas que violam gravemente a dignidade, a liberdade, a privacidade e a intimidade sexuais - deve ser capitulado no artigo 132, V, e apenado com demissão. Inclusive, se praticado fora do ambiente do trabalho, como ressaltado pelo Ministro Og Fernandes, em trecho do voto condutor de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrito.^[4]

"A grave afronta aos princípios inerentes ao desempenho do cargo público, tais como a moralidade e a proibição de conduta de incontinência pública e escandalosa, mesmo na via privada, pode sujeitar o servidor à demissão, pois, no entendimento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: *'(...) é verdade que a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo. Daí alguns estatutos incluem, entre os deveres funcionais, o de proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública, e punirem com demissão o funcionário que for convencido de incontinência pública e escandalosa. Pela mesma razão, alguns consideram que o procedimento irregular, punível com demissão, pode abranger o mau procedimento na vida privada ou na vida funcional.'* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 526)

A incontinência pública, ensina JOSÉ ARMANDO DA COSTA, pode ser praticada fora do âmbito do trabalho, tornando-se apta a causar a demissão do servidor quando revestida de publicidade, escândalo e gravidade. A propósito:

'A prática de incontinência pública e conduta escandalosa nas dependências da repartição constituem, nos termos do art. 132, inciso V, da Lei nº 8.112/1990, justo título de demissão do servidor público. Age com incontinência pública o servidor que, em sua vida de relação com os demais membros da coletividade, comporta-se de forma indecente e com espetaculosidade. A ostentação espalhafatosa em público, permeada por cenas ridículas e indecorosas, mesmo fora do âmbito de trabalho, acarreta profundos reflexos em detrimento da credibilidade da função pública exercida pelo servidor incontinente. Aludindo a essa espécie delitual disciplinar, assinala o pranteado jurista Alberto Bonfim: 'Incontinência é a conduta da pessoa que não se contém dentro dos limites da decência. Todo ser humano que vive em sociedade há que se comportar de forma a não merecer censura dos seus semelhantes. Mas tal procedimento, para ser punido, exige os requisitos de publicidade e de escândalo, conforme o texto

estatutário. Um ato praticado às ocultas, sem repercussão pública, não constitui esse ictus administrativo.' (O Processo Administrativo. 9. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1967, p. 62)

O comportamento público ostentoso e aparatoso requer, para a configuração de legítima causa demissória, não apenas os requisitos da publicidade e da escandalização, como também uma certa dimensão de gravidade. Se, por exemplo, determinado servidor que não tem costume de ingerir bebidas alcoólicas chegar, em circunstância fortuita, a embriagar-se em público (evento social bem concorrido) e fazer alguns galanteios inoportunos, certamente que não se houve de modo cauteloso e contido. Porém, tal ocorrência, em razão de sua pouca gravidade, não poderá jamais constituir motivo de demissão." (COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2009, pp. 504/505)

2.4 A independência das instâncias administrativa, civil e penal. Relevância do conceito de assédio sexual para fins de apuração disciplinar das condutas ilícitas de conteúdo sexual

39. A Lei n. 8.112/1990, dispõe, em seu artigo 125:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

40. As instâncias são, pois, independentes e, em tese, um ilícito administrativo pode ou não configurar um ilícito penal e vice-versa. A única hipótese de comunicação legal entre elas está prevista no artigo 126, da Lei n. 8.112/1990:

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

41. Como bem lembrado no referido Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98), o julgado do Supremo Tribunal Federal ali transcrito não deixa dúvida quanto ao entendimento da Corte sobre o tema:

"As instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria. Precedentes: MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951- AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014. (AG. REG. NO HABEAS CORPUS 148.391. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 23/02/2018)"

42. À exceção do disposto no artigo 126, transcrito acima, o processo disciplinar não guarda relação de dependência com o processo penal, devendo caminhar de forma independente e desvinculada da persecução criminal. Vale transcrever as pertinentes conclusões do Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEDIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98):

"38. Desta feita, as autoridades administrativas têm completa autonomia de atuação, observados os princípios e normas constitucionais e legais, para investigar os fatos e aplicar as sanções de natureza administrativa, bem como para adotar as providências inerentes à responsabilização na esfera civil, se for o caso. Quando os fatos apurados indiquem também a prática de crime previsto na legislação penal, todos os elementos devem ser remetidos para análise dos órgãos de persecução penal, a quem incumbe avaliá-los sob a perspectiva criminal."

43. Como já demonstrado no tópico anterior, uma conduta atípica pode, perfeitamente, configurar um ilícito administrativo, passível, inclusive, de demissão. Mesmo quando uma

conduta é, a um só tempo, um ilícito penal e administrativo, não são os elementos do tipo penal que importam para fins de aplicação de penalidade disciplinar, mas sim aqueles contidos na norma administrativa.

44. Não se desconhece, nem se ignora, a enorme carga simbólica, descritiva e normativa que o termo assédio sexual carrega. Ele é amplamente utilizado em diversos diplomas normativos, bem como em documentos produzidos por órgãos públicos, entidades não governamentais e órgãos multilaterais, estando presente em praticamente todas as cartilhas de combate à violência laboral, contra a mulher ou contra crianças e adolescentes. Quase sempre com uma conotação mais ampla do que a conferida pela norma penal. A título ilustrativo, a Organização Internacional do Trabalho define assédio sexual como (no original, em inglês):

“Sexual harassment” is defined as any behaviour of a sexual nature that affects the dignity of women and men, which is considered as unwanted, unacceptable, inappropriate and offensive to the recipient, and that creates an intimidating, hostile, unstable or offensive work environment.

“Quid pro quo” (this for that) sexual harassment is committed when an employer, supervisor, manager or co-worker, undertakes or attempts to influence the process of recruitment, promotion, training, discipline, dismissal, salary increment or other benefit of an existing staff member or job applicant, in exchange for sexual favours.^[5]

45. Em tradução livre:

Assédio sexual é definido como qualquer comportamento de natureza sexual que afete a dignidade de mulheres e homens, que seja considerado indesejado, inaceitável, impróprio e ofensivo para o destinatário, e que crie um ambiente de trabalho intimidante, hostil, instável ou ofensivo. O assédio sexual “Quid pro quo” (isto por aquilo ou assédio sexual por chantagem) é cometido quando um empregador, supervisor, gestor ou colega de trabalho, empreende ou tenta influenciar o processo de recrutamento, promoção, formação, disciplina, dispensa, aumento salarial ou outro benefício de um funcionário existente ou candidato a emprego, em troca de favores sexuais.

46. O mesmo documento, a seguir, faz o esclarecimento do que não configura assédio sexual:

What is not sexual harassment:

- *Occasional compliments that are socially and culturally acceptable and appropriate.*
- *Any interaction of a sexual nature which is consensual (except for those prohibited by the law such as sexual intercourse with children), welcome or reciprocated.^[5]*

47. Também, em tradução livre:

O que não é assédio sexual:

- Elogios ocasionais que sejam social e culturalmente aceitáveis e apropriados;
- Qualquer interação de natureza sexual consensual (exceto aquelas proibidas por lei, como relações sexuais com crianças), bem-vinda ou retribuída.

48. Nesse sentido, compreende-se a escolha feita pelo Parecer n. 00001/2023/PG-ASSEPIO/SUBCONSU/PGF/AGU (seq. 98) em tomar o conceito amplo de assédio sexual como referência principal na descrição dos comportamentos violadores da dignidade sexual e puníveis com pena de demissão.

49. Se a norma disciplinar, contudo, não alude especificamente a nenhum tipo de comportamento de natureza sexual, mas pune a utilização do cargo para obtenção de vantagens indevidas, assim como a incontinência pública e as condutas escandalosas, são os elementos descritivos desses comportamentos que vão interessar, em última análise, para a correta aplicação da norma administrativa disciplinar.

50. Desse modo, devem as autoridades administrativas verificar, no comportamento do servidor sob exame, a existência dos elementos descritivos das condutas previstas nos artigos 117, inciso IX e 132, inciso V. São esses elementos que irão determinar a licitude ou ilicitude da conduta, bem como a penalidade a ser aplicada.

2.5 Dos elementos configuradores dos ilícitos dos artigos 117, IX e 132, V, da Lei n. 8.112/1990, nas condutas ofensivas à dignidade sexual

51. Fixado o entendimento de que, na apuração das condutas potencialmente ofensivas à dignidade sexual, uma vez presentes os elementos descritivos dos comportamentos vedados, nos artigos 117, IX e 132, V, da Lei n. 8.112/1990, a pena de demissão se impõe, necessário buscar a fixação de balizas mais concretas para orientar a aplicação das normas legais.

52. O artigo 117, IX, dispõe:

Art. 117. Ao servidor é proibido
(...)

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

53. O valimento do cargo, portanto, é elemento central na configuração do tipo disciplinar. A conduta do agente deve, de alguma forma, guardar relação com o exercício irregular dos poderes ou prerrogativas do cargo ou função. Não é necessário que haja superioridade hierárquica em relação à vítima, mas o cargo deve exercer um papel relevante na dinâmica da ofensa.

54. Enquadra-se nesse dispositivo a conduta descrita no crime de assédio sexual, do artigo 216-A, do Código Penal. A diferença fundamental é que, para a configuração do tipo penal em questão, a hierarquia ou a ascendência funcional é elemento essencial. No caso do valimento do cargo, não é necessário que uma delas esteja presente.

55. É possível imaginar outras hipóteses em que o agente se utiliza de seu cargo ou função para atingir a dignidade sexual de outra pessoa. Por exemplo, chantageando alguém com a possível divulgação de informação que ele obteve no exercício do cargo ou da função. Ou o servidor que tem acesso às câmeras de segurança e as utiliza para gravar os corpos das vítimas, com o objetivo de se satisfazer sexualmente.

56. Não é necessário que o agente tenha êxito em obter a vantagem sexual perseguida. Basta que ele se tenha utilizado do cargo na tentativa de obter algum benefício de natureza sexual. Trata-se de um ilícito de mera conduta, não sendo necessária a consumação do ato ou da interação sexual para surgir a necessidade de punição. Desnecessária, de igual modo, a reiteração. É suficiente um único ato indesejado, inaceitável, impróprio ou ofensivo para o destinatário, que ultrapasse as balizas de um simples elogio, social e culturalmente aceitável, e desde que fique clara a utilização indevida do cargo para esse fim.

57. Nesse ponto, em específico, a ausência de consentimento da vítima é ponto fundamental para configuração do ilícito administrativo disciplinar. Com efeito, não se configura proveito pessoal indevido a interação de natureza sexual consensual, bem-vinda ou retribuída, entre pessoas adultas e com plena capacidade de consentir, como reconhece a própria OIT.

58. Conquanto não se exija a reiteração das condutas para a configuração do assédio sexual - no caso, do valimento do cargo - não se desconhece que a insistência do agente, mesmo em face da ausência de consentimento da vítima, configura uma circunstância agravante e de grande relevância probatória. Em certas situações, pode não ser fácil determinar o caráter ilícito de uma conduta pontual, mas a repetição do atos não consentidos colabora para tornar evidente a ilicitude.

59. Importante pontuar, ainda: que ausência de consentimento não pressupõe a necessidade de negativa explícita. Se a vítima não consentiu expressamente, não retribuiu ou não demonstrou, claramente, que a interação é bem-vinda, não há consensualidade.

60. O artigo 132, V, por sua vez, dispõe:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

61. Nesse caso, não é necessária a utilização do cargo. Desde que a conduta ofenda a moralidade - e a moralidade administrativa em especial - com tal gravidade que a conduta se mostre escandalosa.

62. Enquadram-se nessa hipótese, indubitavelmente, todas as condutas descritas no Título VI - Dos crimes contra a dignidade sexual, do Código Penal. Se uma conduta de natureza sexual apresenta o mais alto grau de reprovabilidade social, a ponto de ser tipificada penalmente, é evidente que a sua consumação ofende a moralidade administrativa de maneira grave e, portanto, escandalosa, nos termos do artigo 132, V, da Lei n. 8.112/1990.

63. Reafirma-se, no ponto, a independência das instâncias administrativa e penal. A configuração da conduta administrativamente escandalosa, na hipótese do parágrafo anterior, independe da persecução criminal. Suficiente que o ato descrito, em tese, em um daqueles tipos penais, corresponda à conduta do agente, conforme verificado pela autoridade administrativa, para a instauração do procedimento disciplinar e aplicação da penalidade cabível.

64. Mesmo condutas não tipificadas penalmente podem ser consideradas escandalosas. Para tanto, devem apresentar um elevado grau de reprovabilidade social, ofendendo gravemente a moralidade administrativa. Nesses casos, entretanto, recomenda-se cautela ainda maior na apuração dos fatos, de modo a demonstrar em que medida a conduta analisada se mostra, de fato, escandalosa ou se enquadra como incontinência pública, para os fins de determinar a aplicação da pena de demissão.

3. CONCLUSÕES

65. As condutas ofensivas à dignidade sexual, praticadas no ambiente de trabalho ou que guardem alguma relação com o serviço, são puníveis com pena de demissão, nos termos do artigo 132, XIII c/c 117, inciso IX e do artigo 132, inciso V, da Lei n. 8.112/1990.

66. Configura o tipo administrativo do artigo 117, IX, da Lei n. 8.112/1990, a conduta do agente tendente a obter algum proveito de natureza sexual, por meio de interações não consentidas, indesejadas, inaceitáveis, impróprias ou ofensivas para o destinatário e que

garde relação com o exercício irregular dos poderes ou prerrogativas do cargo ou função. Não é necessário que haja superioridade hierárquica em relação à vítima, mas o cargo deve exercer um papel relevante na dinâmica da ofensa.

67. Configura o tipo administrativo do artigo 132, V, a incontinência pública ou a conduta escandalosa do servidor, que ofende de forma gravíssima a moralidade administrativa. Enquadram-se nessa hipótese as condutas descritas no Título VI - Dos crimes contra a dignidade sexual, do Código Penal, bem como todas as condutas de natureza sexual que sejam, ou venham a ser, tipificadas pelas demais leis penais. Se o Direito Penal, que é a resposta última do Estado, criminaliza determinada conduta por considerá-la ofensiva à dignidade sexual, significa que ela é, conseqüentemente, escandalosa, nos termos do artigo 132, V, da Lei n. 8.112/1990.

À consideração superior.

Brasília, 04 de setembro 2023.

TULIO DE MEDEIROS GARCIA
Procurador da Fazenda Nacional
Consultor da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00407018385201915 e da chave de acesso 78f4096f

Notas

1 - https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_831984/lang--pt/index.htm. Acesso em 31/08/2023.

2 - Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

3 - REsp 2006738/PE. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. 14/02/2023. Publicação: DJe 27/02/2023

4 - AgRg no RMS 27.998/AP. Relator Ministro Og Fernandes. Sexta Turma. 18/09/2012. Publicação: DJe 15/10/2012

5 - https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-hanoi/documents/publication/wcms_371182.pdf. Acesso em 04/09/2023

4 - COMPULSORIEDADE DA APLICAÇÃO DA PENA

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena. Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Incontinência pública e conduta escandalosa.

PARECER AGU Nº GQ-167

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 1º.X.98”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 21000.007205/97-29

ORIGEM: Ministério da Agricultura e do Abastecimento.

ASSUNTO: Aplicação de penalidade a servidor.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-21/98, de 23 de setembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 1º de outubro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-21/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-167)

EMENTA: Configurada a infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, a apenação expulsiva torna-se compulsória. Os fatores de graduação de pena, enumerados no art. 128 da Lei nº 8.112, podem justificar punição mais grave que a expressamente cominada para o ilícito praticado.

PARECER

Comissão de inquérito, designada para apurar irregularidade praticada por servidor qualificado como Motorista Oficial do quadro de pessoal do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, asseriu, no seu relatório final, *verbis*: *“Salta aos olhos que a intenção do servidor, quando adentrou no prédio do Ministério, na garagem oficial, acompanhado de uma mulher, uma prostituta, no início da madrugada do dia 15 de novembro de 1997, quando estava em seu horário de trabalho, plantão, era de manter com ela relação sexual”*, vindo o colegiado a alvitar a inflição da penalidade expulsiva, por isso que: a) foram inobservadas normas legais e regulamentares e b) o acusado incorreu em incontinência pública e em conduta escandalosa, na repartição, e em falta grave.

2. Dessa ilação dissentiu a Consultoria Jurídica do Ministério, sob a alegação de que não estariam caracterizadas a incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição, ou a falta grave, concluindo pela conversão da punição sugerida pela c.i. em suspensão (Parecer/CJA/CJ nº 11/98).

3. A essa sugestão anuiu o Ministro de Estado da Agricultura e do Abastecimento (E.M. nº 55/MA, de 21/8/98), todavia assim discordou a Casa Civil da Presidência da República,

após examinar a materialidade e a autoria (Nota nº 3087/98-SAJ/PR/JM, de 2/9/98), procedendo ao encaminhamento dos autos a esta Advocacia-Geral da União (Aviso nº 1234, de 10/9/98): *“A incontinência pública e conduta escandalosa, tal qual inserida no inciso V do art. 132 do Regime Jurídico Único, sem falar, neste ponto, nas demais ilicitudes praticadas pelo acusado, salta aos olhos no decorrer de todo o processo em comento”*.

4. Nos seus aspectos de maior relevo, seguem sintetizados os fatos imputados ao indiciado, os quais se reputam revestidos de veracidade, em face dos elementos de convicção constante do presente processo disciplinar: 1) durante seu horário de trabalho e após ingerir chope e apanhar uma prostituta, no centro comercial de Brasília denominado de Conic, o indiciado dirigiu-se à garagem de sua repartição e, por volta de 23h e 30m, nela adentrou com essa acompanhante, nada obstante as advertências feitas por dois vigilantes, com o intuito de demovê-lo desse propósito; 2) alertados desse fato, o fiscal de segurança da empresa prestadora de serviços de vigilância e o chefe da equipe de segurança do Ministério, bem assim os dois vigilantes, localizaram o indiciado e sua acompanhante no banheiro masculino.

5. Os acontecimentos que se seguiram foram relatados pelo primeiro empregado, no depoimento de fls. 31 e 33, cujo teor foi trasladado nos seus aspectos mais informativos e é condizente com os outros três testemunhos de fls. 34 a 42: *“... diante dessa situação, e ao encontro do motorista (...) e de sua companheira, os encontramos no banheiro masculino, no interior da garagem, exatamente no segundo box com vaso sanitário, de portas entreabertas, com os dois em seu interior; a abertura da porta era aproximadamente de uns 15 ou 20 cm; pudemos observar a presença dos dois no referido local, tendo em vista que a porta pela abertura que tem embaixo, possibilita a visualização dos pés de quem está dentro do box; visualizamos nessa ocasião os pés do motorista ... e de sua acompanhante; surpreendido com tal situação, o motorista oficial negava a presença de alguém consigo, no que foi contestado já que vimos os pés de sua acompanhante; apesar de certa resistência, atendendo a nossos pedidos para que saísse, o Sr. (...) veio a atender o nosso pedido, saindo do box se arrumando, ou seja, *acabando de vestir a camisa; ato contínuo, e pela certeza de tinha mais alguém com ele, bati à porta do referido box pedindo para que sua acompanhante saísse, no que fui atendido, ela acompanhante saiu informando que não tinha culpa alguma; sendo solicitada a se identificar, apresentou certa alteração, primeiro se negando a se identificar, após ofendendo verbalmente o Sr. (...); ela negou possuir, para fins de identificação, qualquer documento, inclusive, abrindo a bolsa nesse sentido, quando observamos na verdade que não existiam documentos em seu poder; limitou-se ela a informar seu nome, dizendo que se chamava (...), e que era prostituta há 04 anos, tendo como local de encontros o Conic, lugar deste de onde saiu para acompanhar o motorista ...; o Sr. (...) por sua vez, mostrava-se evasivo, dizendo que a Vigilância não tinha nada com isso, e que ele, (...), assumiria todas as responsabilidades; a Vigilância só teria evitado a entrada do servidor (...) e de sua companheira se tivesse usado a força, o que achei desaconselhável por tratar-se de servidor do Órgão e não de um estranho; quando usei a expressão ‘relacionando-se sexualmente’ na ocorrência nº 027/97, o fiz porque, na verdade, presenciei e verifiquei que estavam eles se relacionando sexualmente sim, já que estavam sem roupas, as quais estavam no chão do box e, principalmente, porque estavam corpo a corpo, ou seja, juntos, com movimentos caracterizadores da relação sexual sem dúvida alguma; pude verificar essa situação pelos 20 cm da abertura da porta do box, sendo certo que o recinto se encontrava com as luzes acesas, o que permitiu a visualização; na manhã do dia 15, acompanhados do Chefe de Transportes, por volta das 07:30 horas, estivemos no local dos fatos, quando encontrei na lixeira do referido box, um preservativo usado, acompanhado de um lenço de bolso, com o que recolhi o referido material, colocando-o em um invólucro ...”**

6. O art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, estatui a compulsória demissão do servidor, sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se na irrogação da penalidade. É dever de que se não pode esquivar, dado o caráter peremptório do art. 132, *ipsis litteris*: “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço;”.

7. À tipificação do ilícito previsto no transcrito item V é imprescindível que a incontinência seja considerada como pública, assim entendida no sentido que deflui do registro efetuado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, in Novo Dicionário da Língua Portuguesa: “5. Conhecido de todos; manifesto, notório: O escândalo tornou-se público”. Os fatos da espécie não se consideram públicos, porquanto, no respeitante à incontinência, ocorreram no banheiro e o indiciado cercou-se do cuidado de fechar a porta.

8. Já sua conduta reputa-se escandalosa, como consignado na obra aludida no item anterior: “escandaloso ... 4. Indecoroso, vergonhoso, indecente”.

9. Ainda, insurgiu-se o indiciado contra a determinação dos dois vigilantes, incumbidos de controlar o acesso dos servidores à garagem, para que não adentrasse, com sua acompanhante, naquele recinto da repartição. Fê-lo com o objetivo de praticar conjunção carnal, como comprovado nos autos, configurando-se a insubordinação grave em serviço.

10. Ademais, os tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, não impedem a aplicação de punições mais graves que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. Assim é que a apenação do servidor faltoso pode ser agravada pela autoridade julgadora, pois o art. 128 desse Diploma Legal estabelece que, na “*aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais*”. A Lei impõe à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, mas, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o fito de descaracterizar o ilícito administrativo ou de amenizar indevidamente a punição.

11. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112: “Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave”.

12. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, *verbis*:

“Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a Administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128” (*Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220*).

13. A regra contida no art. 128, aludido no item anterior, induziu Rigolin à meditação de que a “*gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram. Levam-se em conta*

também, para aquilatar a penalidade mais adequada a cada infração cometida, circunstâncias que agravem ou que atenuem a punibilidade do servidor infrator, sem cujo exame não poderia restar justa e imparcial a aplicação de qualquer penalidade... Apenas do necessário exame conjunto e do confronto de todos esses elementos poderá a Administração enquadrar seu servidor em algum tipo penal da L. 8.112, bem como ter os primeiros parâmetros ao procedimento punitivo que lhe deve aplicar”. (Op. cit, pp. 219/220).

14. Mesmo que não estivessem caracterizadas a conduta escandalosa e a insubordinação grave em serviço, suficientes para editar-se obrigatoriamente o ato expulsivo do indiciado, o exame do contexto dos autos imprimem a convicção de que a gravidade e o teor das irregularidades, enumeradas no relatório final e no item 4 deste expediente, justificam a conclusão do colegiado, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerando que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão.

15. Impõe-se a responsabilização administrativa do indiciado, por força do art. 132, item V, da Lei nº 8.112 (conduta escandalosa, na repartição). Incabível a fundamentação múltipla quando o fato ilícito é singular.

Sub censura.

Brasília, 23 de setembro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Verificadas autoria e infração, a pena de demissão não se atenua. Nulidade requer comprovação do efetivo dano à defesa. Consultoria jurídica é ato de mera assessoria, não vinculante.

PARECER AGU Nº GQ-177

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 3.XII.98*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 07/12/98, pg. 1 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00001.012232/97-24

ORIGEM: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal

ASSUNTO: Manutenção de penalidade de demissão.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-24/98, de 30 de outubro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 3 de dezembro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-24/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-177)

EMENTA: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato. Na hipótese em que o processo disciplinar seja nulo, deve assim ser declarado pela autoridade julgadora, vedado receber pedido de atenuação da penalidade como de revisão processual, pois é dever da Administração revisar seus atos inquinados de ilegalidade e o processo disciplinar é revisto quando há elemento de convicção capaz de demonstrar a inocência do servidor punido ou a inadequação da pena infligida. O entendimento externado por Consultoria Jurídica, no respeitante a processo disciplinar, constitui-se em simples ato de assessoramento e não se reveste do poder de vincular a autoridade julgadora. O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção. Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha. O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.

PARECER

O Diário Oficial do dia 8 de agosto do ano transato publicou decreto do dia precedente, destinado a demitir ocupante de cargo de Engenheiro Civil, do Quadro Permanente do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas, por aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.

2. Inconformado com a edição desse ato punitivo, o interessado postulou sua revogação ou anulação, com o fito de continuar a perceber os proventos decorrentes da aposentadoria, editada após o julgamento do processo por autoridade ministerial e antes de aplicada a demissão.
3. Aduziu-se tal pedido a esta Instituição porque, previamente à aplicação da penalidade de que se recorre, a AGU entendera ser esta necessária, em vista das razões fáticas e jurídicas consignadas na Exposição de Motivos nº 8/94-CE, de 23 de dezembro de 1994, do então Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (v. o Parecer nº AGU/LS-1/95, adotado mediante o Parecer GQ-60).
4. As irregularidades imputadas ao requerente foram inicialmente apuradas em sindicância e por comissão de inquérito, designada pelo Titular do então Ministério da Integração Regional, mediante a Portaria nº 339, de 26 de maio de 1994, constitutiva do Processo Disciplinar nº 06000.003405/94, de que adveio a Portaria nº 635, de 21 de outubro de 1994, expedida pela aludida autoridade e publicada no Diário Oficial de 24 subsequente, na qual acolheu-se o relatório do colegiado e infligiu-se ao interessado a suspensão por noventa dias, após o pronunciamento da Consultoria Jurídica da referida Secretaria de Estado.
5. Interposto pleito de reconsideração contra tal penalidade, através do Proc. nº 06555.000736/94-41, a Consultoria, mencionada no item precedente, emitiu novo pronunciamento, alvitando a designação de comissão incumbida de proceder à revisão do processo disciplinar, com suporte no art. 177 da Lei nº 8.112, de 1990, a fim de ser examinada a viabilidade da adequação da penalidade de suspensão à de advertência, como solicitado pelo requerente, nada obstante a nulidade do processo, repleto que estaria de vícios insanáveis (cfr. o Parecer Conj. nº 1.299/94, de 29/12/94), vindo o colegiado assim constituído (Portaria nº 52-DG/DPE, de 2/5/95, do Diretor-Geral do DNOCS) a concluir que, *“... diante do que ficou apurado neste processo, poderia, até mesmo, concordar com a supressão da pena. Todavia, como já explicitado, entende que não pode entrar no mérito da punição, por estar calcada em provas que foram carreadas para os autos, sem a observância dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, consagrados no art. 5º item LV, da Constituição Federal”*.
6. Vinculado o DNOCS ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, por intermédio do Decreto nº 1.361, de 1995, e em atenção à proposta formulada pela respectiva Consultoria Jurídica (Parecer nº 103/MMA/Conjur/95), o dirigente do último Órgão designou nova comissão para proceder à revisão do Processo Disciplinar nº 06000.003405/94 (Portaria nº 289, de 4/12/95), a qual propugnou a conversão da penalidade de suspensão em advertência, considerada a primeira como *“excessivamente rigorosa, desproporcional ao delito praticado e sem o respectivo respaldo legal”*, no que foi atendida pela autoridade instauradora (v. o despacho de f. 15 e a Portaria nº 46, de 22/3/96, in D.O. de 25 seguinte, f. 16).
7. Em 19 de março de 1997, a Seção 2 do Diário Oficial divulgou a Portaria nº 127, de 14 antecedente, editada pelo Diretor de Pessoal do DNOCS, efetuando a aposentadoria do peticionário, a pedido, no cargo de Engenheiro do quadro permanente daquela entidade autárquica.
8. Em dezembro de 1994, o Ministro de Estado Chefe da então Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, também na qualidade de Presidente da Comissão Especial criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 de dezembro de 1993, alçou à consideração do Presidente da República *“a decisão final sobre o Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94, solicitando que, após cumpridas as formalidades de estilo,*

seja declarada a nulidade do julgamento proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Integração Regional, a fim de que outro possa ser proferido e sejam aplicadas as sanções legais adequadas, culminando ... com a aplicação da pena de demissão a ..., conforme os fundamentos expostos” (E.M. nº 8/94-CE, de 23/12/94). O Proc. nº 06000.003405/94 foi protocolizado na Presidência da República sob o nº 00002.006570/94-38.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

9. Consoante já elucidado, a esta AGU pareceu cabível o Presidente da República acolher a sugestão ínsita na Exposição de Motivos a que alude o item anterior e no relatório de Inspeção da Comissão Especial, provindo, destarte, a expedição do decreto punitivo.

10. A seguir, são elencados os seguintes fundamentos, de ordem fática e jurídica, entendidos pelo requerente como capazes de demonstrar a viabilidade de sua pretensão, sob os prismas de maior relevo:

a) a comissão de inquérito concluíra que o interessado havia incorrido apenas nas faltas disciplinares a que aludem os itens I, II e III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, sugerindo, em decorrência, a suspensão em seu grau máximo, o que se verificou. Todavia a comissão revisora de que trata a Portaria nº 52-DG/DPE, do Diretor-Geral do DNOCS consignou que poderia concordar com a supressão da penalidade, não fosse a impossibilidade de *“entrar no mérito da punição, por estar calcada em provas que foram carregadas para os autos, sem a observância dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa”*, como o asseverara a Consultoria Jurídica do então Ministério da Integração Regional, no citado Parecer Conj. nº 1.299/94. Com efeito, referida unidade jurídica indicou os seguintes vícios insanáveis de que o processo disciplinar estaria eivado, *“especialmente o de cerceamento da defesa, que restou prejudicada”*, ensejando sua anulação:

I - o requerente não foi notificado dos depoimentos elencados à f. 10, fato que *“poderia até ser justificado por ter ocorrido no início do procedimento, onde ainda por certo não se encontravam indícios conclusivos contra o servidor”*. No entanto, a partir do afastamento do então indiciado do exercício de suas funções (f. 110), a c.i. não poderia *“deixar de intimar o servidor para todos os atos da instrução, tais como tomada de depoimentos; oitiva de testemunhas, levantamentos periciais; vistas de provas colhidas e etc.”*, ao passo que ele *“só foi intimado para o seu próprio interrogatório às folhas 120 (cento e vinte), o que veio a ocorrer às folhas 172 (cento e setenta e dois) e para uma acareação às folhas 202 (duzentos e dois), realizada às folhas 224 (duzentos e vinte e quatro)”*. Teria sido transgredido o disposto nos arts. 153, 156 e 159 da Lei nº 8.112, com desobediência ao contraditório, ao omitir-se a comissão em não proceder à intimação do postulante no tocante a treze depoimentos, permanecendo este *“à margem de todo o processo de instrução”*.

O exame de processo disciplinar pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios constitui simples ato de assessoramento interno e é desprovido do poder de vincular o Presidente da República que, aliás, dele poderá prescindir sem que desse fato resulte qualquer prejuízo para o contraditório e a ampla defesa, pertinentes à então transcorrida fase de inquérito administrativo, a teor do art. 151 da Lei nº 8.112. A manifestação do Órgão jurídico do Ministério da Integração Regional era prescindível à decisão presidencial e não se reveste de conotação que demonstre a invalidade da pena, por si só ou pela juridicidade de seu entendimento. São apreciadas, a seguir, considerações ligadas às assertivas feitas pela

referida Consultoria, inclusive em face do seguinte art. 156 da Lei nº 8.112, *verbis*: “Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

Os direitos pessoais assegurados pelo artigo acima trasladado adstringem-se aos explicitamente enumerados, vedado ao intérprete acrescentar outros, ao seu arbítrio, no intuito de idealizar proposições teóricas que entenda compreendidas nos conceitos do contraditório e da ampla defesa. Os contextos do processo disciplinar e dos dois processos de revisão e a oportunidade indicam a conveniência de reproduzir-se a preleção de Celso Ribeiro Bastos, no respeitante ao instituto do contraditório, *ipsis litteris*:

“O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.” (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol, p. 267)

O art. 156, acima reproduzido, facultava ao requerente o acompanhamento do processo e a contradita dos resultados, obtidos com a investigação, sem que ele sequer pleiteasse a reinquirição das testemunhas ouvidas sem sua notificação. Não demonstrou efetivo prejuízo que porventura houvesse sofrido sua ampla defesa, como se constata da efetivada no processo. No curso da apuração dos fatos, o interessado tinha ciência da existência da investigação, das irregularidades (efetuou-se sindicância regular, previamente à instauração processual) e do direito à defesa, bem assim foi ouvido no inquérito administrativo e, de forma iterativa, postulou sobre os fatos, advindo, inclusive, os dois processos revisionais, tudo anteriormente ao julgamento proferido pelo Presidente da República.

Atente-se para o aspecto de que o cerceamento de defesa é um fato e, como tal, há de ser demonstrando: é incabível sua presunção. Em nenhum momento, os propugnadores da nulidade processual, no caso, indicaram o efetivo prejuízo que teria sofrido a defesa, limitando-se a presumi-lo. Demais disso, relegaram ao olvido a finalidade pela qual se garante aos acusados o direito de se defenderem e de contraditarem, consistente em proporcionar ao julgador a convicção da existência, ou não, dos fatos e da inocência ou culpabilidade. Será demonstrado adiante que aceitam-se os fatos e a autoria do peticionário, contudo é suscitada a nulidade processual. Deve-se considerar as expressões de Celso Ribeiro Bastos (op. cit, p. 267): torna-se necessário apreciar “*se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento*” (o do magistrado). “*Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo*”.

Foram especificadas acima as facilidades ensejadas e utilizadas pelo requerente para exercer seus direitos de defesa, cujo alcance é objeto de opiniões doutrinárias coincidentes, sob esse prisma, com a conclusão da comissão de inquérito e a apenação imposta pelo Presidente da República, bem como destoantes da proposição do interessado e de outros pronunciamentos inquinadores do apuratório de vícios insanáveis. É assim entendido, *ipsis verbis*:

“O servidor estável pode ser demitido por mero processo administrativo. É necessário, contudo, que se proceda de molde a assegurar o contraditório ou a ampla defesa. Portanto, tem de haver imputação de um fato hábil a

acarretar essa sanção e suficientemente descrito de modo a assegurar a possibilidade de defesa. Para que esta se complete é indispensável que se proporcione ao indiciado os meios de prova em direito admitidos, sem referir-se ao próprio direito de apresentar razões e de ter amplo acesso ao processo.” (*Comentários à Constituição do Brasil - Celso Ribeiro Bastos, Editora Saraiva, 1992, 3ª vol, p. 223*)

“Por ampla defesa se entende a vista do processo, com a faculdade da resposta do réu e do contraditório, permitindo a produção de provas em contrário. Deve-se também no processo administrativo, como no judicial, penal ou não, conceder a oportunidade ao acusado de contraditar a acusação, sem o que torna nula a punição administrativa. A garantia de ampla defesa é garantia constitucional (CF de 1988, art. 41, § 1º) (v. também a TASP, RT, 215:297, e 270:632; TJSP, RDA, 45:123 e 54:364; RT, 261:365; TFR, RDA, 38:254; STF, RDA, 47:108).” (*Comentários à Constituição Brasileira - Pinto Ferreira, Editora Saraiva, 1990, 2ª vol, p. 421*)

O magistério de Pontes de Miranda, é mencionado por Sérgio de Andréa Ferreira, nos seguintes termos:

“Diz Pontes de Miranda, (‘Comentários à Constituição de 1946’, vol. IV, 1953, pág. 387): ‘O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. Existe, porém, conceito ‘a priori’ de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa’.

Os processualistas indicam como elementos básicos, para que seja, efetivamente, assegurada ao acusado tal garantia, os seguintes elementos: 1º) ciência inicial da acusação, através da citação; 2º) audiência do acusado, mediante interrogatório do mesmo; 3º) faculdade de acompanhamento da prova, à medida que for sendo produzida; 4º) faculdade de produção de contraprova.” (*Comentários à Constituição, Livraria Bastos S.A., 1991, 3ª vol, p. 474*)

A certeza da transgressão e da autoria advém de provas da prática de numerosas faltas disciplinares em que o interessado incorreu, as quais são adnumeradas, de maneira satisfatória, no termo de indicição (f. 323) e no relatório final (fls. 487 e 488), resultando nos seguintes resultados ilícitos, obtidos durante a construção de doze barragens, nos Estados da Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará e Piauí (p. 26 do relatório final):

- 1 - “superfaturamento, num percentual da ordem de 195%, nos processos licitatórios realizados pelos estados e municípios em relação à tabela oficial do DNOCS, nas 12 (doze) obras averiguadas”;
- 2 - “repasses efetuados por aquele Departamento (o DNOCS), além do permitido, num valor superior a sete milhões de dólares”;
- 3 - “descompasso entre os recursos transferidos, mesmo levando em conta o orçamento compactuado na licitação e a realização física, chegando-se em alguns casos a 100%”.

Segue reproduzida a maneira como as irregularidades eram perpetradas (pp. 15 e 16 do relatório final), *ipsis litteris*:

“Inicialmente, para cada barragem consta o preço da proposta da firma responsável pela execução da obra, à época da licitação (coluna A). Comparando-se com os preços praticados pelo DNOCS (coluna B), tanto em Cruzeiro como em Dólar, chega-se a conclusão de que todas as obras estão

com os preços superiores acima do permitido (coluna C=A/B). Os itens que compõem a tabela do DNOCS permitem uma margem de preço de mais 10% e menos 10%. Entretanto, a direção do órgão não se preocupou na análise dos preços apresentados pelas firmas responsáveis na execução das obras, comparados com suas tabelas, o que levou a um acréscimo, em média, de 68%. Com relação aos preços dos serviços executados, colunas (D), (E) e $(F=D/E)-1$ observa-se que permaneceu essa discrepância, notadamente na barragem Saco com 80,97%, Santa Cruz com 85,05%, Oiticica com 71,51% e principalmente Paula Pessoa com 164,08%. O mais grave na tabela supracitada é que, com o cancelamento dos convênios entre o DNOCS e as Universidades Federal e Estadual do Ceará, a não tramitação dos processos pelos setores competentes (Dipro e Dibra), com a aprovação dos planos de trabalho pelo Diretor da DGO e a transferência de recursos pelo Diretor Geral, tudo sem nenhum controle, chegou-se ao absurdo de liberação, além do permitido, de US\$ 395,006.27 para Saco, de US\$ 1,556,704.31 para Oiticica, de US\$ 4,625,109.86 para Santa Cruz, de US\$ 75,161.31 para Paula Pessoa, e de US\$ 392,974.69 para Pedra Redonda, totalizando um volume de recursos da ordem de US\$ 7,044,956.88, coluna H=(G-E).

Obs.: Os recursos financeiros referentes ao Perímetro de Irrigação do Baixo Açu encontram-se em NCZ\$ contratados à época, e o percentual de 115.51% do financeiro realizado, deve-se ao fato de que existem mais serviços não contratados do que os aprovados pelo DNOCS, tendo em vista não constarem da tabela de preços da Autarquia. Ressalte-se que, o próprio Ministério da Integração Regional transferiu recursos financeiros ao Governo do Estado do Rio Grande do Norte para a Barragem de Santa Cruz, em Apodi, no valor de Cr\$ 48.262.500,00 (processo 01600.006715/93-42), mesmo com as obras paralisadas, suspeitas de superfaturamento. É de se supor que, outros órgãos do Governo Federal tenham liberados recursos financeiros para as obras objeto de averiguação por parte desta CPAD.

VIII - Das Irregularidades

As irregularidades, em resumo, constaram do seguinte: 1 - Aprovação de planos de trabalho sem análise dos custos dos projetos objeto dos convênios/repasses; e 2 - Liberação de recursos a obras com preços superiores aos da tabela do DNOCS.

Conforme apurado por esta Comissão e já relatado no item específico 'Dos Fatos e Provas', verificou-se que, em se tratando de obras executadas por Governos Estaduais e Municipais, com recursos do Governo Federal, o DNOCS como órgão repassador, não adotou as providências cabíveis no sentido de analisar os planos de trabalho pelos órgãos competentes (Dipro e Dibra), nem de controlar seus custos, a fim de assegurar o fiel cumprimento da legislação pertinente e resguardar o interesse público. A ausência de tais providências proporcionou o cometimento de irregularidades sob a responsabilidade direta de dois dirigentes do órgão, a seguir relacionados:

- ..., Engenheiro Civil, funcionário público federal, pertencente ao quadro de pessoal do DNOCS, lotado na 3ª Diretoria Regional/PE, ex-Diretor da DGO, contra quem esta CPAD atribui responsabilidade decorrente de:

Aprovação dos planos de trabalho das obras conveniadas, sem a participação efetiva dos órgãos técnicos da Autarquia (Dipro e Dibra), no que se refere a análise dos aspectos técnicos dos Projetos e comparação dos itens componentes das planilhas de custos com a realidade do

mercado, conforme evidenciam os depoimentos de fls. 128/129 (Dr. ...), fls. 132/133 (...), fls. 134/135 (...), fls. 136/137 (...), fls. 172/174 (do próprio indiciado - ...); e

Não cumprimento da CI nº 23/DG/GAB, de 16/04/92, que recomendava entre outros, análise percutiente dos programas de trabalho apresentados para celebração dos convênios no que se refere a verificação da compatibilidade dos preços praticados por Estados e Municípios com os constantes da tabela do DNOCS, conforme evidenciam os termos do seu próprio depoimento, fls. 172 a 174 e as declarações do Sr. Diretor Geral as fls. 175 a 178, onde demonstra ter dotado a DGO dos meios necessários a implementação de um controle mais eficaz.”

Enfatiza a c.i. que as transgressões foram alvos de denúncias de parlamentares e de notícias veiculadas na imprensa, sobre as quais emitiram pronunciamento, no sentido da materialidade, a Procuradoria da República no Estado do Ceará, o Tribunal de Contas da União (cfr. relatório de inspeção constante do Proc. nº 00002.006570/94-38), a Ciset e a comissão de sindicância (fls. 66 a 109) do Ministério da Integração Regional (v. o item 2 do relatório final). Acrescente-se a faceta de o próprio interessado haver requerido que se convertesse em advertência e penalidade de suspensão aplicada, numa aceitação de que irregularidade praticou. Isto é registrado até mesmo pela Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Regional, no aludido Parecer Conj. nº 1.299/94, de 29/12/94, p. 5:

“São duas as acusações que pesaram contra o servidor. Não cumprimento de Comunicação Interna e Aprovação de Planos de Trabalho de obras conveniadas, sem a participação efetiva de órgãos técnicos da Autarquia (Dipro e Dibra). Pelo que se constata, o servidor não nega tais fatos. Contudo, justifica em que situação eles ocorreram, vivida e presenciada não só por aquelas testemunhas citadas na instrução, mas, também, por outras, tais como o Doutor (...), Procurador Geral do DNOCS, o qual afirma que ...”.

Nesse mesmo pronunciamento, dita unidade jurídica anuiu à adequação da penalidade, numa demonstração de que convicta estava quanto à prática das infrações. Os fatos ilícitos foram igualmente enumerados pelas comissões revisoras (cfr. a f. 45 do relatório concernente à Portaria nº 52-DG/DPE, expedida pelo Diretor-Geral do DNOCS, e as fls. 8 e 9 do relatório pertinente à Portaria nº 289, do Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal);

II - a c.i. designou servidor do DNOCS, como se fosse perito, a fim de efetuar *“levantamentos, estudos e análises sobre as questões objeto do processo sem que de tal iniciativa fosse dado conhecimento ao servidor apenado, assegurando-se a este o direito de, querendo, apresentar quesitos ou mesmo acompanhar de perto os trabalhos. Aqui, também, incontestavelmente, foi cerceada sua defesa. Às folhas 205, de igual forma, constata-se diligências de vistoria nas obras sob apuração, sem que dela tivesse conhecimento o servidor ou seu procurador, também por ausência do comunicado por parte da Comissão. Curioso também é o fato da Douta Comissão ter procurado socorrer-se dos conhecimentos técnicos do Doutor (...), folhas 180, a subsidiar seu entendimento técnico específico, e de tal trabalho não ter dado conhecimento ao servidor apenado antes de abrir-lhe o prazo para defesa”*. Os trabalhos do referido técnico teriam sido concluídos após a apresentação de defesa, implicando esse fato cerceamento desta. Essas assertivas devem ser apreciadas inclusive em face do disposto no art. 156 da Lei nº 8.112, onde se não vincula compulsoriamente a c.i. de modo a comunicar, ao acusado, não só a designação de servidor para *“dar apoio técnico a esta Comissão, imprescindível à avaliação de cálculos e valores de obras e servidores merecedores de averiguações quanto à retidão de preços, especificamente na execução de obras, executadas por estados e municípios com recursos repassados pelo DNOCS”* (Portaria

CPAD nº 1, de 24/6/94 - f. 180), bem assim a realização de visita a barragens, cuja construção proporcionou as faltas disciplinares (f. 205).

Trata-se, portanto, de assessoramento técnico, todavia não de designação especificamente de perito. Foi asserido acima que o art. 156 tão-só garante os direitos nele especificados, não se admitindo a ampliação interpretativa de seu alcance, desprovida da demonstração de dano para a defesa, realmente sofrido. O direito de o acusado formular quesitos emana desse preceptivo estatutário, por si só, e à comissão cabe, apenas, acolher o pedido que venha a ser formulado pelo acusado. Trata-se de direito pessoal e, portanto, seu exercício insere-se no arbítrio exclusivo do servidor. O interessado e os aludidos pronunciamentos assinaladores de vícios processuais não indicam os pontos que deveriam ser dirimidos no apoio técnico e na visita a obras de que se tratam ou o prejuízo que teria advindo para a defesa. De nenhuma evidência a manifestação de interesse, por parte do então indiciado, em exercer o direito de aduzir suas proposições.

O presente processo disciplinar, em si, não permite a verificação da veracidade da afirmação de que os trabalhos técnicos solicitados pela c.i. tenham sido concluídos após a apresentação da defesa. Contudo, os documentos de fls. 338 a 331 do Proc. nº 06000.003405/94 e a própria defesa, datada de 9 de setembro de 1994, demonstram que essa avaliação foi concluída antecedentemente, isto é, em 22 de agosto de 1994, conforme se vê às fls. 48 a 70 do Proc. 06555-000736/94, correspondente a uma parte somente de tal trabalho. De qualquer sorte, reitere-se: não há como prosperar proposição tendente a nulificar processo disciplinar com suporte em mera presunção de cerceamento do direito à ampla defesa, mormente no caso em que a materialidade e a autoria são comprovadas, a exemplo do presente caso;

III - foram colhidos depoimentos após o interrogatório do interessado, constituindo-se tais fatos em vício insanável. É incapaz de invalidar o processo a providência cifrada em colher-se o depoimento do acusado precedentemente ao de testemunhas. É aspecto a ser examinado em vista do contexto processual e da finalidade do art. 159 da Lei nº 8.112, que estatui: *“Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.”*

A inteligência desse preceptivo foi fixada no Parecer AGU/WM-13/94, adotado pelo Parecer GQ-37, do douto Advogado-Geral da União, in D.O. de 18/11/94, presumidamente conhecido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Regional, na oportunidade em que emitiu o Parecer Conjur nº 1.299/94, de 29 de dezembro subsequente. A relevância do tema justifica se reproduza esse entendimento, *verbis*:

“O art. 159 estabeleceu a ordem preferencial de depoimento com o objetivo de orientar a comissão processante na apuração dos fatos, de modo que, colhendo o depoimento das testemunhas anteriormente ao do acusado, presumidamente estaria melhor posicionada em relação ao mérito, face aos acontecimentos de que teria se inteirado, e, destarte, com maiores condições de direcionar o interrogatório do servidor e extrair a verdade sobre sua inocência ou culpabilidade. Nenhum prejuízo decorreu do fato de ter-se ouvido o acusado antes de outras testemunhas, porquanto já existiam provas a respeito da culpabilidade, inclusive a confissão na esfera policial”;

b) ainda, no pronunciamento suso, o Órgão jurídico enfatiza o aspecto de o requerente haver pleiteado, naquela oportunidade, só e só a atenuação da penalidade de suspensão, porém não a anulação do processo disciplinar, e aquiesce à adequação de tal castigo, a fazer-se somente *“através de um processo revisional”*, nada obstante reconhecer a nulidade do processo, entendendo que o pedido de reconsideração haveria de ser recebido

como de revisão do processo disciplinar. Reafirme-se a finalidade da ampla defesa, consistente em ensinar ao julgador a formação de juízo sobre a prática das transgressões e a inocência ou culpabilidade, e o pensamento externado por Celso Ribeiro Bastos, no sentido de que a *“ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo”* (op. cit.).

Dúvida inexiste de que as infrações e a autoria estavam comprovadas e a demissão foi decretada após o servidor defender-se e aduzir os aspectos entendidos capazes de evidenciar sua isenção de responsabilidade, justificando a instauração dos dois processos de revisão. Na hipótese em que fosse nulo o processo disciplinar, haveria de ser assim declarado e determinada a instauração de outro pelo Presidente da República, ex vi do art. 169 da Lei nº 8.112. Todavia, não seria aceitável o recebimento do pedido de reconsideração como de revisão processual, em face do disposto no art. 114 da Lei nº 8.112: “Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade”.

Aduza-se o aspecto de que o art. 174 da Lei nº 8.112 somente faculta a revisão do processo de que tenha se originado a inflicção de penalidade, “quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada”. São fatores, ligados à comprovação ou não da autoria e à valoração da pena, que pressupõem a apenação válida, mas não a resultante de processo revestido de vício e, assim, insuscetível de proporcionar a satisfatória convicção da existência dos ilícitos administrativos e da responsabilidade, caso este que repercute no apuratório, de maneira a ser declarada sua nulidade, por imperativo dos arts. 114 e 169 da Lei nº 8.112;

c) na revisão procedida no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, a comissão sugeriu a conversão da penalidade aplicada em advertência, por considerar aquela excessivamente rigorosa. O Titular de tal Pasta assim o fez e posteriormente encaminhou ao Presidente da República a Exposição de Motivos nº 31/97-GM, de 23 de julho de 1997, consubstanciando a proposta de demissão, porque fora induzido a erro. Não assim porque o referido expediente alude ao exame do assunto pela AGU e registra a competência presidencial para infligir a pena, não estando autorizada qualquer ilação de que o processo disciplinar tenha sido alçado à consideração do Presidente da República por equívoco. Mesmo que houvesse o erro, não influiria na validade da apenação de que se cuida, considerando-se a competência da autoridade julgadora do processo e do contexto deste.

Os acontecimentos estavam suficientemente analisados, até por vários órgãos jurídicos e pelas comissões, a de inquérito, a especial e as revisoras, com subsídios bastantes à decisão presidencial. Sem receio de incorrer em equívoco, assevere-se que o peticionário teve oportunidade de apresentar, reiteradamente, sua versão sobre a verdade dos fatos;

d) seria írrito o ato demissório, porquanto editado quando a suspensão já havia sido convertida em advertência pelo Ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e o interessado já se encontrava aposentado, acrescendo-se que a demissão não pode ser convertida em cassação de aposentadoria, por isso que essa medida seria vedada pela legislação em vigor. Esse tema requer se precise a autoridade pública que possuía competência para julgar o processo e infligir a penalidade adequada aos fatos graves, especificados na página seis deste expediente, apurados pela comissão de inquérito e, de maneira incontestada, imputados ao interessado, em conformidade com as provas coligidas, advindo lesão aos cofres públicos, em importância vultosa.

Esse poder-dever de julgar e irrogar penalidade deve ser determinado em vista dos seguintes preceitos da Lei nº 8.112, cujo teor segue reproduzido:

Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.

§ 2º Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave.

§ 3º Se a penalidade prevista for a demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o julgamento caberá às autoridades de que trata o inciso I do art. 141.

Infere-se que, em regra, é competente para efetuar o julgamento a autoridade a quem, por força de normas legais ou regulamentares, se incumbe a designação da comissão processante, deslocando-o para a esfera de atividades daquela que tem o dever de aplicar a penalidade resultante do apuratório, se não inscrita a apenação na área de atuação da autoridade instauradora ou, se isto ocorrer, couber a infligência de penalidade a mais de um acusado, a qual escape à atribuição de quem houver designado a comissão. Em se tratando de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor do Poder Executivo, o julgamento cabe ao Presidente da República.

O art. 141, inciso I, da Lei nº 8.112 possui alcance de forma a incluir, no feixe de competências da autoridade máxima do Executivo, a expedição de atos de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade dos servidores públicos civis das autarquias, como na espécie (o requerente era servidor do quadro de pessoal do DNOCS), e fundações públicas federais. A abrangência dos servidores de tais entidades dimana da inserção do termo “entidade” no supramencionado preceito estatutário. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (em se tratando dessas especificadas, o Presidente da República) para omitir-se na apenação.

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar, no prazo de vinte dias (v. o art. 167 da Lei nº 8.112). Bem se houve Hely Lopes Meirelles, ao expor sua opinião a respeito da infligência de penalidade:

“A responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados. No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações.” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 20ª ed, 1995, p. 416).

À evidência os vícios de que se revestiram o julgamento e a penalidade infligida pelas autoridades de hierarquia inferior à do Presidente da República, quer no respeitante ao

enquadramento das infrações em preceptivos cominadores de penas menos gravosas, quer sob a faceta de que, “conforme o arrazoadado contido na E.M. nº 008/94-CE, houve invasão de competência, porquanto autoridade menor invadiu a de maior, ou seja, o Senhor ex-Ministro de Estado da Integração Regional, induzido a erro pela Comissão de Processo Disciplinar, decidiu (e assim mesmo de modo equivocado) sobre matéria de competência do Excelentíssimo Senhor Presidente da República” (Item 10 do Parecer AGU/LS-1/95 contra o qual o peticionário se insurge).

Portanto, de nenhum efeito jurídico o julgamento, a conversão de penalidades sob comento e, como então inacabado o processo disciplinar porque carente de decisão final pelo Presidente da República, a efetivação da aposentadoria do requerente (o correspondente ato deverá ser declarado nulo pela autoridade que o editou), pois contrariou a positividade do art. 172 da Lei nº 8.112, *verbis*: “Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.”

Mesmo que assim não se entendesse, apenas para argumentar, a aposentadoria do interessado haveria de ser cassada, por imperativo do transcrito art. 134 da Lei nº 8.112;

e) o Decreto nº 1.001, de 1993, não “*possibilitava a anulação do julgamento da Comissão de Processo Disciplinar e um novo julgamento do Gal. Romildo Canhim, sem defesa para o Requerente*”, nem a comissão especial por ele criada possuía competência para “*promover anulação de julgamento processado por Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, instaurada e julgada em definitivo por Ministro de Estado, em grau hierárquico superior ao de Presidente de Comissão Especial e competência privativa*”.

Imprime-se realce à extinção dessa comissão especial, com a conotação de que “anteriormente a lavratura do Parecer nº GQ-60 do Advogado-Geral da União e do despacho do ‘De acordo’, certamente exarado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, datados respectivamente de 31 (trinta e um) de janeiro de 1995 e 16 (dezesesseis) de fevereiro do mesmo ano, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, através do Decreto nº 1.376 (Doc. 16), de 19 (dezenove) de janeiro de 1995, houvera extinguido a Comissão Especial criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 (seis) de dezembro de 1993”.

Desprovidas de relevo para a decisão definitiva do Presidente da República, como proferida no caso, as afirmações supra, eis que:

I - a autoridade que subscreveu a aludida Exposição de Motivos nº 8/94-CE, de 23/12/94, ou o colegiado especial, não anulou o julgamento da comissão de inquérito, nem emitiu novo julgamento, sem defesa para os então indiciados, em desacordo com o Decreto nº 1.001, de 1993;

II - a extinção da comissão especial não invalidou sua apreciação sobre os fatos em exame, em virtude inclusive da natureza de seu entendimento e da competência do Presidente da República para emitir julgamento no processo, como relatado acima. Vez que eivado de vício o julgamento do processo disciplinar pela indicada autoridade ministerial, tornou-se razoável o exame da legalidade do assunto pelo órgão central do sistema de pessoal civil da União, então dirigido pela autoridade que subscreveu a E.M. nº 8/94-CE, numa decorrência dos arts. 114, 143 e 144 da Lei nº 8.112, mormente em se considerando suas atividades institucionais.

Essa apreciação qualifica-se apenas como ato de assessoramento e preparatório do julgamento do Presidente da República e, em si mesma, era prescindível à esta decisão. Não

possui o condão de invalidar a penalidade. No tocante à defesa, impende elucidar que o processo disciplinar é estruturado em fases e jungido a prazos, fixados relativamente à comissão de inquérito, aos servidores envolvidos e à autoridade julgadora (cfr. os arts. 151, 152, 161, 163, 164 e 167). A Carta Federal e a Lei nº 8.112 restringem à instrução e à defesa as fases do processo em que o servidor, ou o seu representante legal, podem exercer o direito de proporcionar à c.i. e à autoridade julgadora elementos de convicção capazes de exprimirem sua versão sobre a verdade dos fatos (v. os arts. 5º, LV, da Constituição e 151, 153, 156 e 161 da Lei nº 8.112).

Concluído o relatório final e encaminhados os autos a quem seja competente para proferir o julgamento, cessam as atividades da comissão, que nada mais apura ou adita, razão pela qual inexistiria motivo para as normas de regência facultarem a intervenção do indiciado, ou do seu advogado, nessa fase ou durante o exame feito pela comissão especial. A remessa do apuratório ao Presidente da República reputa-se uma decorrência das normas acima e o julgamento deve ser efetivado no prazo estipulado, inexistindo norma que assegure ao indiciado ou a seu representante legal a participação nessa fase do processo disciplinar. Do exposto nos dois últimos itens não advém qualquer prejuízo para a defesa, tanto que este não foi precisamente indicado pelo peticionário;

f) o ato expulsivo seria contrário à Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado é assim redigido: *“É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”*. Refere-se o excelso Pretório à primeira penalidade aplicada validamente. Veja-se como ementado o acórdão, concernente ao Recurso de Mandado de Segurança nº 8.048 - São Paulo, que serviu de fundamento à Súmula:

“Ementa - Depois de aplicada a pena de disponibilidade, prevista no Estatuto dos Funcionários Municipais, e de julgada válida pela Justiça, não pode a autoridade pública, com base no mesmo inquérito, aplicar ao funcionário a pena de demissão, pois, tendo sido encerrado aquele processo, a nova penalidade foi aplicada sem processo algum.”

É diverso o caso versado nos presentes autos, dado que, conforme demonstrado, os atos de suspensão e de conversão desta em advertência foram praticados por autoridades que não possuíam poder legal para tanto e às faltas cometidas o art. 132 da Lei nº 8.112 comina a imperativa pena de demissão. O reconhecimento da nulidade dos dois primeiros atos decorreu do disposto no art. 114 do mesmo Diploma Legal.

11. Em síntese, tem-se a legalidade da edição do ato punitivo do servidor, tendo em vista que:

1 - é satisfatória a defesa assegurada ao interessado e, na oportunidade em que se aplicou a pena de demissão, comprovadas estavam a prática das infrações e a autoria, motivos pelos quais a apenação impunha-se como poder-dever de que não descurou a autoridade julgadora;

2 - é nulo o julgamento do processo de que resultaram a aplicação da penalidade de suspensão por noventa dias e a conversão desta em advertência, eis que proferidos por autoridades sem competência para tanto: às transgressões disciplinares de que se cuidam a Lei nº 8.112 estatui a demissão, inserida, destarte, na esfera de competência do Presidente da República;

3 - em consequência do asserido no item anterior, a aposentação do peticionário contrariou o disposto no art. 172 e, ainda que não fosse assim, seria obrigatória a cassação da aposentadoria, *ex vi* do art. 134, ambos dois da Lei nº 8.112.

Sub censura.

Brasília, 30 de outubro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena.

PARECER AGU Nº GQ-183

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 28.12.98*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 31/12/98, pg. 10 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 23066.034714/97-31

ORIGEM: Ministério da Educação e do Desporto

ASSUNTO: Graduação de penalidade a ser infligida a servidor público.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-28/98, de 17 de dezembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 28 de dezembro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-28/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-183)

EMENTA: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

PARECER

A propósito de irregularidades praticadas durante a execução dos Convênios nº 17/94, 48/94, 51/94 e 58/96, firmados entre a Universidade Federal da Bahia e o Fundo Nacional do Meio Ambiente (FNMA), vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, referida instituição de ensino apurou a responsabilidade administrativa, por intermédio de processo disciplinar, de que resultou a sugestão, formulada pela comissão de inquérito e acolhida pela Procuradoria Jurídica e pelo Reitor, ambas da aludida Universidade, de que se irrogue ao indiciado a penalidade de demissão, porque apuradas a desídia, a insubordinação grave em serviço e a aplicação irregular de dinheiros públicos, do que divergiu o Ministro de Estado da Educação e do Deporto, ao anuir à proposta de aplicar-se a suspensão por noventa dias, feita pela Consultoria Jurídica, sob a alegação de que as prestações de contas, concernentes aos convênios, *“embora tenham sido apresentadas intempestivamente, foram aprovadas pela Coordenação do FNMA e, ainda, nas declarações da dirigente do Instituto de Biologia da Universidade prestadas por ocasião de seu depoimento prestado junto à Comissão, quando relevou o potencial acadêmico do mestre, o que levou-a a mantê-lo na execução dos Convênios, e o fato da regularização da maioria das impropriedades atribuídas ao Professor”* (E.M. nº 147/98, de 30/10/98, do Ministro de Estado da Educação e do Desporto).

2. Antecedeu a expedição da Exposição de Motivos nº 147/98 o expediente da Consultoria Jurídica do MEC, intitulado de Encaminhamento nº 111/98, de 15/9/98, em que o dirigente daquela unidade jurídica justifica o abrandamento da penalidade, salientando,

para tanto, a *“disposição do servidor em sanar as irregularidades que lhe foram atribuídas e a aprovação das Prestações de Contas relativas aos supramencionados Convênios. Ressalte-se, ainda, o fato de a Diretora do Instituto de Biologia da UFBA, em seu depoimento constante dos autos, ter reconhecido os bons antecedentes funcionais e a competência do Professor ..., o que a levou a mantê-lo na execução do projeto por ele elaborado”*.

3. A comissão assim indicou as irregularidades imputadas ao indiciado, no relatório:

- “1. não consta anuência do Departamento de Zoologia na documentação sobre os convênios 17/94, 48/94 e 51/94;
2. os indicadores de avaliação previstos nos Projetos dos convênios 48 e 51/94 não refletem correlação com os objetivos pretendidos;
3. o roteiro/questionário de entrevistas realizadas não consta do relatório final dos Convênios 48 e 51, assim como nenhuma interpretação a respeito;
4. resultados de outros Projetos foram incorporados ao relatório dos Convênios 48 e 51 como se fossem produto destes Projetos ou a eles relacionados;
5. os objetivos específicos dos convênios 48 e 51/94 de ‘conhecer sobre o comportamento da S. Fluviatilis na BTS e de levar ao ensino de 1º e 2º graus necessidade de preservação no conhecimento das espécies’, respectivamente, não foram atendidos;
6. todo material de divulgação (cartazes e panfletos) é encabeçado pelo GECET e COBB sem nenhuma menção à UFBA ou a nenhum de seus órgãos não havendo explicitação de suas naturezas institucionais;
7. inexistem originais dos Termos Aditivos e dos Planos de Trabalho referentes aos Convênios 48/94 e 51/94;
8. encaminhamento das prestações de contas, financeira e técnica, ao FNMA dos convênios 48 e 51 com até 22 meses de atraso, fls. 122/125;
9. não alocação da contrapartida relativa ao Convênio nº 48/94;
10. alteração do cronograma de execução constante no Plano de Trabalho do Convênio nº 48/94 sem consultar formalmente o FNMA;
11. aquisição de material e equipamentos, bem assim, pagamento de despesas não relacionadas no Projeto Original dos Convênios 17/94, 48/94, 51/94 e 58/96;
12. viagens a algumas capitais como Fortaleza, Manaus, São Paulo, Rio de Janeiro sem que estivessem previstas nos Projetos integrantes dos Convênios 17/94, 48/94, 51/94 e 58/96;
13. despesas realizadas fora da vigência do Convênio nº 48/94 motivando a glosa pelo FNMA;
14. gastos excessivos com combustível nos Convênios 48/94, 51/94 e 58/96 sem a devida justificativa;
15. Notas Fiscais relativas aos Convênios 17/94, 48/94 e 51/94 sem a identificação do referido Convênio;
16. os objetivos indicados no relatório técnico do Convênio 17/94 diferem dos objetivos do Projeto;
17. limite de gastos por elemento em desacordo com o Plano de Trabalho do Convênio 17/94;

18. não consta qualquer informação no relatório do Convênio 17/94 que se possa relacionar ao Plano de Manejo, ordenamento espacial bem como qualquer mapa pertinente;

19. processo de concessão de adiantamento relativo ao convênio 58/96, pendente de comprovação.”

4. Em fase posterior do relatório final, o colegiado adita essas transgressões, *verbis*:

a) na gestão da execução dos aludidos convênios *“o indiciado não cumpriu as normas regulamentares da instituição e - este fato é citado porque o próprio inquérito dele resulta - do FNMA”* (p. 13);

b) o *“indiciado não obedeceu as ordens superiores - agiu de modo independente, desconhecendo as ordens provenientes da chefia do Departamento e, já agora, no curso do inquérito, se recusou a entregar os documentos solicitados pela Comissão, dificultou a entrega dos bens adquiridos com os recursos dos convênios (barco, automóvel) e nunca se afastou, apesar da indicação de novo coordenador, da execução do convênio remanescente”*, na condição de coordenador de fato (pp. 13 e 14);

c) os relatórios da execução dos convênios foram apresentados ao FNMA com atraso de 22 meses e houve negligência em relação à coordenação desses acordos (p. 14).

5. Com o fito de demonstrar a razoabilidade de sua proposta de expulsão do indiciado, o colegiado sintetizou as repercussões das infrações supra, ao realçar que as faltas disciplinares *“concorreram de forma objetiva para inscrição da UFBA no Cadastro de Inadimplentes da União, tendo todo o seu crédito orçamentário/financeiro suspenso em função das irregularidades ocorridas na coordenação dos Convênios 048/94 e 051/94 causando grandes prejuízos ao cotidiano acadêmico, como também constrangimento ao ver o nome da Universidade envolvido em fato de tamanha gravidade. Fato este que obrigou a UFBA a devolver ao FNMA parte dos recursos repassados para execução dos referidos Convênios, para suprir aos que foram aplicados irregularmente pelo Indiciado. Obrigada a reparar o dano, como foi, a UFBA processou a devolução cujo valor total soma 68.727,5066 Ufir, o que corresponde nesta data a R\$ 62.597,02 (sessenta e dois mil, quinhentos e noventa e sete reais e dois centavos). Só assim o nome da UFBA foi retirado do Cadim; em seguida, a nível do FNMA, as contas foram aprovadas - até porque e tão somente o órgão financiador foi ressarcido financeiramente -, estando, pois, no aguardo do referendo do Tribunal de Contas da União, o que não isenta o indiciado da responsabilidade pela infração cometida”* (fls. 12 e 13 do relatório final).

6. A Casa Civil da Presidência da República entendeu que a autoridade julgadora deverá acolher a conclusão da comissão processante, por força do art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990, tendo em vista que ela guarda conformidade com as provas dos autos e o indiciado já foi punido, de maneira disciplinar, com advertência (Nota nº 4101/98-SAJ/PR-JM, de 16/11/98).

7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. Afira-se o caráter peremptório desses preceptivos, *ipsis litteris*:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

.....
Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

.....
VI - insubordinação grave em serviço;

.....
VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

.....
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.

8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar, no prazo de vinte dias (v. o art. 167 da Lei nº 8.112).

9. Houve-se com propriedade Hely Lopes Meirelles, ao expor sua opinião a respeito da inflição de penalidade:

“A responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados.

No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações.” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 20ª ed, 1995, p. 416).

10. Ainda que assim não se entendesse, apenas para argumentar, cogita-se, apenas, da graduação da penalidade a ser aplicada, sendo que as infrações praticadas pelo indiciado são graves e numerosas. Na espécie, a demissão é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, cuja preceituação consiste em acolher-se o relatório da comissão, em sendo considerado consentâneo com as provas coletadas, aspecto de que se não diverge nos autos.

11. A incidência do art. 128 da Lei nº 8.112 é adstrita aos tipos das condutas delituosas dos servidores indiciados, ligados aos deveres e proibições, os quais não impedem a aplicação de penas mais severas que as previstas em lei, como regra geral (arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), ante a gravidade da infração e as circunstâncias agravantes. A autoridade julgadora possui o poder de agravar a apenação do servidor faltoso, pois na “*aplicação da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os*

antecedentes funcionais". A Lei prescreve à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, todavia, só e só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o objetivo de amenizar indevidamente a punição.

12. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

13. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, *verbis*:

"Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a Administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128." (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220).

14. A regra contida no art. 128, aludido no item anterior, induziu Rigolin à meditação de que a *"gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram. Levam-se em conta também, para aquilatar a penalidade mais adequada a cada infração cometida, circunstâncias que agravem ou que atenuem a punibilidade do servidor infrator, sem cujo exame não poderia restar justa e imparcial a aplicação de qualquer penalidade... Apenas do necessário exame conjunto e do confronto de todos esses elementos poderá a Administração enquadrar seu servidor em algum tipo penal da L. 8.112, bem como ter os primeiros parâmetros ao procedimento punitivo que lhe deve aplicar"*. (Op. cit, pp. 219/220).

15. Exsurge do exposto e do contexto do processo a desvinculação do indiciado do Serviço Público, por imposição do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

Sub censura.

Brasília, 17 de dezembro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: O fato de ex-servidor não mais integrar quadros da Administração impede apenas aplicação da pena, mas não o dever de apurar. Havendo reingresso, pena é aplicável. Sindicância não é pré-requisito do processo administrativo disciplinar.

PARECER AGU Nº GM-1

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 10.4.2000”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 20/04/00, pg. 10 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 03200.000625/99-26

ORIGEM: Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República

ASSUNTO: Instauração processo disciplinar para apurar irregularidades ocorridas na contratação de empreendimento imobiliário, custeado com recursos do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-2/2000, de 15 de março de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de abril de 2000

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-2/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-1)

EMENTA: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na Administração Federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do Serviço Público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. A averiguação de transgressões disciplinares é compulsória e, dependendo de sua gravidade, pode ser efetuada por intermédio de processo disciplinar sem a realização prévia de sindicância. A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.

PARECER

Estabeleceu-se dissenso entre unidades administrativas da Presidência da República, no atinente à necessidade de instaurar-se processo disciplinar destinado a apurar irregularidades ligadas à contratação do empreendimento denominado de Conjunto Habitacional Senador Arnon de Mello, desenvolvido com recursos do Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço, as quais foram consignadas em “Relatório de Prestação de Contas do FGTS de 1992”.

2. Referido projeto objetivava a construção de trinta e sete prédios residenciais, compreendidos de duas mil, oitocentos e doze unidades, a fazer-se em duas etapas, envolvendo a primeira (realça-o a comissão de sindicância designada, por último, através da Portaria nº 1, de 31/3/99, do Secretário de Política Urbana, *in* D.O. de 1º/4/99, a fim de *“apontar as irregularidades e apurar responsabilidade de servidores”*) a *“compra do terreno, pagamento dos projetos, obras de infra-estrutura, fundações e equipamentos comunitários”*

e, a segunda, a *“realização das obras de construção das unidades habitacionais e parte da urbanização e infra-estrutura”* (fl. 90). A etapa inicial é pertinente a outubro de 1991, ao passo que a última não se executou em linha seqüencial à primeira *“em função do contingenciamento de recursos do FGTS que, a partir de 1992, suspendeu a contratação de novas operações de crédito”* (fl. 91), todavia elucida-se, em 28 de maio do ano transato, data do relatório da comissão de sindicância, que os imóveis estão sendo concluídos e comercializados (fl. 94).

3. É inconteste que irregularidades ocorreram na contratação e execução do empreendimento, com prejuízos para o FGTS. Enfatiza-o a mencionada comissão de sindicância, na fl. 94:

“O Conjunto Habitacional Senador Arnon de Mello, na verdade, compôs, juntamente com diversos outros empreendimentos contratados no biênio 90/91 (mais tarde chamados ‘empreendimentos-problema’), um universo de obras que, por motivos das mais diversas naturezas, permaneceram inacabadas e/ou não comercializadas, destacadamente ao longo dos anos de 92, 93 e 94, acarretando sérios prejuízos financeiros, ao FGTS, e sociais, ao público-alvo a que se destinavam”.

4. A inconveniência da designação de comissão disciplinar residiria, precipuamente, em que:

a) as *“provas documentais obtidas pelos membros da Comissão (alude-se à comissão de sindicância instaurada por último) individualizam a responsabilidade de aprovação da contratação do empreendimento em tela, de forma indubitavelmente irregular, para antigos servidores do MAS (sigla indicativa do extinto Ministério da Ação Social), hoje, ao que se sabe, sem vínculo, de forma ativa ou inativa, com a administração pública federal”* (fl. 97), inexistindo *“evidências de participação nos casos de servidores da administração pública federal, fato que, no nosso entendimento, descartaria, s.m.j., a iniciativa de instauração de processo administrativo, nos moldes propostos”* (fls. 131 e 132);

b) na oportunidade em que a terceira comissão de sindicância subscreveu seu relatório, datado de 28 de maio de 1999, as obras do empreendimento estavam *“sendo retomadas e comercializadas com o amparo de precedentes normativos instituídos pelo próprio Conselho Curador do FGTS, visando regularizar não só o caso em tela, mas um universo de operações que resultou em problemas análogos”* (fl. 97);

c) há *“dúvidas sobre a propriedade da medida, em virtude dos argumentos expressos anteriormente e sumariamente descartados pelo douto parecerista, que podem consumir horas, nem sempre produtivas, de trabalho e de esforço de profissionais dessa Secretaria e de outros órgãos em razão da incerteza, ao meu juízo, de irregularidade ou infração praticada, objeto a ser investigado”* (fl. 106);

d) inexistiriam *“prejuízos financeiros oriundos dessa operação (lesão aos cofres públicos), que indicaria a possibilidade de ocorrência de crime de peculato imputável à (...) e ao ex-Secretário de Habitação (...), pois a paralisação dessa obra e de várias outras deu-se em decorrência da super-contratação efetivada à época, fato exaustivamente auditado pelo TCU”* (fl. 103);

e) *“eventuais prejuízos financeiros não seriam razão direta do descumprimento de ato normativo, no que se refere às diretrizes gerais, por parte dos responsáveis, mas sim da contratação excessiva dos recursos levantados junto ao FGTS à época”* (fl. 103);

f) *“houve descumprimento de diretrizes gerais, porém seus atores foram plenamente identificados, porém é discutível se houve, “stricto sensu”, ilegalidade deste ato constante do processo”* (fl. 103);

g) contra-indicariam a apuração de rigor os princípios da economicidade processual e da *“eficiência administrativa das ações”* (fl. 103).

5. Na maneira de pensar da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, manifestada em três oportunidades diferentes (v. as Notas nº 1764/99-SAJ/PR-CZ, de 23/6/99; 2554/99-SAJ/PR-CZ, de 18/8/99; e 3329/99-SAJ/PR-CZ, de 20/10/99), é inarredável a apuração dos fatos por comissão de inquérito, em face principalmente de que:

a) o procedimento da comissão de sindicância final *“constituiu-se exclusivamente da juntada de documentos, ou seja, nenhum servidor ou ex-servidor do órgão envolvido nas irregularidades foi chamado a prestar depoimento”* (fls. 99 e 136);

b) a comissão de sindicância *“indubitavelmente, entendeu que as irregularidades realmente aconteceram, e se deram tanto no âmbito do extinto Ministério da Ação Social, como da Caixa Econômica Federal”* (fl. 100);

c) a *“singela alegação de que os únicos possíveis acusados não são mais servidores da União, por si só, não ilide a necessidade dos fatos serem apurados com maior profundidade, seja para isentá-los de responsabilidade, ou para fins da constatação de outros envolvidos, até mesmo no âmbito da Caixa Econômica Federal, o que somente será possível com a oitiva dos mencionados ex-servidores e demais porventura existentes”* (fls. 101, 104 e 135);

d) como assinalado na fl. 101, *“consta dos autos Relatório apresentado por outra Comissão de Sindicância instituída para os mesmos fins, cuja conclusão é no sentido de uma apuração mais profunda dos fatos, dada a gravidade do assunto e o envolvimento de setores diversos da administração”* (vide fls. 42).

6. Até mesmo as justificativas aduzidas com o intuito de demonstrar a desnecessidade da averiguação dos ilícitos evidenciam fatos, dúvidas e circunstâncias em relação aos quais a Administração há de desenvolver esforços tendentes a dilucidar os aspectos de que exsurtem conduta danosa ao Erário e à dignidade da função pública (cfr. o item 4 deste expediente).

7. Essas facetas não descaracterizam as responsabilidades, evidentes ou ainda não manifestas, nem exaurem os elementos de convicção a serem coligidos e aquilatados na função de determinar-se a verdade dos fatos.

8. A investigação é imperativo que provém da Lei nº 8.112, de 1990, cujo art. 143 prescreve, *verbis*:

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

9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre *“no serviço público”*, poder-dever de que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a alegação de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em razão dos quais perpetraram as infrações ou inexistem *“evidências de participação nos casos de servidores da administração pública federal”*, mormente em sendo os fatos verossímeis e praticados em órgão público e nas circunstâncias acima relatadas.

10. A verificação das irregularidades é compulsória, a teor do art. 143 da Lei nº 8.112, e suscetível de culminar com a responsabilização administrativa do servidor que, no exercício

do cargo ou função, venha a assumir postura destoante das normas constitutivas do regime jurídico a que é submetido, sujeitando-se, conseqüentemente, à sanção cominada em lei, *stricto sensu*. É o sentido que os doutrinadores emprestam ao instituto da responsabilidade administrativa, conforme se constata do que se segue, *ipsis litteris*:

“Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração, pelo servidor sujeito ao Estatuto e disposições complementares, estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo, e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal.” (*Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 16ª ed, 1988, p. 408*).

“Com efeito, cometendo o funcionário, no exercício de suas funções, alguma dessas faltas previstas no regulamento, ficará sujeito às sanções disciplinares ali cominadas. Essa obrigação que tem o servidor público de arcar com as conseqüências da transgressão cometida é o que se chama de responsabilidade disciplinar.” (*José Armando da Costa - Teoria e Prática do Direito Disciplinar, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 203*).

“Situação do agente público que, por haver infringido dispositivo legal, estatutário ou regulamentar, sofre as conseqüências de seu comportamento (comissivo ou omissivo), ficando sujeito à sanção administrativa para o caso previsto.” (*José Cretella Júnior, Dicionário de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed, 1978, p. 460*).

“A falta cometida pelo funcionário, por ato ou por omissão, pode ferir simplesmente o interesse do serviço público, perturbando-lhe o funcionamento ou afetando, atual ou potencialmente sua eficiência. Nasce daí a responsabilidade disciplinar do funcionário. Aliás, como acentua Mário Masagão, a responsabilidade disciplinar origina-se de ação ou omissão que o funcionário pratique com quebra de dever do cargo. Em razão dela fica sujeito a penalidade de caráter administrativo, e que se destina, ou a corrigi-lo, ou a expulsá-lo do serviço público.” (*José Cretella Júnior - Direito Administrativo do Brasil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, vol. V, pp. 127/8*)

11. As sindicâncias e a Auditoria Integrada - Prestação de Contas do FGTS - exercício de 1992 proporcionam a certeza de fatos graves, mas não determinou-se a exata extensão da responsabilidade administrativa, reafirme-se regulada como resultante de “*ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função*”.
12. Embora não conste do presente processo o relatório dessa auditoria integrada, as notícias de fls. 1, 39, 83, 85, 91, 93 e 102 evidenciam que nele estão consignadas irregularidades graves, inclusive de contratação do empreendimento sob comento. Em conseqüência, percebem-se despciendas as três sindicâncias realizadas e, imediatamente após a ultimização da auditoria, impunha-se a instauração do processo disciplinar.
13. Isto porque, *de lege lata*, as irregularidades se apuram mediante sindicância ou processo disciplinar, prescindindo este da preliminar verificação das infrações através da primeira.
14. Efetua-se a apuração da conduta anti-social do servidor por intermédio de sindicância ou processo disciplinar, dependendo da infração e das circunstâncias em que foi cometida. No art. 143, supramencionado, o legislador utilizou a alternativa “ou” considerando haver variação na natureza das irregularidades e no grau de dificuldade de sua

constatação. Há aquelas facilmente verificáveis de conseqüências revestidas de tal gravidade que a lei preconiza medidas drásticas restritivas de direitos, mais compatíveis com uma apuração de rigor, cujos ritos são contidos em lei.

15. Os elementos probatórios coligidos, por intermédio de sindicância, podem indicar o arquivamento do processo originário da ciência de irregularidade, a aplicação da penalidade de advertência, ou de suspensão de até trinta dias, ou a instauração do processo disciplinar (cfr. os arts. 143 e 144 da Lei nº 8.112, de 1990).

16. As normas pertinentes à sindicância e ao processo disciplinar não prescrevem a realização da primeira, em regra previamente à instauração deste. A simples leitura dos arts. 153 e 154 da Lei nº 8.112, de 1990, já o demonstra. Atenta à natureza da infração e às circunstâncias em que esta se verifica, a autoridade competente deve aquilatar se da sua apuração poderá resultar a advertência, a suspensão de até trinta dias ou a infligção de penalidade mais grave, a fim de determinar a modalidade de apuração, se a realização de sindicância ou a abertura de processo. Em se insinuando dúvida razoável a respeito da prática da infração ou de sua autoria, e dependendo de sua gravidade, a autoridade competente deverá ter discernimento suficiente para determinar a realização de investigação prévia (a sindicância), com vistas à verificação da necessidade de proceder, ou não, à cabal apuração das irregularidades, através do processo disciplinar.

17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do Serviço Público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a conseqüente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação dessa medida:

a) tem-se como concluído o apuratório e, havendo indícios da caracterização de delito criminal, procede-se à sua remessa ao Ministério Público para a propositura da ação penal (arts. 151, III, e 171 da Lei nº 8.112);

b) configurada a responsabilidade civil, torna-se obrigatória a ação de reparação de danos de que se incumbe a Advocacia-Geral da União;

c) no caso de reingresso e não ter-se extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerando reincidente (v. o art. 128 da Lei nº 8.112).

18. A imputação administrativa da responsabilidade civil há de ater-se ao disposto no art. 122 da Lei nº 8.112, de 1990, que estabelece, no tocante ao caso: *“Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.”*

19. O sentido literal do art. 122 conduz à verificação de que a responsabilidade civil configura-se quando do ato praticado diretamente resulta prejuízo ao Erário ou a terceiros.

20. Apropriadas à espécie as ponderações feitas por Ivan Barbosa Rigolin, ao referir-se ao art. 122 da Lei nº 8.112, de 1990, *verbis*:

“Ao descrever em que consiste a responsabilidade civil do servidor federal, este artigo simplesmente indica às autoridades competentes para apurá-la que, em acontecendo algum ato omissivo ou comissivo, de natureza dolosa ou culposa, do qual resulte prejuízo ao erário ou a terceiros, deverá a Administração intentar a competente ação civil indenizatória contra o

servidor responsável.” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 1993, 2ª ed, pp. 217 e 218).

21. Acresce que o art. 1.518 do Código Civil estabelece a responsabilidade solidária dos autores e cúmplices, na reparação de dano, prisma não examinado nos autos, mesmo porque a derradeira comissão de sindicância não efetuou a apuração dos fatos em toda sua extensão, em que pesem os óbices por ela consignados e o decurso do tempo que, em casos tais, pode esmaecer fatos capazes de influenciar na determinação da verdade.

22. Pelo exposto e em virtude da iliquidez da responsabilidade civil do pessoal possivelmente envolvido nos ilícitos, incumbe ao órgão atualmente competente para gerir a aplicação dos recursos do FGTS e que, presumidamente, dispõe do acervo administrativo legado pelo seu antecessor, efetuar completa apuração dos fatos e da autoria, mediante a instauração de processo disciplinar que, por certo, proporcionará melhores elementos de convicção e, assim, visão mais adequada ao julgamento da participação de todos os envolvidos, considerados em sua individualidade.

Brasília, 15 de março de 2000.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito.

PARECER AGU Nº GM-5

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 26.4.2000”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 09/05/00, pg. 1 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 23015.000790/96-01

ORIGEM: Ministério da Educação

ASSUNTO: Aplicação de penalidades a servidores da Universidade Federal do Espírito Santo.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-3/2000, de 21 de março de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 26 de março de 2000

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-3/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-5)

EMENTA: Apurada a responsabilidade administrativa, em processo disciplinar em que observado o princípio do contraditório e assegurada ampla defesa, a aplicação da penalidade configura poder-dever, sem resultar de lei qualquer margem à discricionariedade do administrador público.

PARECER

A Associação dos Docentes da Universidade Federal do Espírito Santo moveu a Reclamação Trabalhista nº 1323/89, perante a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Vitória - ES, postulando a condenação da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), com suporte no Decreto-lei nº 2.335, de 1987, a *“efetivar os pagamentos da URP do mês de fevereiro/89 fixada em 26,05%, cumulativamente e com a integração ao salário para todos os efeitos de Direito - com juros e correção monetária DL 2334/97 e Súmula 200 do TST”* (f. 164 do Anexo II ao Processo Administrativo Disciplinar nº 23015.000790/96-01).

2. Resultou condenada a Instituição de Ensino, em sentença de 10 de maio de 1990, *“no pagamento da URP de fevereiro de 1989, aos reclamantes, além de honorários advocatícios, como se apurar em liquidação, compensados os reajustes espontâneos, antecipações ou adiantamentos, observados o parâmetro e ressalvas da fundamentação supra”*.

3. Transitada em julgado a sentença, antecipou-se sua liquidação mediante a celebração de acordo entre as partes, sendo que a Universidade efetuou o levantamento do cálculo das importâncias a serem pagas, considerando-se o período de fev. de 1989 a nov. de 1993.

4. Em 13/06/94, as partes protocolaram *“Acordo”*, solicitando a expedição de precatório, conforme cópia da petição e dos cálculos em anexo. Tal Acordo não foi homologado por este Juízo, conforme despachos em cópias anexas (f. 136). Irresignada com

a não homologação do acordo, a Adufes interpôs Mandado de Segurança (MS-233/94) perante o egrégio TRT da 17ª Região. A liminar foi negada pela Relatora, Exma. Juíza Anabella Almeida Gonçalves, cópia anexa. Inconformada, a Adufes interpôs Agravo Regimental, ao qual conforme cópia da certidão de julgamento anexa, foi dado provimento. Cumprindo a determinação do TRT este Juízo expediu o precatório em 29/06/94 (Informações prestadas pelo Juiz do Trabalho da 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Vitória - ES, mediante o Ofício nº 424/94, de 7/7/94, encaminhado ao Procurador Regional da União, no qual é solicitada à última autoridade a *“interferência imediata no feito, a fim de salvaguardar os interesses da União Federal”*).

5. No mesmo expediente, referido magistrado assim justifica a alvitada interferência da União, *verbis*:

“Sendo assim, em vista de todo o exposto e que a reclamada é Autarquia Federal, custeada pelos cofres públicos; que o valor da condenação é superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais); que todos os funcionários e procuradores da respectiva autarquia são interessados na causa; que inexistiu qualquer manifestação da reclamada nos incidentes processuais ocorridos; que encontra-se, na iminência de cessar a atividade deste órgão jurisdicional de primeiro grau; que há indícios de conluio entre as partes, no intuito de alterar o disposto na coisa julgada; que em virtude de agravo regimental em mandado de segurança, foi expedido o Precatório respectivo, solicito a V.Exª ...”

6. Esta Instituição obteve decisão junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, versando sobre a cassação da liminar de que decorria pagamento de importâncias indevidas e a determinação para devolver-se o precatório (f. 162).

7. Vez que a *“então Direção da Universidade, a Procuradoria e aqueles que elaboraram os cálculos, extrapolaram do comando da sentença, que era de 11 (onze meses), para promover tais cálculos em cima do período de 46 (quarenta e seis) meses, fazendo incidir sobre o mesmo, juros, correção monetária e demais consectários admitidos na lei e na sentença”* e ainda *“porque, todos eram professores do Quadro da Universidade e, ao mesmo tempo, reclamantes”* (cfr. o item 61 do relatório final), a comissão de inquérito designada pela Portaria Ministerial nº 475, de 20/5/96, in D.O. de 22 imediato, concluiu pela irrogação das seguintes penalidades a servidores, ativos e inativo, do quadro de pessoal da Universidade (item 147 do relatório final): a) demissão de dois Professores Adjuntos e de um Professor Auxiliar; b) cassação de aposentadoria efetuada em cargo de Professor Adjunto; c) suspensão, por trinta dias, de dois Professores Adjuntos e de um Professor Assistente.

8. Outrossim, o colegiado sugeriu:

a) a instauração de processo disciplinar destinado a investigar a responsabilidade de uma outra servidora nas mesmas irregularidades, com o cuidado de que a comissão seja integrada por pessoal não pertencente ao quadro da UFES; e

b) a adoção de providências para efetivar-se o ressarcimento das importâncias auferidas indevidamente (v. o item 147 do relatório final).

9. Os autos foram presentes a esta Advocacia-Geral da União em decorrência de a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República haver anuído à ilação da c.i, na Nota SAJ nº 4328/99 - JAM, de 27/12/99, e, destarte, dissentido da proposta feita pelo Ministro de Estado da Educação, no sentido de que *“seja declarada a isenção de responsabilidade dos servidores indiciados neste processo, à vista do disposto no parágrafo único do art. 168, da Lei nº 8.112, de 1990, com o posterior arquivamento do processo”*, considerando, para tanto, *“as conclusões contidas na mencionada manifestação, inclusive*

quanto à reposição, ao Erário, das importâncias indevidamente pagas e de acordo com o previsto no § 2º do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 1999” (E.M. nº 107/99, de 13/8/99).

10. A “manifestação” a que aludiu o Titular da Pasta da Educação consiste no Encaminhamento nº 126/99, de 11/8/99, e no Parecer/MEC/Conjur/RLMC/nº 717/99, da mesma data, ambos os dois da Consultoria Jurídica integrante da estrutura desta AGU e em funcionamento no MEC, fundados precipuamente nos prismas jurídicos que seguem reproduzidos:

“Ora, pelo que ficou demonstrado nos autos, o período a ser considerado para efeitos da elaboração dos cálculos constitui-se matéria jurídica controvertida. Destaque-se que inclusive o próprio magistrado, ao apreciar os cálculos apresentados pela Universidade, em seu despacho datado de 14.06.94, indicou, como período a ser computado, fevereiro/89, fundamentando a sua decisão no Enunciado 322, do TST, reconhecendo devida a URP no período de fevereiro de 89 até a data base do servidor público. Assim posto, fica demonstrado que o período questionado nos autos não se encontrava pacificado até a decisão final proferida no Mandado de Segurança nº 233, fato que ao nosso entender leva à desconfiguração dos ilícitos administrativos imputados aos servidores indiciados no presente Processo Disciplinar, tendo em vista que os atos tidos por irregulares foram praticados com respaldo nos termos da liminar Juízo, o dirigente da Universidade tomou medidas no sentido de cessar o pagamento da parcela incorporada, desde dezembro de 1993. À vista do exposto, não ficou provado nos autos que houve conluio por parte dos indiciados e sim falta de clareza no julgado para que, de forma inequívoca, determinasse o período a que teriam direito os reclamantes, ao pagamento da aludida URP.”

11. Percebe-se que, na conformidade do parecer cujo excerto encontra-se reproduzido no item anterior, a exculpação fulcra-se em que:

a) o período considerado na *“elaboração dos cálculos constitui-se matéria jurídica controvertida”* e não restou elucidado de *“forma inequívoca”*, na sentença objeto da execução;

b) descaracterizadas estariam as faltas disciplinares, porquanto o *“período questionado nos autos não se encontrava pacificado até a decisão final proferida no Mandado de Segurança nº 233”* e o *“dirigente da Universidade tomou medidas no sentido de cessar o pagamento da parcela incorporada, desde dezembro de 1993”*.

12. O Decreto-lei nº 2.335, de 1987, arts. 8º e 9º, constituiu o suporte jurídico da postulação da reclamante, conforme se constata da petição inicial (fls. 159 a 165 do Processo Disciplinar); do mandado de segurança impetrado, em 11/9/89, pela então Procuradora-Geral da UFES contra a liminar concedida para o pagamento da retribuição de fevereiro de 1989 com a correção da URP (fls. 166 a 172); da contestação (fls. 178 a 183); e da condenação, reproduzida no item 2 deste expediente. Tais preceitos estabelecem:

Art. 8º Fica assegurada aos trabalhadores, a título de antecipação, o reajuste mensal dos salários, inclusive do salário mínimo, pensões, proventos e remunerações em geral, em proporção idêntica à variação da Unidade de Referência de Preços - URP, excetuado o mês da data-base.

§ 1º É extensivo aos servidores civis e militares da União e de suas autarquias, o reajuste de que trata este artigo.

Art. 9º

Parágrafo único. Nas revisões salariais ocorridas nas datas-base, serão compensadas as antecipações, referidas no artigo 8º, recebidas no período de 12 (doze) meses que lhes sejam imediatamente anteriores.

13. É de clareza meridiana o sentido literal do preceito em que a reclamante fundamentou seu pedido, a reclamada contestou a pretensão e o juiz louvou-se para proferir a condenação da *“reclamada no pagamento da URP de fevereiro de 1989”*.

14. À sua vez, a Lei nº 7.706, de 1988, também invocada na contestação efetivada pela Universidade, fixou o mês de janeiro, a partir de 1989, como a data-base e estatuiu, expressamente a observância da compensação aludida no transcrito parágrafo único do art. 9º.

15. Não foram aduzidos, pelos acusados no processo disciplinar ou pela Consultoria Jurídica junto ao MEC, os aspectos jurídicos que os induziriam a acolher o resultado interpretativo dos dispositivos supra, de modo a dilargar o período de onze meses para quatro anos, com base em critério da reclamada e em dissenso com a explícita exigência da compensação neles contida.

16. Não bastasse o exposto, estava a Universidade alertada para a compensação, ainda: a) no recurso ordinário de 18/6/90 (fls. 189 a 196); b) no recurso de revista de 11/9/92 (fls. 204 a 209); c) no requerimento de revisão de mandado de cumprimento de 15/10/92, formulado pelo então Procurador-Geral da Universidade (fls. 375 a 378).

17. Em 19 de julho de 1990, a 2ª JCJ acolheu embargos declaratórios, a fim de elucidar:

“1. O primeiro ponto é mais do que óbvio. Ao deferir a URP de fevereiro de 1989, é elementar que tal reajuste se incorporou ao salário, para efeito dos depósitos fundiários, 13º salário etc. Mas ressalve-se (armadilha implícita nos embargos) que se atentará ao caráter de antecipação contido na URP: não se trata de aumento real, mas de adiantamento compensável.” (f. 197)

18. Nenhuma dúvida, fática ou de ordem jurídica, havia que justificasse o Acordo, celebrado entre a UFES e a reclamante, e os cálculos como efetuados, nem estes encontravam guarida nas decisões judiciais proferidas. Estas não autorizavam o critério objeto do Acordo, nem poderiam fazê-lo, expressa ou implicitamente, pois seriam *contra legem*.

19. O despacho de 14/6/94 (exarado pelo Juiz do Trabalho Substituto que encareceu a interferência da União, no intuito de obstar danos ao Tesouro Nacional, como dirimido) foi exarado na oportunidade do exame do “acordo”, sem homologação dos correspondentes cálculos (f. 136), descabendo sua invocação, feita pela Consultoria Jurídica no MEC, como de suporte à demonstração de que o espaço de tempo *“considerado para efeitos da elaboração dos cálculos constitui-se matéria jurídica controvertida”* ou não pacífica.

20. Demais disso, referido Órgão jurídico não indicou em que consistiram as medidas adotadas pelo dirigente da Universidade, *“no sentido de cessar o pagamento da parcela incorporada, desde dezembro de 1993”*, de maneira a descaracterizar os ilícitos perpetrados. O destaque foi efetuado com o propósito de evidenciar a antinomia dessa assertiva com o fato de que o “acordo” foi ajuizado em junho de 1994.

21. O contexto do processo e os argumentos nele aduzidos pela c.i. proporcionam o firme convencimento de que há responsabilidade administrativa dos indiciados. É caso típico de observância do disposto no art. 168 da Lei nº 8.112, na forma do qual o *“julgamento acatará o relatório da comissão de inquérito, salvo quando contrário às provas dos autos”*. Os indiciados e a Consultoria Jurídica no Ministério da Educação não conseguiram elidir o acordo e os cálculos, reafirme-se efetuados em desconformidade com:

a) disposições expressas do Decreto-lei nº 2.335/87 e da Lei nº 7.706/88. Negou-se-lhes aplicação, ao passo que a função da UFES, se houvesse desenvolvido interpretação, não envolveria o *“negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece”* (Carlos Maximiliano - Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed, p. 79);

b) os indicados entendimentos da Procuradoria-Geral da Universidade, aliás emitidos no curso da reclamação trabalhista de que se cuida;

c) a sentença então exequenda; e

d) o despacho judicial a que alude o item 17 deste Parecer.

As próprias justificativas sublinhadas com o intuito de descaracterizar as irregularidades revestem-se do teor de implicitamente reconhecer estas como existentes.

22. É explícito o art. 1º do Decreto nº 3.035, de 1999, em delegar competência aos Ministros de Estado para julgarem processos disciplinares e infligirem as penalidades de demissão e de cassação de aposentadoria, incluídas as faltas praticadas nas autarquias.

23. As ressalvas a essa descentralização de atribuições são atinentes ao *“ocupante de cargo de natureza especial e ao titular de autarquia ou fundação pública”* (§ 2º do art. 1º), o que não se compreende, na espécie.

24. Assim, incumbia ao Ministro de Estado da Educação o julgamento dos autos.

25. A materialidade dos fatos ilícitos e as autorias estão suficientemente averiguados, impondo-se acolher a conclusão do colegiado, por imperativo do art. 168 da Lei nº 8.112/90.

26. A compulsoriedade da apenação emana dos arts. 130, 132 e 134 da Lei nº 8.112, de 1990, cabendo, ao MEC, elaborar e expedir os atos adequados, providências implicitamente abrangidas pelo Decreto nº 3.035, de 1999, sem prejuízo de promover a devolução das importâncias pagas a maior pela UFES.

Sub censura.

Brasília, 21 de março de 2000.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-128, no tópico DESÍDIA; PARECER Nº GQ-121, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS; e PARECER Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

5 - CONSULTORIA JURÍDICA

Assuntos abordados neste Parecer: Competência para consultoria jurídica, que é ato de mera assessoria, não vinculante. No caso de nulidade desde a instauração, não se concretiza a interrupção da prescrição.

PARECER AGU Nº GQ-108

NOTA: A respeito deste parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, exarou o seguinte despacho: “*De acordo. Em 22.7.96*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00400.000725/96-65

ORIGEM: Consultoria Jurídica do MARE

ASSUNTO: Exame de processos administrativos pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-5/96, de 10 de julho de 1996, da lavra do eminente Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 22 de julho de 1996

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-5/96 (Anexo ao Parecer nº GQ-108)

EMENTA: A teor do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios são competentes para examinar processos disciplinares, mesmo que o julgamento destes caiba ao Presidente da República, que, a seu juízo, poderá submeter o assunto à apreciação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, previamente ao julgamento.

PARECER

No período que medeia 6 a 10 de maio do ano fluente, a Corregedoria-Geral desta Instituição realizou correição ordinária na Consultoria Jurídica do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, advindo, daí, as seguintes observações, aduzidas pelo douto Titular do Órgão de inspeção, *ipsis verbis*:

“a) que a Conjur/MARE é, razoavelmente, bem dotada de recursos humanos, equipamentos de informática, espaço físico, com tendência a ampliação de seu contingente de pessoal mediante transferências de 5 Advogados e onze servidores de apoio administrativo, da Secretaria de Recursos Logísticos, perfazendo 19 causídicos e 51 servidores em sua lotação;

b) que, na tramitação processual sob sua responsabilidade, há registro de entrada de 222 processos administrativos disciplinares, dos quais apenas 30 receberam pronunciamento, além da pleora de 445 feitos diversos, ‘aguardando parecer técnico’, dada a concentração ali de infrações apuradas em outros Ministérios, que poderiam ser elevadas, diretamente, a Sua Excelência o Senhor Presidente da República, para as decisões de sua

alçada, situação que reclama solução urgente, ante a existência de casos graves que se arrastam desde 1993;

c) que a regularidade e eficácia dos serviços jurídicos, sob sua condução, foram checadas por amostragem, sobre os processos arrolados às págs. 04/10;

d) que ‘dúvidas não restam, que as intermináveis tramitações dos processos acarretam danos morais e profissionais a servidores inocentes, bem como impossibilitam efetiva punição de autores de ilícitos, por ter deixado cargos em comissão, seja por morte, seja por encontrar lugar incerto e não sabido; seja por outros fatores que conduzam o indiciado a imunidades parlamentares ou ocorrência de benefício de prescrição’ (pág. 12);

e) que sugestões, para o aprimoramento dos serviços jurídicos, foram elencadas às págs. 13/14.”

2. Em face das ponderações supra, o Senhor Advogado-Geral da União exarou despacho para que delas fosse tomada ciência e se efetuasse *“exame das questões levantadas às fls. 11/12 do Relatório - competência do MARE para reexame de processos administrativos disciplinares, como órgão centralizador, e interrupção de prazo prescricional à luz da Lei nº 8112/90 -, e manifestação”*.

3. Em decorrência da supramencionada correição, foi elaborado o Relatório nº 37/96, onde é enfatizado o aspecto de que a abertura de sindicância ou a instauração do processo, destinado à apuração de irregularidade, interrompe o curso do prazo prescricional da ação disciplinar, até a decisão final proferida pela autoridade competente, oportunidade em que é reiniciada a contagem do novo período, por inteiro. Ainda, pondera-se que há processos disciplinares passíveis de declaração de nulidade, em consequência de *“falhas na condução das apurações”*. É realçado, ademais, o exame efetivado em processos encontrados no Órgão jurídico submetido à correição, tendo-se verificado *“a imprestabilidade de alguns deles, em razão de má condução das respectivas apurações e falhas técnicas em suas origens, o que conduz à necessidade de indispensável e prévio crivo dos órgãos técnico-jurídicos, a nível dos respectivos Ministérios, para que a Autoridade julgadora competente não seja induzida a erros. Mas, entendemos que não necessariamente referido procedimento tenha que ser centralizado na Consultoria Jurídica do Ministério da Administração e Reforma do Estado. Ademais, inexistente previsão legal atribuindo competência ao referido órgão para promover revisão e emitir pronunciamentos em última instância administrativa sobre o assunto em tela, quando os fatos são originários de entidades e órgãos pertencentes à jurisdição de outros Ministérios e órgãos de mesmo nível.”* (fl. 12).

4. As asserções da Corregedoria-Geral, acima reproduzidas, afiguram-se consentâneas com o regramento da competência institucional das Consultorias Jurídicas e do MARE.

5. É que a Lei Complementar nº 73, de 1993, ao instituir a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estruturou a organização e funcionamento dos órgãos jurídicos, de forma sistêmica, atribuindo às Consultorias Jurídicas, integrantes da AGU, mediante o art. 11, as atividades de assessoramento jurídico nos respectivos Ministérios, a coordenação dos órgãos autônomos e entidades vinculada, também sob o aspecto jurídico, e *“a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União”*, competências que compreendem, inclusive, em nível de assessoramento ministerial e a título de ato preparatório da decisão da autoridade a quem incumbe opinar sobre as irregularidades apuradas, o exame de processos disciplinares, pois que, quanto a essas atribuições, o legislador imprimiu aceção abrangente de todos e

quaisquer encargos de caráter jurídico. As exclusões somente far-se-ão admissíveis se consignadas explicitamente.

6. A competência do MARE se adstringe à temática de políticas e diretrizes para a reforma do Estado; de política de desenvolvimento institucional e capacitação do servidor, no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional; de reforma administrativa; de supervisão e coordenação dos sistemas de pessoal civil, de organização e modernização administrativa, de administração de recursos da informação e informática e de serviços gerais; de modernização da gestão e promoção da qualidade no Setor Público; e de desenvolvimento de ações de controle da folha de pagamento dos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil - Sipec, na conformidade do art. 14 da Medida Provisória nº 1.498-19, de 9 de julho de 1996, bem assim aquelas transferidas pelo art. 31 da mesma M.P, as quais não elidem as atribuições das Consultorias Jurídicas supra, até mesmo porque estas são ínsitas na citada Lei Complementar, cujas prescrições são preeminentes às de lei sem o quorum qualificado ou de medida provisória. A diferença das categorias desses diplomas legais mereceu ponderações de Miguel Reale, com o seguinte jaez:

“A Dogmática Jurídica tradicional costuma distinguir dois tipos de leis quanto à obrigatoriedade ou o índice de vigência, as constitucionais e as ordinárias, estas subordinadas àquelas e capazes de obrigar na medida e enquanto com as primeiras se conformem, o que suscita e legitima a alta função do Poder Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade. Pois bem, aos poucos vem-se notando a insuficiência daquela rígida dicotomia, perfilando-se a necessidade de intercalar um ‘tertium genus’ de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência) por força de qualquer lei ordinária superveniente: é a categoria das leis de complementação do texto constitucional, ou de estruturação do Estado, as chamadas leis orgânicas, para cuja aprovação ou reforma se crê preferível exigir-se um quorum especial. Não é compreensível, em verdade, que um diploma legal, fundamental como é, por exemplo, a Lei Orgânica dos Municípios, possa sofrer alterações imprevistas, em virtude de artigos inseridos, às vezes, atabalhoadamente, em uma lei ordinária disciplinadora de matéria totalmente diversa. Trata-se, como se depreende do ora aduzido, de leis ordinárias para-constitucionais, achegados ou limítrofes da Constituição, para cuja aprovação se exige um quorum especial, ad instar do que se passa no campo do direito mercantil pertinente às sociedades anônimas, cujo estatuto só pode ser alterado, em determinados tópicos, por um quorum mínimo de acionistas. A lei prevista no art. 22 do Ato Adicional é desse tipo, sendo indispensável que lhe dêem voto favorável ‘as duas casas do Congresso Nacional pela maioria absoluta de seus membros’. O quorum da maioria absoluta será imprescindível, quer para a aprovação dessa categoria legal, quer para a sua revogação total ou parcial. Se é certo que uma lei só se revoga por outra lei, devemos acrescentar: ‘de igual ou superior categoria’.” (*Parlamentarismo Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1962, pp. 110/2).

7. São opiniões sufragadas por Cretella Júnior e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, nas expressões que se seguem.

“Numa disposição hierárquica ou escalonada das regras jurídicas legais, diríamos que a lei complementar representa um ‘plus’, em relação à lei ordinária, e um ‘minus’, em relação à emenda constitucional, considerando-se perfeita, válida, eficaz, caso o Congresso Nacional, ao promulgá-la, tenha seguido ponto a ponto ao que determinou a

Constituição vigente, ou as emendas constitucionais pertinentes, pois, em caso contrário, toda lei complementar 'rebelde', ou segmento dessa lei que infringiu preceito do sistema constitucional do momento, é nula, consideração esta da maior relevância para a arguição de inconstitucionalidade ou para a interposição de recurso extraordinário." (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988, de José Cretella Júnior, Forense Universitária, 1991, 1ª ed, vol. V, p. 2.712*).

"Leis complementares. No direito brasileiro, foi a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, o chamado Ato Adicional, que estabeleceu o regime parlamentarista de governo, o primeiro texto constitucional a prever essa modalidade de ato normativo. No art. 22, essa emenda previu a complementação das normas que editava, mediante leis aprovadas segundo um procedimento especial. Analisando esse texto, Miguel Reale demonstrou serem essas leis um 'tertium genus de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a revogação (perda da vigência), por força de qualquer lei ordinária superveniente' (Parlamentarismo brasileiro, p. 110-1)." (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ed. Saraiva, 1992, vol. 2, p. 79*).

8. De forma implícita, esse entendimento é esposado pelo Supremo Tribunal Federal, nos votos relativos aos Recursos Extraordinários ns. 103.184 - SC (Segunda Turma) e 106.217 - SP (Primeira Turma).

9. O deslinde do tema requer que se considere igualmente a norma imperativa da Lei nº 8.112, de 1.990, art. 166, para que, elaborado o relatório final, se remeta o processo disciplinar à autoridade instauradora, a fim de efetuar o julgamento, constituindo medida não prevista nas normas de regência a submissão do apuratório, ao MARE, diretamente pelos órgãos que procederam à investigação. O exame do processo pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios constitui mero ato de assessoramento interno e preparatório da decisão do Presidente da República (julgamento do processo), o qual encontra supedâneo no referido art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

10. No entanto, nada impede que o Presidente da República, na condição de autoridade julgadora, a seu talante, e no intuito de melhor fundamentar sua decisão, encareça o pronunciamento do MARE, que, no caso, terá a função de subsidiar a convicção de quem irá emitir o julgamento.

11. Inserem-se na esfera de competência do Presidente da República as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, cuja prescrição foi fixada em cinco anos pelo art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, contudo sujeita à interrupção, que ocorre com a abertura de sindicância ou a instauração do processo disciplinar e subsiste enquanto não adotada a decisão final (cfr. o § 3º do mesmo art. 142). Veja-se o jaez desse dispositivo, verbis: "Art. 142. ...§ 3º. A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente..."

12. Na hipótese em que o processo tenha se desenvolvido sem a observância do princípio do contraditório ou da ampla defesa, impondo-se, destarte, a declaração de sua nulidade, *ab initio*, em consequência desta não se configurou a interrupção do fluxo do

prazo prescricional, o que autoriza asserir que, no tocante a esse aspecto, as faltas disciplinares têm as respectivas punibilidades sujeitas à extinção.

13. A “*decisão final*” a que alude o transcrito § 3º é pertinente especificamente ao processo administrativo em que se efetuou a apuração da irregularidade, motivo por que, caso se revista de vício insanável, o despacho declaratório da nulidade corresponderá à resolução derradeira.

14. Assim, torna-se necessário ponderar que:

a) as Consultorias Jurídicas dos Ministérios possuem competência para examinar os processos disciplinares, concernentes às suas áreas de atuação delimitadas pelo art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 1993, em nível de assessoramento interno e com a conotação de despacho preparatório da decisão do Presidente da República, independentemente da manifestação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que, no entanto, poderá ser ouvido a respeito do assunto, a critério da autoridade julgadora;

b) os dados informativos colhidos pela Corregedoria-Geral, nos termos acima expostos, indicam a necessidade de efetivar impostergável exame dos processos disciplinares encontrados na mencionada Secretaria de Estado, a fim de ser restabelecida a ordem social, exculpando ou inflingindo penalidade, na forma da conclusão da autoridade julgadora;

c) na hipótese em que o processo disciplinar esteja inquinado de vício insanável, impondo-se a declaração de sua nulidade, não terá interrompido o curso do prazo prescricional, o que poderá implicar extinção da punibilidade.

Sub censura.

Brasília, 10 de julho de 1996

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União.

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER Nº GQ-91, no tópico PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL.

6 - CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento em crime contra Administração requer condenação judicial transitada em julgado. Independência das instâncias.

PARECER AGU Nº GQ-124

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo. Em 28.5.97”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 30/05/97, pg. 11182 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 02006.001135/93-95

ORIGEM: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal.

ASSUNTO: Proposta de demissão de servidores.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-1/97, de 14 de abril de 1997, da lavra da Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 28 de maio de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-1/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-124)

EMENTA: Para a demissão fundamentada no inciso I do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, é imprescindível a existência de sentença judicial transitada em julgado condenando o servidor pela prática de crime contra a administração pública, sob pena de violação do disposto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Senhor Advogado-Geral:

Com o Aviso nº 304, de 28 de fevereiro de 1997, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República (fls. 1) encaminha a esta Instituição os autos do Processo nº 02006.001135/93-95, a fim de ser dirimida controvérsia suscitada entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, a propósito da tipificação a ser dada a atos de servidores públicos cuja proposta de demissão foi encaminhada ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Com o Aviso nº 304/97, também a EM nº 2, de 10 de janeiro de 1997, do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, acompanhada das minutas de decreto de demissão dos servidores, proposta ao Chefe do Poder Executivo e a Nota nº 471/97-SAJ/PR-MM.

I - OS FATOS

2. (...) e (...), servidores do Ibama, Superintendência da Bahia, foram presos em flagrante pela Polícia Federal, quando, num restaurante na cidade de Salvador, Estado da Bahia, recebiam a primeira parcela dos quatro milhões de cruzeiros reais exigidos como propina de empresário, a fim de não ser lavrado contra ele auto de infração. O terceiro, (...), também da Superintendência do Ibama-BA, teve seu envolvimento descoberto

posteriormente, com a instauração do Inquérito Policial nº 488. Tendo a Polícia Federal comunicado à autoridade administrativa a prisão em flagrante dos servidores, foi instaurado, também na esfera administrativa, o procedimento adequado. Ressaltaram a Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, e a Assessoria Jurídica da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, serem contundentes as provas colhidas, restando demonstrada a participação dos servidores nos fatos narrados no processo: em razão da função, exigiam para si, vantagem indevida. Foi assegurada aos indiciados ampla defesa.

II - A POSIÇÃO DOS ÓRGÃOS DIVERGENTES

3. Entende a Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e da Amazônia Legal que os três servidores devem ser demitidos “... *com fulcro no art. 117, inciso IX, c/c o art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, por lograr proveito pessoal, em detrimento da dignidade da função pública e por crime contra a administração pública: concussão, observando-se, em consequência, as disposições do art. 137 da referida Lei.*”

4. Já a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República julga que “... *houve a prática, pelos servidores indiciados, dos ilícitos capitulados nos incisos IX e XII, do art. 117, e IV, do art. 132, todos da Lei nº 8.112/90. Por outro lado, quanto à capitulação do crime contra a Administração Pública, sugerido por aquela Consultoria Jurídica, entendo que só se aplicaria à espécie caso já tivesse havido, na esfera judicial, a condenação dos servidores indiciados, por sentença, pela prática do crime de concussão. Não havendo nos autos, qualquer notícia ou prova nesse sentido, tal tipificação não pode ser aventada.*”

III - OS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS

5. Dispõe a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que instituiu o regime jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

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

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;”

“Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

IV - improbidade administrativa;

IV - A TIPIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES

A - Quanto à violação do art. 117, IX.

6. Quanto à violação do inciso IX do art. 117, estão acordes todos. De fato, valendo-se do cargo que exerciam, os servidores em questão lograram proveito próprio em detrimento da dignidade da função. Ivan Barbosa Rigolin, ensina que a proibição constante do inciso IX do art.117 tem efeito moralizante:

“O inc. IX contém uma norma de cunho moral, sobremaneira subjetiva e dificilmente avaliável quanto aos seus exatos limites. Vai do senso pessoal de cada servidor a avaliação de se o cargo que desempenha lhe está ou não servindo para auferir proveito pessoal, ou de outrem, e se esse proveito está ou não ferindo a dignidade da mesma função pública. Não resta dúvida de que apenas em casos gritantemente lesivos a esta ordem poderá haver coibição eficaz contra quem pratique o excesso.” (Ivan Barbosa Rigolin - “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis,” 2ª edição, atualizada, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 211).

7. Proveito próprio é toda e qualquer vantagem, pecuniária ou não, pessoal ou de outrem. No caso dos autos, houve vantagem pecuniária em proveito próprio. O nexo causal entre a obtenção da vantagem e o exercício do cargo ficou evidente.

B - Quanto à violação do art. 117, XII.

8. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, vai além e diz que houve, também, violação da norma inscrita no inciso XII do mesmo art. 117: receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições. Tem razão a Subchefia. Ao efetuar, em flagrante, a prisão dos servidores, a Polícia Federal apreendeu um envelope contendo a importância de CR\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros reais), como consta do auto de apreensão, cuja cópia se encontra às fls. 78, e verso, do Processo nº 02.006.001.135/03-95. Para o Direito Penal, se o funcionário exige a vantagem, pratica o crime de concussão (Código Penal, art. 316); se solicita, ou se recebe, ou se aceita a promessa de vantagem indevida, comete o crime de corrupção passiva (Código Penal, art. 317). No Direito Administrativo, não importa se a propina (ou a comissão, ou o presente ou a vantagem de qualquer espécie) foi exigida ou se foi solicitada ou se foi simplesmente aceita. Basta que tenha sido recebida. E, no caso em pauta, os servidores a receberam. Tanto que a quantia foi apreendida pelos policiais federais. Os servidores receberam a quantia porque deixaram de autuar a madeireira do empresário.

9. A propósito do inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112/90, diz Rigolin:

“O inc. XII proíbe a prática de corrupção administrativa, consignada na lei como o recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie pelo servidor, em razão de sua mera atribuição. Tal significa que não pode o servidor federal receber subornos, peitas, gorjetas, participações em negócios da Administração, brindes, mimos, lembranças ou quaisquer outras oferendas, simplesmente porque, com este objetivo ou não, pelo só desempenho de sua função favoreceu alguém. A regra é necessária, pela sua evidente função moralizante, e porque seria inadmissível o silêncio da lei em tema semelhante.” (*ob. cit.*, p. 211).

V - QUANTO AO DISPOSITIVO LEGAL A SERVIR DE BASE AO DECRETO DE DEMISSÃO

10. Para o Ministério, a demissão deve fundamentar-se no inciso I do art. 132; para a Subchefia para Assuntos Jurídicos, no inciso IV, do mesmo artigo.

11. Argumenta a Subchefia ser inaplicável ao caso o inciso I do art. 132, porque não há nos autos notícia de que os servidores já foram punidos na esfera criminal, por decisão transitada em julgado. Observe-se que os Projetos de Decretos mencionam expressamente: “... e por crime contra a administração pública: concussão...”

12. Na vigência do Estatuto revogado (Lei nº 1.711/52), cujo art. 207, I, tinha idêntica redação ao do disposto no inciso I do art. 132 da Lei atual, o antigo DASP expediu diversas Formulações, dentre as quais destaco:

Formulação nº 128: “Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não a precede condenação criminal.”

Formulação nº 30: “A absolvição judicial só repercute na esfera administrativa se negar a existência do fato ou afastar do acusado a respectiva autoria.”

Formulação nº 278: “A absolvição do réu-funcionário por não provada a autoria, não importa em impossibilidade da aplicação da pena disciplinar.”

13. Após a Carta de 1988, já na vigência da Lei nº 8.112/90, a mais alta Corte de Justiça do País teve oportunidade de apreciar, algumas vezes, a questão, muito embora não tenha,

ainda, sedimentado sua posição. Com efeito, em 1992, funcionário público impetrou mandado de segurança contra ato presidencial que o demitira, “... *por se ter prevalecido abusivamente da condição de policial e cometido crime contra a administração pública*” (Decreto publicado no Diário Oficial da União, ed. de 20/5/91, seção II, p. 3.326). Compulsando os autos do Processo, verifica-se que não há decisão judicial sobre a prática de crime contra a administração. O Supremo Tribunal Federal, indeferindo a segurança, decidiu, em sessão plenária, por unanimidade: MS. nº 21.332-9 - DF, relator Ministro Néri da Silveira: “*Mandado de segurança. Servidor policial. Demissão por ter se prevalecido da condição de policial. O ato de demissão, após processo administrativo não está na dependência da conclusão de processo criminal a que submetido o servidor, por crime contra a administração pública. Independência das instâncias. Constituição, art. 41, § 1º. Transgressões disciplinares de natureza grave. Mandado de segurança indeferido.*” (Decisão em 27/11/92; DJ 07/5/93; Ementário STF nº 1.702-2, pp. 344 e segtes.)

14. Posteriormente, em 25/11/93, também por decisão unânime, em sessão plenária, a Corte Suprema, concedendo a segurança, decidiu de modo diverso: MS nº 21.310- DF, relator Ministro Marco Aurélio: “*Servidor. Responsabilidade administrativa, civil e penal. Demissão. Estando o decreto de demissão alicerçado em tipo penal, imprescindível é que haja provimento condenatório trânsito em julgado. Se de um lado, é certo que a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal indica o caráter autônomo da responsabilidade administrativa, a não depender dos procedimentos cível e penal pertinentes, de outro não menos correto é que, alicerçada a demissão na prática de crime contra a administração pública, este há que estar revelado em pronunciamento do Judiciário coberto pelo manto de coisa julgada.*” (D.J. 11/3/94, pp. 4.096, Ement. vol 1.736-2, pp. 263 e segtes, RTJ 152/475).

15. Tratava-se de servidor da Polícia do Distrito Federal, cujas infrações estavam previstas em lei específica. Depois de dizer que tais infrações se dividiam em duas categorias (as simplesmente administrativas e as que configuravam crime contra a administração pública, o Ministro relator afirmou: “...*como é o crime contra a Administração Pública definido no art. 318 do Código Penal e que serviu de base, como única e exclusiva motivação ao Decreto de demissão...forçoso é concluir que a Administração se antecipou ao provimento judicial definitivo... Portanto, em penada única, procedeu-se como se já houvesse condenação criminal transitada em julgado e, o que é pior, colocando-se em plano secundário até mesmo a circunstância de o Impetrante não estar sendo processado pela prática de crime contra a administração pública.*” (RTJ 152, p.479).

16. Mais tarde, em 16/11/95, também em deliberação do Pleno, por unanimidade, a Corte voltou à antiga posição, qual seja a de que a ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório. Interessante ressaltar que o Decreto presidencial, publicado no Diário Oficial da União, edição de 30/11/92, seção II, p. 7.551, não teve por fundamento o inciso I do art. 132 e nem consignou que o funcionário havia cometido crime contra a Administração. O Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao denegar a ordem, decidiu: MS. nº 21.322-9 - SC, relator Ministro Maurício Corrêa:

“Mandado de Segurança. Servidor público. Demissão após processo administrativo disciplinar. Legalidade da punição. Aplicação do art. 41, § 1º da Constituição Federal c/c art. 132, I, IV, X e XI da Lei 8.112/90.

1. A materialidade e a autoria dos fatos ilícitos deverão ser apurados em processo administrativo disciplinar.

2. A Administração deverá aplicar ao servidor comprovadamente faltoso a penalidade cabível na forma do artigo 41, § 1º, da Constituição Federal c/c o art. 132, I, IV, X e XI, da Lei nº 8.112/90.

4. A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório, pois a aplicação da pena disciplinar independe da conclusão dos processos civis e penais, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos.

5. Segurança indeferida.” (*Decisão em 16/11/95, D.J. 26/4/96; Ementário STF nº 1.825-01, p. 176 e segtes.*)

17. Todo crime praticado por funcionário contra a administração pública (Código Penal, arts. 312 a 327), constitui, também uma infração administrativa, capitulada ou no art. 117 ou no art. 132 da Lei nº 8.112/90. A recíproca, porém, não é verdadeira: nem toda infração disciplinar configura crime. Essa conclusão e a independência das instâncias civil, penal a administrativa, constituem jurisprudência mansa e pacífica da Corte Suprema, sendo de ressaltar que a Lei nº 8.112/90, no art. 125, é expressa ao prever a independência das referidas instâncias.

18. Ora, se toda ação tipificada como crime no Código Penal constitui, também infração disciplinar, se diversos incisos do art. 132 da Lei nº 8.112/90 encontram correspondência no Código Penal, parece evidente que ao prever a demissão por crime contra a administração pública, a *mens legis* não pode ser outra senão a de que a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado. A Constituição assegura que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Não pode, portanto a Administração demitir funcionário público por ter cometido crime contra a administração pública e decisão judicial transitada em julgado ainda não reconheceu a existência do fato e a sua autoria, condenando o servidor.

19. A propósito do disposto no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112/90, do já citado Rigolin, destaco:

“Abrindo o rol, os crimes contra a Administração. Se são apenados com demissão do serviço público, antes disso, quando apurados judicialmente em processo-crime, são punidos, conforme sejam de uma ou de outra natureza, com penas privativas de liberdade (reclusão ou detenção), segundo previsto no Código Penal, arts. 312 a 327. Nessas previsões penais existem reclusões de até doze anos, o que indica a extrema gravidade dos delitos. A essas punições somar-se-á naturalmente a demissão do serviço público, que é pena administrativa que não se comunica com a pena criminal, soma-se a ela, repetimos. Às vezes existe a condenação judicial do servidor à pena acessória de perda do cargo público; neste caso, não será administrativa aquela penalização, mas judicial.” (Comentários..., pp. 226-227).

20. Outro não é o entendimento já manifestado por essa Instituição, como se extrai das Informações AGU/WM - 04/97, adotadas, por V. Ex^a. em Despacho de 31 de março último:

“Denota-se que, no inciso I, o art. 132 estatui a demissão no caso de ‘crime contra a administração pública’ e, nos incisos II, VII, VIII e X, a decorrente de abandono de cargo; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, todas infrações administrativas que, à guisa de exemplo, encontram correspondentes no capítulo do Código Penal específico dos

crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral. A compatibilização da incidência desses preceitos ocorre em que à apenação, com base no inciso I, é exigida sentença penal com trânsito em julgado e, nos demais casos, é suficiente a decisão da autoridade julgadora, no processo disciplinar em que, regularmente, apuraram-se a materialidade do ilícito e a autoria. Pretende o legislador que a Administração atue de forma não autônoma, para restabelecer a ordem social, apenas quando o servidor é condenado, na esfera criminal, decorrendo, assim, a expulsão estatuída no item I; nos demais casos, é imposta, na Lei, uma apreciação administrativa independente, mediante o julgamento de que tratam os arts. 166 e 167 (Lei nº 8.112). Destarte, não se restringe a incidência do aludido art. 132, isento de limitações no que é pertinente ao poder-dever atribuído à Administração para apenar seu pessoal.”.

21. Como não há nos autos prova de que os servidores tenham sido condenados por decisão judicial transitada em julgado, o decreto de demissão não deveria, s.m.j., fundamentar-se no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112/90.

22. Propõe a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República que a demissão tenha por base o inciso IV do art. 132: a improbidade administrativa. Correta a posição. Improbidade revela a qualidade da pessoa que não procede bem por não ser honesto, que age indignamente por não ter caráter, que não atua com decência por ser amoral (cfr. De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, São Paulo, Forense, 2ª ed., vol. II, p. 799). Rigolin não diverge:

“Improbidade administrativa (quarto tipo) quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto. Chama-se improbidade administrativa aquela havida ou praticada no seio da Administração, já que pode haver improbidade na esfera civil, na vida particular, ou na militância comercial de qualquer pessoa; apenas por referir-se a situações ou fatos ligados à Administração, dentro dela, a L. 8.112, a exemplo de outras leis, denominou aquela improbidade de administrativa.” (*Ivan Barbosa Rigolin - “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis,” pp. 227-228*).

23. A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, assim define o ato de improbidade administrativa:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;.....

24. Vale, ainda, ressaltar que os atos praticados pelos servidores de que tratam estes autos, configuram, também, a infração administrativa prevista no inciso XI do art. 132:

corrupção, expressão que tem significado mais amplo que o crime de corrupção capitulado no art. 317 do Código Penal: no campo do Direito Disciplinar, não importa se o funcionário exige, se solicita, se recebe ou se aceita a vantagem indevida. Se se pune o menos (se o funcionário recebe), deve-se punir o mais (se exige). Ao praticar uma ação, o funcionário pode infringir diversas normas, vários deveres ou violar diferentes proibições. Diz Rigolin:

“A corrupção, por exemplo, referida singelamente no inc. XI, pode revestir formas infinitas, cujo aspecto multifário é a cada dia ampliado pela criatividade humana, que nesse terreno se demonstra mais fértil do que talvez em qualquer outro. Parece com efeito inesgotável a imaginação corruptora do homem, muito mais célebre em evolução que aquela voltada a contê-la. Desse fato não pode descuidar a Administração, mas também não o pode com relação à ampla defesa que precisa garantir ao servidor dela acusado, antes de poder demiti-lo do serviço público.” (*ob. cit.*, p. 229).

25. Por outro lado, embora também tal não tenha sido aventado quer pelo Ministério, quer pela Subchefia para Assuntos Jurídicos, tendo em vista que houve infração ao disposto nos incisos IX e XII do art. 117, o ato demissório pode fundamentar-se, ainda, no inciso XIII, além do XI (e do IV, conforme item 22 deste parecer), ambos do art. 132, *verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

XI - corrupção;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

VI - CONCLUSÃO

26. Do exposto, podemos concluir:

a) a demissão de servidor com base no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112/90, só deve embasar o ato presidencial na existência de decisão judicial transitada em julgado;

b) no caso dos autos, os atos praticados pelos funcionários constituem infração ao disposto nos incisos IX e XII do art. 117 e o ato demissório pode fundamentar-se nos incisos IV, XI e XIII do art. 132.

À consideração superior.

Brasília, 14 de abril de 1997.

Mirtô Fraga
Consultora da União

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-121, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.

7 - DESÍDIA

Assuntos abordados neste Parecer: Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Desídia não tem natureza dolosa.

PARECER AGU Nº GQ-128

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo. Em 24.7.97”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 21052.004329/93-13

ORIGEM: Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária

ASSUNTO: Demissão de servidores.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-6/97, de 8 de julho de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 24 de julho de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-6/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-128)

EMENTA: O servidor que, de forma dolosa, não observa normas técnicas que disciplinam o deferimento de títulos de relacionamento de granjas avícolas, inclusive omitindo-se na realização de vistorias das granjas e na análise dos projetos, relativos aos títulos de relacionamento, a fim de proporcionar o favorecimento de terceiros, incorre na falta disciplinar denominada *“valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”*, não se caracterizando o procedimento desidioso.

PARECER

O Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo, por intermédio do Ofício nº 763/93, de 6 de julho de 1993 (fl. 2 do 1º volume), encareceu, ao então Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária, que informasse se, no respectivo quadro de pessoal, existiam médicos veterinários ou zootecnistas, envolvidos na concessão de títulos de relacionamento no Serviço de Inspeção Federal (SIF) a cerca de cinquenta granjas, *“sem as mínimas condições exigidas pelo Regulamento de Inspeção”*, deferimento que teria sido feito pelo servidor doc. de fl. 3 do 1º vol.).

2. Esse expediente ensejou que efetuassem quatro apurações: uma sindicância e três investigações, através de processos disciplinares, nulificados os dois primeiros (fls. 249/250 do 1º vol. e fls. 179/182 do 2º vol.).

3. O processo em exame foi instaurado em dezembro de 1994 e os correspondentes trabalhos concluídos em março de 1995 (relatório de fls. 165 a 183 do 3º vol.), com a responsabilização de (...) e de (...), ambos os dois ocupantes dos cargos de Médico Veterinário do quadro permanente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, por terem se valido do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (item IX do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990). Conforme apurou a c.i., *“houve,*

inegavelmente, a caracterização de graves falhas administrativas na tramitação dos processos de concessão de Títulos de Relacionamento de Granjas Avícolas; o não atendimento das Normas Técnicas e o evidente prejuízo dos consumidores, no aspecto da saúde pública” (fl. 182 do 3º vol.).

4. Nos autos, não se discrepa que (...) *“disse ter vistoriado as Granjas Avícolas” e “assinou os Títulos sabedor da não realização das vistorias e das ressalvas apontadas pela sua Assessoria Técnica e, para terminar, (...) fez a entrega dos respectivos Títulos, com o agravante de que no Ofício de encaminhamento, de forma expressa, deixava consignado a regularização do interessado perante a legislação em vigor, sem nada mais precisar atender”. É o que se depreende dos documentos de fls. 98, 102, 105, 108, 111, 114 e 117, caracterizando favorecimento de terceiro. Sobreleva ainda notar, que para o descumprimento da legislação, quer seja a concessão de Títulos de Relacionamento sem o atendimento das exigências, ou melhor, passando-se por cima das exigências, “praticaram os indiciados (...) e (...) favorecimento de terceiros, aquele como autor de informações falsas sobre a real situação dos estabelecimentos, este pela conivência, pois, tinha condições de ostentar o Título de Relacionamento, inobstante desse conhecimento, e das ressalvas apontadas por sua Assessoria Técnica direta, considerou-as, aptas a funcionar, como que na total legalidade”.* (fls. 173 e 174 do 3º vol.)

5. No pronunciamento datado de 1º de junho de 1995 (fls. 208 a 212), o Órgão jurídico do antigo Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária aquiesceu à ilação da comissão de inquérito, divergindo em que o ilícito estaria tipificado no item XV do art. 117 da Lei nº 8.112, ou seja, a expulsão dos indiciados seria fundamentada sob a alegação de terem procedido de forma desidiosa.

6. Porém, em 10 de dezembro de 1996, a douta Consultoria Jurídica do Ministério da Agricultura e do Abastecimento entendeu cabível a penalidade proposta para (...) e alvitrou a suspensão de (...),

“que assinou os Títulos de Relacionamento baseado nas informações do Sr. (...), mas que não teve o cuidado de verificar se as exigências da área técnica haviam sido cumpridas”.

Afigura-se, assim, ainda que dentro do mesmo tipo, a existência de conduta com diferentes graus de gravidade.

Em casos da espécie, com base no parágrafo único do art. 168, da Lei nº 8.112/90, pode a autoridade julgadora agravar ou atenuar a penalidade proposta pela Comissão, levando-se em conta a gravidade do ato e os antecedentes funcionais do servidor.

Entendemos, nessa sorte, que dada a participação do servidor com menos gravidade e considerando que sua ficha funcional não registra antecedentes disciplinares e considerando que desde a época dos fatos até o momento continua ele exercendo suas atividades sem notícia de prática de irregularidades, poderá a autoridade julgadora abrandar a penalidade proposta, para aplicar a pena de suspensão por 90 (noventa) dias, que se nos parece mais compatível ao caso. No tocante ao Sr. (...), pensamos que deverá ser mantida a proposta da penalidade de demissão, por ser ele o responsável direto pelos atos que potencialmente colocaram em risco a saúde pública.”

7. Os autos foram encaminhados a esta Instituição pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, através do Aviso nº 81, de 24 de junho último (fl. 253 do 1º vol.), em vista do dissenso estabelecido, no tocante à apenação proposta para (...), entre o entendimento a que alude o item anterior e o externado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da referida Casa Civil, com o seguinte jaez, *verbis*: “O Dr. (...) assinava

Laudos de Vistoria falsos, os quais serviam de suporte para que o Dr. (...), mesmo sabendo da inocorrência das vistorias, emitisse os Títulos de Relacionamento (fls. 173 - 3º vol.), cuja obtenção custava a cada produtor de ovos a importância equivalente a 350 dólares americanos, numerário este que era pago, sem recibo, a outro médico-veterinário com ligações junto à Associação de Produtores de Ovos do Estado de São Paulo - APROESP, de nome (...), conforme afirmação unânime dos produtores da região e constante dos depoimentos de fls. 23/33 - (1º vol.). Considero, por conseguinte, data venia, desprovida de qualquer respaldo jurídico a sugestão oferecida pelo ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, no sentido de abrandar, para suspensão por 90 dias, a pena a que estaria incurso o servidor, pois, não consegui vislumbrar, em hipótese alguma, porque haveria de ser considerada menos grave a falta cometida pelo superior hierárquico que, mesmo sabendo que não haviam sido efetuadas as imprescindíveis vistorias, e da existência de exigências técnicas constantes nos respectivos processos, exigências estas consignadas pela área técnica, emitia os pré-falados Títulos de Relacionamento pondo em sério risco e saúde pública. A conduta, pois, do Sr. (...), tal qual a do seu subordinado, Sr. (...), resultou em favorecer terceiros (as granjas indevidamente relacionadas e ao Sr. (...), que percebia importâncias indevidas) e a colocar em sério risco a saúde pública.” (fls. 256 e 260 do 1º vol.).

8. A c.i. comprovou a atuação dos indiciados, individualizando a participação de cada um, e enfocou a gravidade das infrações, com o risco para a saúde pública, como especificado às fls. 170 e 171 do 3º volume. Não se demonstrou em que a conduta funcional de (...) seria menos grave que a postura de (...), os quais atuaram em conluio, de modo a desautorizar a compulsoriedade da demissão inserta no art. 132 da Lei nº 8.112:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

9. A proporcionalidade da pena ao ilícito é aquilatada em face dos elementos de convicção carreados para o processo disciplinar e ante os fatores enumerados no art. 128 da Lei nº 8.112, a juízo da autoridade julgadora, que, no mister da avaliação da verdade dos fatos, pode abrandar ou agravar a penalidade proposta pela c.i. ou exculpar o servidor.

10. Dúvida não subsiste quanto à existência das infrações e sua autoria, convicção que emerge do exame do apuratório, efetuado sob os aspectos probatório e legal.

11. A apenação, como proposto pela comissão de inquérito, é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerando que o colegiado vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão.

12. Muito embora louvável o zelo demonstrado pelos Órgãos jurídicos, acima especificados, no que tem pertinência com a particularidade de as infrações da espécie caracterizarem a desídia, a inobservância de normas técnicas que regem o exame dos processos de concessão de títulos de relacionamento de granjas avícolas, no caso, é elemento integrante da dolosa transgressão “*valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*”. Os indiciados propositadamente se omitiram quanto às vistorias e análises dos projetos porque visavam ao fornecimento irregular dos títulos de relacionamento, sendo certo que ditas inspeções e exames seriam irrelevantes e não coadunariam com a consecução do resultado delituoso: o favorecimento de terceiros, como exposto.

13. Essa conduta anti-social dos indiciados não configura a desídia, por isso que destoante do seu conceito, conforme se verifica de opiniões doutrinárias que, a seguir, são reproduzidas:

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o desleixo, a desatenção, a indolência, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento.” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4).

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (*Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3).

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do eletricitista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (*Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada*, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos de produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia.

É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial." (*Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561*).

14. Concluindo, tem-se que os servidores (...) e (...) valeram-se dos respectivos cargos para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, na forma apurada pela comissão de inquérito. A inflição da penalidade é imperativa e deverá ser embasada no art. 132, inciso XIII, combinado com o art. 117, item IX, da Lei nº 8.112, de 1990.

Sub censura.

Brasília, 8 de julho de 1997.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Prescrição computada conforme Código Penal (CP) quando a falta caracteriza-se também como crime, como exceção da independência das instâncias. Desídia.

PARECER AGU Nº GQ-164

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 24.9.98*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 28/09/98, pg. 21 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 31035.027076/90-84

ORIGEM: Ministério da Previdência e Assistência Social.

ASSUNTO: Inviabilidade da apenação de servidor aposentado, em face da insuficiência de provas da materialidade do ilícito e da autoria.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-18/98, de 27 de agosto de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 24 de setembro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-18/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-164)

EMENTA: À constatação da prática de infração “proceder de forma desidiosa”, a imputar-se em razão de fatos ligados à titularidade de cargo de confiança, é necessário o exame do método e volume dos trabalhos e das condições de funcionamento e acesso de servidores às dependências em que funciona a unidade administrativa dirigida pelo indiciado, na hipótese em que, no caso em apreciação, esses aspectos sejam considerados de relevo à formação do juízo de culpabilidade ou inocência. Em decorrência de a “lesão aos cofres públicos” corresponder ao crime de peculato, a respectiva ação corretiva extingue-se em dezesseis anos.

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-164 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-3.)

PARECER

No presente processo, a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social propõe a irrogação da penalidade de cassação de aposentadoria no cargo de Agente de Portaria do Quadro Permanente do Instituto Nacional do Seguro Social, ao passo que à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República parece configurada a hipótese de “*isenção da responsabilidade funcional do servidor, em decorrência da prescrição do poder punitivo*”, razão pela qual o Ministro de Estado Chefe da Casa Civil transmitiu os autos a esta Instituição, a fim de pacificar a pendência.

2. A averiguação das irregularidades compreendeu o “*uso indevido de números de benefícios e desaparecimento de processos ocorridos na Divisão Local de Seguro Social de*

Bangu” (v. a primeira página do relatório final, constante de fls. 771/776) e, efetivamente, reafirmou-se a existência de irregularidades, verificadas em auditoria efetuada pelo Instituto Nacional do Seguro Social, na Divisão Local de Seguros Sociais da Superintendência Estadual do Rio de Janeiro, consistentes no “reaproveitamento indevido de número de benefícios, sendo detectado em diversas FBMS, a concessão de benefícios 03 (três) anos após a DER (Data de Entrada do Requerimento), divergência de nomes constantes nas referidas FBMS com os lançados no PDB, bem como a não localização dos processos concessórios referentes aos benefícios reaproveitados no arquivo do Posto de Bangu”.

3. Anuíram à ilação do colegiado três unidades administrativas do INSS (fls. 777/780, 781/783 e 784/785) e a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, na forma do Parecer/CJ nº 1.226/98 (fls. 787/790). Este Órgão jurídico alvitrou a apenação, em face das infrações valimento do cargo para lograr proveito pessoal, desídia, improbidade administrativa e lesão aos cofres públicos, previstas nos arts. 117 e 132 da Lei nº 8.112, de 1990.

4. Não emerge extirpe de dúvidas a autoria, muito embora tenham sido apurados os fatos. Essa incerteza provém de que, na indicição de fls. 741/744, a comissão apuradora atribuiu, ao servidor que se pretende seja apenado, a falta disciplinar de não *“ter exercido com zelo e dedicação as atribuições do cargo, atuando de forma desidiosa, possibilitando com a conduta adotada, ainda que de modo indireto, a prática de irregularidades quando ocupou a função de Chefe do Setor de Concessão do PSS Bangu, violando os princípios previstos no art. 116 inciso I e no art. 117 inciso XV da Lei nº 8.112/90”*.

5. É de notar-se que o servidor foi indiciado por tornar possível, ainda que indiretamente, a prática de irregularidades, já que teria se portado com desídia no exercício da chefia de que era titular. Na indicição, não se lhe atribuiu a autoria do *“uso indevido do número de benefícios e o desaparecimento de processos”*.

6. Na mesma linha, concluiu-se, mediante o relatório final, que, na defesa, o indiciado *“informa que não era feita uma conferência minuciosa com o rigor necessário. Considerando a natureza e a consequência causada, levando prejuízo aos cofres públicos, situação esta de caráter irreversível, ficou caracterizada a ineficácia dessa Chefia que, de qualquer forma, contribuiu para o desfecho irregular. Desta forma, somos, s.m.j., pela manutenção da penalidade imposta”*.

7. Não obstante a impropriedade da expressão *“manutenção da penalidade imposta”*, infere-se que o colegiado entendeu cabível a penalidade propugnada, porque teria sido caracterizada a desídia. A atuação funcional do indiciado teria proporcionado o *“uso indevido de números de benefícios e desaparecimento de processos”*, irregularidades praticadas na unidade que aquele chefiava. No entanto, é implícito o seguinte pensamento da c.i: outros seriam os autores das últimas infrações.

8. É a conclusão com que o colegiado arrematou seu relatório, *verbis*:

“Diante das apurações efetuadas, dos elementos arrecadados, dos depoimentos prestados por testemunhas envolvidas e acusados, esta Comissão de Inquérito não reuniu elementos suficientes para responsabilizar os servidores que praticaram a fraude de reaproveitamento indevido de número de benefícios, pelas razões já expostas neste Relatório, deduzindo que tudo fora articulado de forma premeditada, visando lesar os cofres da Instituição. No entanto, tal afirmativa seria um ato leviano, contrariando os princípios básicos admitidos na esfera administrativa e judiciária. Quanto ao desaparecimento dos processos concessórios objetos da fraude, assunto tratado no Processo em apenso, entende, este

Colegiado, que os processos talvez nunca tenham existido, não se tratando de processos não localizados ou desaparecidos, e sim de processos inexistentes, que foram fabricados no Setor de Concessão através da confecção dos CCEs, cujos originais tiveram paradeiro ignorado, porém, pelas mesmas razões acima, nada se pode afirmar.” (fl. 776).

9. Louvou-se nos trabalhos do colegiado a Seção de Disciplina Administrativa do INSS, a fim de expender as seguintes considerações, em que se denota o mesmo raciocínio que conduz à desídia e à carência de provas de autoria dos ilícitos:

“uso indevido de números de benefícios e desaparecimento de processos (fls. 778/779): O servidor ... contribuiu concretamente, com sua ação e/ou omissão para a proliferação das diversas fraudes em seu Setor, uma vez que, sendo suas as assinaturas constantes nas FBMS de fls. 05, 12, 20, 26, 33, 38 e 44, o mesmo participou de maneira efetiva na fraude, do contrário, sua evidente omissão, permitiu que fatos irregulares, de fácil detecção, ocorressem sem que tomasse a mínima providência, prova disto, é que uma das maneiras mais fáceis de controle da Chefia da Concessão, seria a assinatura como conferente de pelo menos a maioria aos CCES, ao contrário, o que vemos é que, quer em benefícios regulares como nos irregulares (fls. 483/556) o senhor ... não assinou nenhum, deixando clara a desídia como controlava seus administrados.”

10. Segue reproduzido o teor do entendimento da Consultoria Jurídica do MPAS, *ipsis litteris*:

“O indiciado ... aposentado desde 1992 do Posto de Chefe da Concessão, servidor de nível hierárquico graduado na época dos fatos, não agiu com responsabilidade e zelo para com a instituição. Suas assinaturas estão apostas nos referidos benefícios irregulares, constatado por exames grafotécnicos a cargo da Polícia Federal. Sua atuação imperiosa e ardil no sentido de lesar a instituição está inequivocamente demonstrada na documentação acostada aos autos. O referido servidor contribuiu concretamente, com sua ação e omissão para a proliferação das diversas fraudes em seu setor, uma vez que, sendo suas as assinaturas constantes nas FBMS de fls. 05, 12, 20, 26, 33, e 44, este participou de maneira efetiva na fraude. Do contrário, sua evidente omissão, permitiu que fatos irregulares de fácil detecção ocorressem sem que tomasse a mínima cautela. Prova disto, é que uma das formas fáceis de controle da Chefia da Concessão seria a assinatura como conferente de pelo menos a maioria aos CCES, ao contrário, o que vemos é que, quer em benefícios regulares como nos irregulares (fls. 483/556) o Senhor ... não assinou nenhum, deixando clara a desídia como controlava seus administrados. Em sua defesa, o indiciado aponta para o fato de ter a ficha limpa após anos de trabalho. Esse fato não se presta a caracterizar ou ilidir a aplicação da pena. Pela vasta constatação das irregularidades praticadas pelo servidor, vê-se que a ausência de antecedentes não significa ser portador de bons antecedentes. A tipificação trazida na Última Instrução é a do artigo 117, XV. Todavia, a narrativa autoriza a aplicação das sanções inscritas nos artigos 117, incisos IX e XV, e incisos IV, X e XIII, do artigo 132, da Lei nº 8.112/90, porquanto está patente nos autos que houve proveito pessoal e de terceiros na malfadada transação, culminando com a lesão aos cofres públicos diante do volume de irregularidades detectadas nos benefícios fraudados. Vale salientar que a Comissão de Inquérito, em excelente trabalho elaborado, considerou que o acervo probatório revestia-se de certeza e robustez para alicerçar um decreto condenatório. O ‘modus faciende’ dos atos praticados determinam o dolo, razão pela qual foi o

indiciado incurso nas sanções do artigo 117, incisos IX e XV, e artigo 132, incisos IV, X e XIII, da Lei nº 8.112/90, o que, à toda evidência, reclama a penalidade da cassação de aposentadoria, com acerto, já que o servidor, na qualidade de Chefe de Chefe de Concessão do Posto do Seguro Social, tinha o dever funcional de zelar pela instituição e possuía treinamento para suportar as responsabilidades do cargo. A improbidade está caracterizada diante do fato de que o servidor se valendo do cargo, logrou proveito próprio, intermediando negociações de beneficiários junto ao INSS. No caso, tendo sido sopesadas as atenuantes da primariedade e dos bons antecedentes, nada se opera na redução da reprimenda imposta, diante da envergadura e amplitude da lesão aos cofres públicos, repito, mormente dado o grau de responsabilidade funcional do servidor envolvido, de quem se espera dar exemplo aos demais servidores, de comportamento diverso deste que se repudia.”

11. Percebe-se que à desídia acresceram-se o valimento do cargo para lograr proveito, a improbidade administrativa e a lesão aos cofres públicos, em razão dos mesmos fatos em que se fundamentou a comissão para concluir, de forma explícita, pela autoria apenas da primeira transgressão e exculpação das demais, por falta de provas. No pronunciamento a que alude o item anterior, expõem-se os mesmos argumentos antes enfocados pelas c.i. e Seção de Disciplina Administrativa, sem aduzirem outros aspectos ou elementos probatórios capazes de demonstrar as novas imputações, até contraditórias, inclusive a “intermediação de negociações”, e o proveito auferido: prevalece a exculpação efetivada no final do relatório e acima transcrita, por isso que harmônica com o conjunto das provas coligidas e os aspectos aludidos no item 14 deste expediente. Incabível mesclar a desídia com as três últimas infrações, em razão dos mesmos fatos. Igualmente inadmissível a fundamentação múltipla, no tocante estas faltas, pois não se revestem de diferenciação em suas conotações intrínsecas, conforme o entendimento firmado no Parecer nº GQ-140, que adotou o Parecer nº AGU/WM-4/98.

12. A tipificação da conduta do indiciado, como de modo a configurar a desídia, exige o exame de opiniões doutrinárias quanto ao conceito desse ilícito.

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o *desleixo*, a *desatenção*, a *indolência*, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento.” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4).

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do

pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (Valentim Carrion - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3).

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do eletricitista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - *CLT Comentada*, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial.” (Mozart Victor Russomano - *Comentários à CLT*, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561).

13. Mesmo sendo repetitivo, sobreleve-se o aspecto de a c.i. haver entendido como configurada a desídia, no relatório final, porque o indiciado “*informa que não era feita uma conferência minuciosa com o rigor necessário. Considerando-se a natureza e a consequência causada, levando prejuízo aos cofres públicos, situação esta de caráter irreversível, ficou caracterizada a ineficácia dessa Chefia que, de qualquer forma, contribuiu para o desfecho irregular*”.

14. Não assim a conotação a imprimir-se à verdade dos fatos. A assertiva supra do indiciado deve ser vista também em face do contexto de sua singela defesa (fl. 756) e dos depoimentos por ele prestados (fls. 404/405, 638 e 698), onde evidencia as insatisfatórias condições de funcionamento da repartição, o fácil acesso de servidores ao recinto de seu trabalho e o método e o volume dos serviços, aspectos não examinados e aquilatados, ao menos explicitamente, por quem, nos autos, opinou pela configuração da desídia, incluindo-se a apuração efetivada pela c.i. Acrescem as interferências nas atividades de que se incumbia a unidade administrativa então chefiada pelo indiciado, registradas assim pela própria comissão no seu relatório final, em relação às quais sugere a realização de sindicância (fl. 774): “... *alguns servidores da concessão trabalhavam em sala apartada do*

respectivo Setor, ficando em sala próxima dos Srs. Diretores que se sucediam em Bangu, isto para melhor atender a pedidos dos mesmos no que se referia à concessão de benefícios ... Ficou consignado, então, em todos estes depoimentos, que o objetivo de se destacar funcionários para laborarem junto aos Diretores era no sentido de atender pedidos, inclusive de políticos”.

15. Com efeito, a defesa apenas enfatiza o excessivo volume de trabalho, o método de execução dos serviços e as insatisfatórias instalações e condições em que funcionava a unidade sob sua chefia, vindo a afirmar, no tocante à faceta de que a c.i. se utilizou, apenas parcialmente, com o fito de demonstrar a caracterização da desídia: *“Devo declarar que não era feita uma conferência a rigor, pois vinham os processos sendo trabalhados por outros funcionários, chegando em suas mãos somente as FBM para serem rubricadas”.*

16. Diversa não é a conclusão no respeitante às provas especificadas no termo de indicição (fl. 743), ou seja, o jaez das respostas do indiciado às perguntas formuladas durante os depoimentos não são de molde a autorizar a conclusão de que resultaria tipificada a desídia (fls. 404, 405, 638, 639, 697 e 698).

17. Vez que fundamentais ao exame da configuração da desídia, a seguir, são reproduzidas essas respostas e as respectivas perguntas, apesar de reconhecer-se o caráter exaustivo dessa transcrição.

“Oitava pergunta: - Perguntado ao depoente se quando assinou as FBM'S de fls. citadas na pergunta de nº 07, verificou se os Processos Concessórios, realmente estavam regulares, fazendo a devida conferência? Resposta: - Respondeu o depoente que não foi feita uma análise profunda, tendo em vista que a quantidade de processos concedidos e, encaminhados pela Dataprev era em torno de quatrocentos e cinquenta (450) em uma só caixa.

Primeira pergunta: - O depoente afirmou, que não tomava conhecimento, dos números dos benefícios concedidos, conforme resposta dada à pergunta de número nove do Presidente, tendo em vista a chegada de 450 Processos em cada malote. Sabedor da importância do Setor de Concessão, não se preocupava que o serviço fosse feito descuidadamente, sem qualquer tipo de cautela, em relação a possíveis fraudes? Resposta: - Diz o depoente que não considera que tenha errado por descuido, uma vez que havia sim, um excesso de processo, muita cobrança e falta de tempo.

Segunda pergunta: - Perguntado ao inquirido se pode informar como procedia quando encaminhava os Processos Concedidos para o Arquivo? Resposta: - Respondeu o inquirido que quando chegava RBC da Dataprev, os Processos eram conferidos, as FBM's iam para a Manutenção, as Cartas Concessórias seguiam para o setor de expediente para serem lançadas no PDBe eram encaminhados os Processos constantes das RBC's para o arquivo, e nem sempre havia o recibo efetuado pelo Chefe do Arquivo, muitas vezes extraviando a referida relação no próprio setor de Concessão.

Terceira pergunta: Como era o comportamento do funcionário (...), em trabalho, uma vez que ao responder a 10 pergunta do Sr. Presidente da CI, no depoimento do dia 07 de outubro de 1997, diz que era irresponsável por ser um alcoólatra? Resposta: - Diz o reinquirido que nunca presenciou que o servidor (...) estivesse embriagado ou alcoolizado em serviço, nem tendo notícias que o mesmo fosse um alcoólatra, sabendo apenas que o mesmo bebia normalmente como outra pessoa qualquer. Quer esclarecer, no entanto que os servidores (...), (...), (...) e (...) não trabalhavam na sala da Concessão não sendo diretamente ligados ao depoente, embora lotados na Concessão. O servidor (...) trabalhava no primeiro andar, concedendo as

Aposentadorias Especiais, pois somente este sabia fazê-los. Pelo que recorda os servidores (...), (...) e (...) trabalhavam em outro prédio, diretamente ligados aos diretores que se sucediam em Bangu, quais sejam, (...), (...) e (...). Que tais servidores, trabalhavam para agilizar a Concessão de benefícios, conforme pedido do Diretor, sendo que este recebia pedidos diversos, ou seja, dos Sr. Coordenador de Seguro Social, (...), do Sr. (...), Chefe da Inspetoria e de Políticos. Havia também muito pedido do Sr. (...), que era assistente do diretor (...).

Quarta pergunta: - Se os servidores mencionados na sua resposta anterior nunca trabalharam na sala da Concessão e onde era a tal gaveta, onde ficavam os CCE's assinados em branco, conforme já citaram? Resposta: - Que quando o depoente assumiu a Chefia da Concessão esses funcionários já não trabalhavam na sala da Concessão, sendo que esta gaveta ficava na sala onde esses funcionários trabalhavam.

Quinta pergunta: - Como funcionava a Concessão de Benefícios, por estes funcionários já que os mesmos, não estavam na Concessão? Resposta: - Que os servidores (...), (...) e (...) iam ao setor de Concessão e apanhavam os Processos no Arquivo onde eram guardados os processos a conceder. Levavam os Processos em mãos, faziam a Concessão e a Conferência, depois devolviam para o setor de Concessão, fazendo este último a Conferência dos benefícios, ou sejam dos seus pagamentos. Que nunca notou irregularidades na Concessão de Benefícios e que quando assumiu a Chefia já encontrou essa situação.

Sexta pergunta: - Se o depoente achava correto tal procedimento e se este procedimento sempre existiu no PSS Bangu? Resposta: - Diz o depoente que não sabe dizer se era correto ou não, pois era muito serviço e sempre existiu este procedimento em Bangu, não sabendo dizer os nomes de outros servidores que desta forma trabalhavam, ou seja em sala separada da Concessão. Que mesmo na época que era chefe do Posto, já existia este procedimento."

18. Esses informes não apenas são insuficientes, inadequados e até contrários à tipificação da desídia, desde que analisados em cotejo com o conceito desse ilícito, bem assim evidenciam a viabilidade de as irregularidades terem sido praticadas em unidades diversas da chefiada pelo indiciado.

19. As asserções aduzidas pela Subchefia para Assuntos Jurídicos, colimando o embasamento da proposição da extinção da punibilidade, em face do decurso do tempo (prescrição), consistem precipuamente em que os ilícitos *"foram praticados e conhecidos ainda sob a égide da Lei nº 1.711/52, e a ela o assunto deverá ser considerado, já que a Lei nº 8.112/90, posterior aos fatos, foi indevidamente aplicada. Para o caso em análise, ocorreu a prescrição e se consumou o perecimento do direito da Administração de processar e penalizar disciplinarmente os envolvidos nos fatos irregulares de que tratam estes autos. E assim se deu porque, na forma do disposto no art. 213, inciso II, letra "b", da Lei nº 1.711/52, diploma regulador da situação em questão, a prescrição ocorreu depois de decorridos 4 anos da ciência dos fatos, em se tratando de falta sujeita a cassação de aposentadoria. No transcurso daquele prazo prescricional não havia qualquer causa legal que determinasse sua interrupção ou suspensão, tendo o seu termo, desta forma, se verificado em dezembro de 1993"*. Ao final, sobreleva-se a recente decisão, prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 22.679-0 - DF:

"I. Servidor público: infração disciplinar: prescrição: cálculo conforme o prazo correspondente aos tipos não penais em que o ato punitivo

classificou os fatos. II. Servidor público: infração disciplinar não criminal sujeita à demissão: prescrição quatrienal, conforme L. 1.711/52, vigente ao tempo do fato, não se lhe aplicando o prazo quinquenal da L. 8.112/90.”

20. No presente processo, ninguém discrepa de que comprovou-se o “uso indevido de números de benefícios e o desaparecimento de processos”, advindo prejuízos ao Erário, configuradores da lesão aos cofres públicos. Não foi determinada, no entanto, a autoria.

21. Os arts. 213, parágrafo único, da Lei nº 1.711/52 e 8º, § 10, da Lei nº 8.027/90 estabeleciam, e a Lei nº 8.112/90, art. 142, § 2º, também o estatui, que a falta antevista na lei penal como crime prescreve juntamente com este. A lesão aos cofres é prevista no art. 312 do Código Penal (crime de peculato): persiste o poder-dever da Administração de infligir penalidade em razão dos fatos da espécie, que têm o prazo de prescrição de dezesseis anos, por força dos arts. 109 e 312 da mesma consolidação.

22. Nada obstante, impende tecer considerações a respeito das assertivas contidas no item 19 deste expediente.

23. Na data da promulgação da Constituição de 1988, os servidores públicos eram submetidos a regimes jurídicos diversos, com considerável gama de direitos e deveres, como nos seguintes casos: I - os funcionários, regidos pela Lei nº 1.711, de 1952, existentes na União e em autarquias; II - o pessoal trabalhista encontrado na União, nas autarquias e nas fundações públicas federais; e III - o pessoal sujeito ao regime estatutário ou trabalhista com a mesclagem de normas específicas, existentes nas fundações, em autarquias, nas instituições federais de ensino e até mesmo na União.

24. Ante essa variedade de direitos e deveres de que advinham insatisfações funcionais e inconvenientes, de ordem administrativa, o constituinte determinou, no art. 39, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito da competência de cada unidade federativa, instituíssem regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

25. Parece razoável a conclusão de que esse preceptivo constitucional tinha a finalidade de igualizar os servidores, em seus direitos e deveres, elidindo situações funcionais privilegiadas e injustificáveis. Conseqüentemente, sua exeqüibilidade não prescindia da extinção, transformação e criação de direitos, atentando-se para os aspectos de que contra a Constituição não há direito adquirido e o regime único nela tinha sede. Outra alternativa inexistiria, pois a preservação dos direitos existentes e o acréscimo dos novos compreendidos no regime único constituiriam um paradoxo e frustrariam esse comando constitucional. Em síntese, é desenganado que essa pletora de direitos não era pretendida pela Carta, inclusive conduzindo à conclusão de que, se mantida, resultaria na inexistência do regime único.

26. Estratificou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em assuntos adstritos ao regime jurídico dos agentes do Estado, com o seguinte teor:

“Ementa - Artigo 106 da Emenda Constitucional nº 1/69. - Inocorrência, no caso, de coisa julgada, até porque, na reclamação anterior, proposta antes da Lei 500/74 do Estado de São Paulo, essa Lei não foi levada em conta no exame da relação jurídica entre o Estado e a ora recorrida, do qual resultou o reconhecimento, então, da competência da Justiça Trabalhista. - Em se tratando de servidor admitido, por Estado-membro, em serviços de caráter temporário, ou por ele contratado para funções de natureza técnica especializada, a lei especial que estabelece seu regime jurídico (art. 106 da Emenda Constitucional nº 1/69) é a estadual (no caso, a Lei 500, de 13.11.74, do Estado de São Paulo). Em conseqüência, a relação jurídica

existente entre o Estado-membro e o servidor é de natureza administrativa, e não trabalhista. - Inexistência de direito adquirido a regime jurídico de servidor público cuja modificação decorre de texto constitucional. - Competente para processar e julgar questões relativas a essa relação jurídica administrativa é a Justiça Estadual comum, e não a Justiça do Trabalho.” (RE nº 100.144-5, in D.J. de 2/9/83).

“Ementa: - Mandado de Segurança. Redução de percentual de gratificação extraordinária para o Ministério Público da União. Leis 7.761/89 e 7.961/89. Portarias do Sr. Procurador-Geral da República de nºs 255/89 e 772/89. - É firme o entendimento desta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico, e, portanto, a quantum de percentagem de que decorre o montante da gratificação. - Por outro lado, não tendo havido diminuição nos vencimentos, não houve ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade.” (MS nº 21.086-9 - DF, in D.J. de 30/10/92, p. 19.515).

“Direito adquirido. Tempo de serviço público para efeito de enquadramento criado por lei nova. - Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o que implica dizer que pode a lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, estabelecer exigência, quanto ao tempo de serviço exigido para a obtenção desse direito, que não observe o regime jurídico anterior no tocante ao âmbito de extensão da eficácia dos diferentes componentes que, pela lei antiga, integravam o tempo de serviço público para todos os efeitos das leis então existentes.” (RE nº 99.522-PR, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 107, fev. de 1984).

“Funcionário Público Estatutário - Enquadramento em novo plano de carreira - Discricionariedade da administração pública - Ausência de direito adquirido - Recurso extraordinário não conhecido. A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal.” (RE nº 116.683-RJ, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 137, julho de 1991).

27. Como corolário desse art. 39, a Lei nº 8.112 submeteu ao regime estatutário “os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação” (art. 143).

28. Assim ficou o aludido pessoal, inclusive o indiciado, sujeito ao regime jurídico específico dos servidores públicos federais, ao qual foram atribuídos idênticos direitos e deveres neste inseridos, ante o que foram transmudados aqueles outros pertinentes ao regime a que estavam até então jungidos, ou modificados os respectivos requisitos, como é o caso da transformação dos adicionais por tempo de serviço em anuênios e da licença especial em licença-prêmio por assiduidade, por força dos arts. 244 e 245 da Lei citada, observadas obviamente, as normas constitucionais concernentes. Isto com o intuito de elidir-se a duplicidade de regimes para os servidores públicos e igualizarem estes em direitos e deveres, sem tornar prevalente o interesse individual do servidor sobre o coletivo. Com esse desiderato, o Estado editou unilateralmente leis e normas regulamentares disciplinando

o regime jurídico do funcionalismo, no qual se inserem os casos de extinção da ação punitiva, sujeitando-se os servidores a essas regras estatutárias, suscetíveis de modificação, através de lei, nos direitos então prescritos. A faculdade de estabelecer e alterar unilateralmente as regalias originárias da relação jurídica que se constitui entre o servidor e o Estado com a nomeação, ou admissão, e posse, ou exercício, confere à Administração o poder de atuar com maleabilidade suficiente para implantar o sistema administrativo que atenda às suas peculiaridades e necessidades, normas a que se subordinam os servidores. É defeso ao Poder Público adstringir-se ao interesse específico do seu pessoal e abstrair-se da utilidade pública, com manutenção de normas concessivas rígidas.

29. Essa igualação de direitos e deveres coaduna-se com o interesse da coletividade, nada obstante passível de desatender a pretensão de servidor considerado individualmente, hipótese em que, também em conformidade com a opinião de Hely Lopes Meirelles, há de prevalecer o primeiro, *“uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia”* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 22ª ed, 1997, p. 39).

30. Na seqüência de seu raciocínio, esse doutrinador preleciona, no tocante à regulação dos deveres e direitos do servidor público: *“a Administração deverá ter sempre presente o interesse coletivo na obtenção dos serviços públicos, lembrando-se de que - como o nome está indicando - são serviços para o público e de que seus agentes são servidores públicos, vale dizer, servidores do público: ‘public servants’, na expressão inglesa consagrada por Brandeis ... São direitos dos servidores públicos (refere-se aos direitos decorrentes da função pública) que vicejam ao lado dos direitos gerais e fundamentais do cidadão, e, por isso mesmo, sua extensão e seus limites só podem ser apreciados em face das normas administrativas que os concedem, segundo as conveniências do serviço”* (op. cit, pp. 400/3).

31. Sendo específico quanto à extinção do poder-dever de punir (prescrição), enfatize-se que o novo estatuto dos servidores públicos federais estabeleceu:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

32. Percebe-se que a Lei não contém qualquer distinção quanto aos prazos prescricionais em curso na data de sua vigência e àqueles que tiveram início após sua edição, pois tem sentido abrangente de ambas as duas hipóteses. Nem poderia ser diferente, uma vez que, em relação à inteira temática estatutária, veio a igualar as situações funcionais diversificadas nos vários regimes jurídicos, atribuindo exeqüibilidade ao art. 39 da Carta.

33. Decorridos mais de sete anos da uniformização dos direitos e deveres dos servidores públicos federais, seria descabido constituírem situações discriminatórias a respeito de prazos de prescrição da ação corretiva do Estado, relativos ao pessoal celetista ou regido pela Lei nº 1.711, na data da edição do novo estatuto, mediante a adoção de resultado exegético, baseado na aplicação de norma de direito criminal e autorizada pelo instituto da analogia, quando já revogada a Lei nº 1.711 e inaplicável a C.L.T, bem assim não *“é vista com bons olhos, pela grande maioria dos doutrinadores, a interferência do Direito Penal no*

campo do Direito Disciplinar” (José Armando da Costa, Teoria e Prática do Direito Disciplinar, Rio de Janeiro: Forense, 1981, 1ª ed, p. 50).

34. A esse propósito, veja-se o abalizado magistério de Themístocles Brandão Cavalcanti: *“A invasão do Direito Disciplinar pelo Direito Penal representa uma influência prejudicial, porque atribui maior rigidez às suas normas, tira ao Direito Disciplinar certas peculiaridades que amenizam a sua aplicação e temperam o rigor de suas regras, com a conveniência e a eqüidade”* (José Armando da Costa, op. cit.), como ocorreria com a manutenção do prazo prescricional de quatro anos.

35. Despiciendo realizar incursões nas normas de Direito Administrativo anteriores à Lei nº 1.711 e à Constituição de 1934, para demonstrar que o Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, sem a viabilidade de aproveitarem-se princípios criminais, interpretativamente (v. os arts. 188 e seguintes da Lei nº 1.711 e 116 e seguintes da Lei nº 8.112; a Lei nº 8.027; e as Constituições Federais de 1934, art. 169; de 1937, art. 156, c; de 1946, art. 188; e de 1967, art. 99). Esses preceitos constitucionais já cuidavam da perda do cargo público e da ampla defesa. A ligação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e ao prazo de prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112).

36. Essa interdependência seria destoante do espírito e do sentido do art. 39 da C.F. e da Lei nº 8.112, de 1990, até mesmo porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, quando o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no tocante às mais graves (é dispensável o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas.

37. A dissociação do Direito Disciplinar e do Direito Penal é consignada no voto do Ministro Rodrigues Alckmin, proferido em 23 de maio de 1975, na qualidade de Relator do RE nº 78.949-SP, *verbis*:

“Contudo, outro postulado assente da doutrina é a independência do direito administrativo e do seu ramo disciplinar. Por mais pontos de contato que se apontem, entre o direito penal e o direito disciplinar, as diferenças serão tais e tantas, pela natureza jurídica das penas e em razão das pessoas e órgãos estatais envolvidos, que sempre faltará aquela semelhança e razão suficiente, necessárias para a aplicação da analogia ‘legis’, ou mesmo da analogia ‘juris’, antes de um exame em profundidade de cada questão omissa que com a analogia se queira resolver.”

38. Na seqüência de sua explanação, o Senhor Relator alude à doutrina:

“Caio Tácito foi, nesse sentido, muito claro: ‘Não colhe invocar, a esse respeito a sistemática penal, que obedece a outros pressupostos e obedece a bens jurídicos diversos. A autonomia do direito disciplinar é tema pacífico em matéria administrativa, não se conformando, em seus delineamentos essenciais, aos ditames da responsabilidade penal’.” (Pena Disciplinar, in Revista de Direito Administrativo 45-482).

39. Quando o constituinte pretendeu inserir no Direito Administrativo instituto do Direito Penal, fê-lo expressamente no art. 5º, inciso LV, da atual Carta, estendendo a

incidência do contraditório igualmente ao processo administrativo, antes restrito ao processo penal, nos termos do § 16 do art. 153 da Constituição de 1967.

40. Enfatize-se que os doutrinadores, em sua grande maioria, não admitem a interpretação extensiva e a aplicação da analogia em matéria criminal.

41. Quanto à prescrição, na esfera do Direito Civil, manifesta-se Washington de Barros Monteiro, que indica decisões judiciais:

“Antes de passar ao estudo das causas que impedem ou suspendem a prescrição, disciplinadas no Capítulo II, convém ainda chamar a atenção para outros aspectos importantes da prescrição. Em primeiro lugar, é de se advertir que, na matéria em exame, as disposições são sempre de aplicação estrita, não comportando interpretação extensiva, nem analogia; a exegese será sempre restritiva. Na dúvida, deve julgar-se contra a prescrição, meio talvez antipático de extinguir-se a obrigação. (Arquivo Judiciário, 109/267-115/277; Revista dos Tribunais, 145,71-178/220; 144/534; Revista Trimestral de Jurisprudência, 41/137) Segundo ponto a ser ressaltado: a prescrição em curso não cria direito adquirido, podendo seu prazo ser reduzido ou ampliado por lei superveniente, ou transformado em prazo de caducidade. (Arquivo Judiciário, 108/69; Revista dos Tribunais, 130/195-174/282-190/854-240/226-246/520).” (*Curso de Direito Civil, Parte Geral, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 294*).

42. Desse posicionamento não discrepa Maria Helena Diniz, quando assevera: “A prescrição em curso não origina direito adquirido, podendo ser seu prazo aumentado ou reduzido por norma posterior (RT 174/282; 246/520)”. (Teoria Geral do Direito Civil, 8ª ed., 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1990-1991, p. 208).

43. Também esposa essa proposição Ulderico Pires dos Santos, pois reproduz o seguinte excerto do Manual do Código Civil, vol. 4, p. 595, onde se expõe o pensamento de Carpenter:

“Inexiste, portanto, direito adquirido, não tendo sentido a invocação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Igualmente lembrado na aludida decisão este ensinamento de Carpenter: ‘Antes de completado, de por inteiro decorrido o prazo de prescrição, o prescribente só terá uma expectativa de direito, não um direito adquirido. Esse princípio é incontestável, é inconcusso, a consequência que se deduz dele é que, estando em curso o prazo da prescrição e vindo uma lei nova que modifique o prazo, encurtando-o ou prolongando-o, a prescrição se completará não na conformidade da lei velha, mas, sim, na conformidade da lei nova’.” (*Prescrição - Doutrina, Jurisprudência e Prática, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 144*).

44. A mesma conclusão lógica se impõe quanto ao Direito Disciplinar, por isso que 1) inexistente direito a regime jurídico na relação estatutária que se estabelece entre o agente público e o Estado (v. jurisprudência do STF, acima reproduzida) e 2) é uma decorrência inevitável da unicidade do regime único originário da Constituição.

45. A aplicação das normas estatutárias que regem a prescrição da ação disciplinar há de ser feita em vista também do comando do § 2º do art. 142, da Lei nº 8.112, supratranscrito, isto é, os prazos pertinentes às infrações disciplinares, previstas também como crime, são contados nos moldes da lei penal. Estes os casos em que a lei, de forma única, admite a incidência das normas penais. Em se referindo a essas facetas prescricionais apenas, pretendeu o legislador excluir outras espécies de interferências do Direito Penal no Disciplinar, dadas suas diferenciações quanto às suas naturezas e finalidades, conforme

visto. Qualquer outra incidência somente será permissível mediante disposição legal expressa, em decorrência do princípio constitucional da legalidade.

46. Na hipótese em que a irregularidade administrativa estiver prevista, da mesma forma, como crime, caberá ao administrador o dever de invocar a prescrição a que se refere o art. 109 do Código Penal, abstraindo-se do disposto no art. 142 da Lei nº 8.112, por determinação do seu § 2º, relativamente aos fatos ocorridos na vigência deste diploma legal ou da Lei nº 1.711, de 1952, cujo art. 213, parágrafo único, era assim redigido: *“A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este”*.

47. Portanto, embora não tenha se verificado a prescrição, deve ser arquivado o presente processo, em face de não ter sido determinada a autoria da lesão aos cofres públicos, nem caracterizada a desídia.

Sub censura.

Brasília, 27 de agosto de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Desídia, em regra, é conduta habitual composta de reiterados atos culposos. Possibilidade de desídia por ato único grave. Desnecessidade de mau antecedente funcional por apenação com advertência ou suspensão em razão de quebra do dever de exercer atribuições com zelo e dedicação. Configuração de desídia impõe vinculada pena expulsiva, não cabendo dosimetria.

PARECER Nº 1/2021/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADO: DECOR

ASSUNTO: ASSUNTOS DISCIPLINARES

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. DESÍDIA. CARACTERIZAÇÃO. CONDUTA REITERADA. HABITUALIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APURAÇÃO DISCIPLINAR ANTERIOR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. CONDUTA ÚNICA. POSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO. FALTA DE ZELO. DESLEALDADE.

1. Desídia refere-se à conduta reiterada, negligente, imprudente ou com falta de perícia, sem óbice de ser permeada pela consciência e pela vontade de atuar com desleixo, ou sem primor, dedicação, afincamento ou interesse pelo serviço público.
2. A conduta desidiosa, para desencadear a aplicação da pena de demissão, pressupõe comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não um ato isolado, embora este último possa ser admitido, como exceção e na análise do caso concreto;
3. Um único ato de desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, indolência, inércia para com suas funções caracteriza-se como falta de zelo ou de deslealdade à instituição, passível de aplicação de pena diversa;
4. Excepcionalmente, na esteira dos Pareceres Vinculantes GQ-127, 128, 140 e 164, admite-se a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta, da qual devem resultar graves consequências, o que deve ser analisado no caso concreto, uma vez que a habitualidade e reiteração da conduta continuam sendo requisito essencial, como regra da espécie;
5. Impossibilidade de mitigação da sanção prevista em lei e ausência de discricionariedade do julgador na aplicação da pena correspondente à desídia, pelo comando do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990;
6. O texto legal contido no Estatuto do Servidor Público Federal afasta eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e apresenta-se como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora ao impor a pena de demissão ao rol taxativo ali descrito, entre os quais se insere a conduta "proceder de forma desidiosa", prevista no inciso XV, do art. 117 do Estatuto do Servidor Público Federal.

Senhor Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares - CNPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019.
2. Em reunião, a CNPAD deliberou a elaboração de um parecer para analisar a infração designada como "proceder de forma desidiosa" prevista no art. XV, do art. 117, da Lei nº

8.112/90, à qual se comina pena de demissão prevista no inc. XIII, do art.132, do mesmo diploma legal.

3. A desídia foi tratada nos Pareceres Vinculantes AGU GQ-127, 128, 140 e 164. No que se refere ao Parecer AGU nº GQ-164, este foi revogado pelo Parecer AM-03, por sua vez revogado pelo Parecer JL nº 06, de 10/11/2020. No Parecer AGU nº GQ-127 havia o entendimento da possibilidade de enquadramento no inc. XV do art. 117, da Lei nº 8.112/90, tão só por conduta única.

4. Entretanto, o MS nº 20.940, do Superior Tribunal de Justiça, fixou o entendimento no sentido de que a conduta desidiosa, para desencadear a aplicação da pena de demissão pressupõe um comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não um ato isolado. E que a conduta que se mostrasse inicialmente como desidiosa exigiria da Administração a apuração dos fatos previamente e aplicação de uma pena mais branda, para que o servidor tivesse conhecimento a respeito do seu baixo rendimento funcional.

5. O tema mereceu a presente análise por esta CNPAD para fixar o entendimento da Administração acerca da desídia, sua caracterização, a diferenciação entre este tipo e uma falta isolada, como a falta de zelo ou de lealdade, previstas nos incisos I e II, do art. 116, da Lei nº 8.112/90, a partir do julgamento do MS 20.940/DF-STJ.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. O julgamento do Mandado de Segurança nº 20.940/DF-STJ

6. A conduta infracional “proceder de forma desidiosa” foi apreciada no MS nº 20940/DF, da Primeira Seção do STJ, com relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, cuja decisão encontra-se assim ementada:

MANDADO DE SEGURANÇA. ENGENHEIRO CIVIL DO DNIT. PAD. FATO APURADO: PRÁTICA DE CONDUTA DESIDIOSA. PENA APLICADA: DEMISSÃO. CGU. ATRIBUIÇÃO PARA INSTAURAR OU AVOCAR PROCESSOS E APLICAR SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. RESSALVADO PONTO DE VISTA DESTE RELATOR. CONDUTA DESIDIOSA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE REITERAÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO.

1. Segundo notícia a inicial, o ora impetrante, Engenheiro Civil do DNIT, foi demitido sob o fundamento de ter praticado conduta desidiosa (art. 117, XV da Lei 8.112/1990). A desídia foi assim configurada, nas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora:

(a) O indiciado teve conhecimento das decisões do TCU referentes à questão das chuvas excepcionais, vida útil e valor residual dos equipamentos e depreciação, mas ficou inerte ao receber do DEC/Exército as composições de custos defeituosas, ao longo da execução do contrato (esta última conduta agravante). De acordo com o TCU, as chuvas excepcionais favorecem o casuísmo na orçamentação das obras e os demais itens superestimam os custos horários dos equipamentos, o que acarreta em prejuízo para Administração nas suas contratações;

(b) O indiciado, mesmo tendo sido alertado pelo Coordenador-Geral de Modernização e Informática, da época, sobre a incompatibilidade entre a linguagem escolhida pelo DEC/Exército e o ambiente de informática do Dnit, não procurou verificar a correção do problema;

(c) O indiciado, mesmo sabendo que havia R\$ 400.000,00 em recursos para a realização da parceria com órgãos públicos com fito de desenvolver a metodologia de pesquisa de preços, e que esta parceria não foi

concretizada, não alertou as autoridades do Dnit para a necessidade de devolução desses recursos; e

(d) O indiciado tinha consciência, por trabalhar com área de custos do Dnit, de que o seu trabalho não era corriqueiro ou trivial, mas iria repercutir em todos os orçamentos do Dnit (os quais são da ordem da dezena de bilhão de reais por ano), ou seja, seria a sistematização da orçamentação do Dnit e que, portanto, não poderia

ter sido acompanhado de forma leniente e desidiosa (fls. 379/380).

2. Quanto à competência do Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União para processar e aplicar penalidade contra Servidor Público do DNIT, anota-se que o Servidor Público a quem se impute a prática de ato infracional tem o direito subjetivo de ser regularmente processado na instância administrativa inicial própria, ou seja, tem o direito ao justo processo administrativo, perante o órgão originalmente competente para essa atividade, isto é, o de sua lotação funcional, lugar onde teria ocorrido o alegado ilícito.

3. O poder ou a atribuição funcional de instaurar o procedimento de apuração da ocorrência de infração administrativa não se acha disseminado nas instâncias administrativas, como que competisse difusamente a qualquer autoridade a sua promoção, pois é imperativo se observar as regras de competência, não se admitindo, também nesse terreno, que uma autoridade exerça as atribuições de outra, como é dogma do Direito Público.

4. Contudo, o entendimento firmado por esta Corte é o de que somente incumbe à CGU instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, quando ocorrentes as seguintes circunstâncias: (a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; (b) da complexidade e relevância da matéria; (c) da autoridade envolvida; ou (d) do envolvimento de Servidores de mais de um órgão ou entidade. No caso ora em exame não se verifica a presença de tais circunstâncias, razão pela qual afigura-se descabida a atuação da CGU, no desempenho da atividade sancionadora de que se cuida.

5. Quanto à conduta desidiosa atribuída ao Servidor, traz-se à reflexão as sempre pertinentes observações do Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, segundo o qual, a eventualidade da desídia possui o condão de retirar a subsunção da conduta do servidor público do presente tipo disciplinar, para fins da imposição da pena de demissão ou de outro tipo de penalidade grave (Lei n. 8.112/00 interpretada, 4a. ed, Rio de Janeiro, América Jurídica, p. 717).

6. Analisando questão semelhante à dos autos, o Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, em brilhante voto, consignou que, **havendo conduta do Servidor Público que se mostra, de início, desidiosa, impõe-se que a Administração proceda à apuração dos fatos e, se for o caso, aplique-lhe uma pena mais branda, até mesmo para que ele tenha conhecimento a respeito do seu baixo rendimento funcional.** Caso persista na prática do ilícito disciplinar, será cabível a demissão, porquanto configurada a prévia ciência de sua conduta. **A aplicação pena máxima de demissão por desídia, sem a existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, apresenta-se extremamente desproporcional porque imposta a Servidor Público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular** (MS12.317/DF, DJe 16.6.2008). No mesmo sentido: (MS 12.634/DF, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe16.12.2015 e MS 8.517/DF, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO, julgado em 10.6.2015, DJe 03.8.2015).

7. A conduta desidiosa, para desencadear a aplicação da pena de demissão, pressupõe comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não um ato isolado, como aconteceu no caso em comento. Nessa situação, impõe-se afastar a nota desidiosa que serviu para tipificar o comportamento do Servidor, sem que isso importe em minimizar os efeitos prejudiciais da sua atuação funcional. Em matéria de direito sancionador, a interpretação deve ser, sempre, calcada nos preceitos garantísticos, que não toleram flexibilizações custosas ao direito de defesa ou à delimitação material do ato passível de punição. Não encontra abono jurídico a postura que reivindicava para o Direito Sancionador a função apenasmente punitiva, relegando ao esquecimento e ao desprezo a proteção dos direitos das pessoas.

8. O entendimento judicial, sobretudo em matéria sancionadora, deve estribar-se, principalmente na preservação dos direitos subjetivos, das liberdades individuais e das garantias das pessoas submetidas a processo. Sem isso, a atividade julgadora tende a se confundir com afazeres apenas administrativos, os quais, por mais relevantes que sejam, não realizam o papel dos julgadores. Esse papel, como já dizia o Professor JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA (1906-1994) na sua tese de Catedrático da USP (1939), os Tribunais existem primordialmente para mais servirem à liberdade jurídica dos réus - direito ao processo judiciário - do que ao direito dos autores (Processo Penal, Ação e Jurisdição. São Paulo: 1975, p. 9).

9. Não é correto e nem justo afirmar que a função judicial é comprometida com encargo punitivo, porque, se assim fosse, tenderia à dispensabilidade a função de julgar, já que a narrativa da acusação seria tomada, estranhamente, como minuta do veredicto condenatório. Tal correlação somente seria admissível numa ordem jurídica autoritária e antidemocrática, alheia, estranha ou hostil aos Direitos Humanos e Fundamentais e, também, aos enunciados constitucionais resguardadores dos valores e dos princípios jurídicos.

10. Por fim, cumpre salientar que, em documento novo trazido aos autos, constatou-se que, nas contas prestadas nos Planos de Trabalho PT 30.001.05.01.11.01 e PT 30.001.08.01.58.01, que culminaram no referido PAD, foi reconhecido que houve a regular execução física e atingimento dos objetivos", bem como "a regular aplicação dos seus recursos (fls. 452/476).

11. Ordem concedida para anular a Portaria demissória do impetrante e ordenar a sua reintegração ao cargo, assegurado o pagamento dos valores devidos desde a impetração do Mandado de Segurança.

(julgado em 10/06/2020, pub. DJe 13/10/2020)

destaques nossos

7. A configuração da desídia, no caso concreto, ateu-se à caracterização das seguintes condutas imputadas ao servidor: (a) o indiciado teve conhecimento das decisões do Tribunal de Contas da União-TCU referentes à questão das chuvas excepcionais, vida útil e valor residual dos equipamentos e depreciação, com a agravante de ter se quedado inerte ao receber do DEC/Exército as composições de custos defeituosas, ao longo da execução do contrato. As chuvas excepcionais favoreciam o casuísmo na orçamentação das obras e os demais itens superestimavam os custos horários dos equipamentos, o que resultaria em prejuízo para Administração nas suas contratações; (b) O indiciado, mesmo tendo sido alertado pelo Coordenador-Geral de Modernização e Informática, da época, sobre a incompatibilidade entre a linguagem escolhida pelo DEC/Exército e o ambiente de informática do Dnit, não procurou verificar a correção do problema; (c) O indiciado, mesmo

sabendo que havia R\$ 400.000,00 em recursos para a realização da parceria com órgãos públicos com o fito de desenvolver a metodologia de pesquisa de preços, e que esta parceria não foi concretizada, não alertou as autoridades do Dnit para a necessidade de devolução desses recursos; e (d) O indiciado tinha consciência, por trabalhar com área de custos do Dnit, de que o seu trabalho não era corriqueiro ou trivial, mas iria repercutir em todos os orçamentos do Dnit (da ordem da dezena de bilhão de reais por ano), ou seja, seria a sistematização da orçamentação do Dnit e que, portanto, não poderia ter sido acompanhado de forma leniente e desidiosa.

8. Destacou ainda a decisão, a ausência de juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe a sanção de demissão ao servidor público em razão dessa infração disciplinar. Destarte, entendeu que o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia a todos os servidores contra eventual arbítrio, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais, como algumas correntes doutrinárias ainda defendem, por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar.

9. Neste ponto, importante trazer o entendimento dos demais Ministros no julgamento, uma vez que o acórdão não foi unânime. A Ministra ASSUSETE MAGALHÃES destacou no seu voto (vencido) a diversidade de atos praticados pelo servidor ao longo de dois anos:

“Do que se pode depreender dos autos, não se trata de apenas um fato imputado ao impetrante, nem tampouco de um ato único ou isolado, mas de uma diversidade de atos, praticados por mais de dois anos [...].

“[...] o fato de não ter sido formalmente punido por estas infrações menores não tem o condão, no caso, de descaracterizar o modo de proceder desidioso do impetrante, ante a gravidade da conduta, por longo período de tempo, e a consciência de que mesmo encarregado de acompanhar os planos de trabalho, sabedor das deficiências que estavam acontecendo e alertado dos problemas, inclusive pelo TCU estava agindo com descaso, no trato da coisa pública.

Assim, diante das particularidades do caso concreto, 'caracterizada a desídia do servidor público e, em razão disso, a ocorrência de prejuízo de elevada monta ao erário, mostra-se adequada a aplicação da pena de demissão, cuja previsão expressa está contemplada nos arts. 117, XV, e 132, XIII, da Lei n. 8.112/90, do qual a autoridade não pode se afastar' [...].

[...] refutar os fatos que foram imputados ao impetrante, por ausência de provas de desídia ou por se tratar de inexigibilidade de conduta diversa como se pretende, na inicial refoge ao âmbito do mandado de segurança, por exigir dilação probatória, haja vista os motivos que levaram à sua demissão, referentes à reiteração e à duração da conduta e à gravidade de suas consequências.

Qualquer outra conclusão, na hipótese inclusive no que diz respeito à eventual atuação do superior hierárquico para coibir ou reprimir a prática desidiosa, ou a boa-fé do impetrante, no exercício de sua atividade funcional, demandaria dilação probatória, insuscetível de ser feita na via do mandado de segurança, que exige prova pré-constituída".

[...] 'assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n.8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, 'Acercada proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento desta Corte

Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa'[...]'".

[...] a análise de documentos novos, juntados aos autos [...], envolve perscrutar em que medida o impetrante teria contribuído, ou não, para o desfecho exitoso dos planos de trabalho em epígrafe, com a revisão, inclusive, das conclusões da Comissão do Processo Administrativo Disciplinar, pois, pela simples leitura da referida documentação não se pode concluir, de pronto, que, efetivamente, não ocorreu qualquer desídia, por parte do impetrante [...], motivo pelo qual a questão só pode ser deslindada nas vias ordinárias, inclusive quanto aos documentos novos, juntados aos autos, e observado o princípio do contraditório.

Observa-se, ainda, que os referidos documentos novos foram juntados aos autos, pelo impetrante, [...], após a manifestação ministerial, sem qualquer observância ao devido contraditório, procedendo-se a uma dilação probatória absolutamente indevida, em sede de mandado de segurança, e sem a observância do princípio do contraditório, [...]'".

(destaques nossos)

10. Extraí-se, também do voto vencido do Ministro HERMAN BENJAMIN, além da reiteração, a gravidade da conduta, e o prejuízo às atividades desenvolvidas no próprio órgão, presentes no caso concreto:

[...] é cristalina a constatação de que a **conduta do impetrante foi extremamente gravosa à Administração Pública** quando deixou de cumprir com as obrigações inerentes ao exercício da função pública que exercia, apresentou ineficiência, negligência, desleixo, falta de zelo ao resultado das atividades que lhe competiam, afetando negativamente a eficiência do serviço público. Ademais, concorreu para ocasionar prejuízo à Administração, havendo, também, 'a probabilidade, diante das falhas no projeto, de futuros prejuízos, na casados bilhões, em todas as obras da competência do órgão em todo território nacional'.

Dessa forma, verifica-se estar configurada a desídia do impetrante, uma vez que causou grande prejuízo à eficiência do serviço público e ao interesse público a conduta concorreu para prejudicar de maneira grave as atividades do DNIT, de forma que a demissão se torna adequada, necessária e proporcional às circunstâncias do caso concreto.

(destaques nossos)

11. Vê-se que o STJ, no julgamento do MS 20.940/DF-STJ, entendeu que a aplicação da pena máxima de demissão por desídia, sem a existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, revela-se *desproporcional* porque imposta a servidor público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular, ou seja, consistia em comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não se tratava de um ato isolado.

2.2. A desídia nos Pareceres vinculantes da Advocacia-Geral da União:

12. Vejamos os entendimentos da Administração Pública Federal, consubstanciados nos Pareceres Vinculantes GQ-127,128, 140 e 164, abaixo colacionados.

13. O **Parecer AGU-GQ-127** trouxe posicionamento de doutrinadores a admitir a viabilidade de uma única conduta funcional configurar a desídia, que excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave:

PARECER AGU GQ-127**PARECER Nº AGU/WM-5/97 (Anexo ao Parecer nºGQ-127)**

EMENTA: Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave.

É incontestado que (...) e (...) omitiram-se em não promover a apuração imediata das irregularidades de que tinham ciência, como o determina o art. 143 da Lei nº 8.112, além das outras infrações especificadas no primeiro item deste parecer.

15. Não obstante afigurar-se louvável o zelo demonstrado pelos Órgãos jurídicos do MARE e do Ministério da Saúde, no que alude à particularidade de as transgressões cometidas por (...) e (...) (omissão em promover a apuração de irregularidades) não caracterizariam a desídia, porquanto essa falta pressupõe pluralidade de atos, é oportuno ponderar o posicionamento de doutrinadores consistente em admitir a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta. A seguir, são reproduzidas algumas opiniões doutrinárias que corroboram essa linha de raciocínio, *verbis*: (grifo não é do original)

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o desleixo, a desatenção, a indolência, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4). (grifo não é do original)

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86)” (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (grifo não é do original)

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do eletricitista que inutiliza máquinas da empresa em

virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial.” (Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561). (grifo não é do original)

16. Especificamente quanto à transgressão do disposto no art. 143 da Lei nº 8.112, Ivan Barbosa Rigolin externa sua opinião de que a *“inércia, a inação da autoridade, a sua omissão, quando ciente de fatos graves envolvendo servidores ou o serviço, poderá acarretar-lhe mesmo o enquadramento no tipo previsto no art. 117, XV, da L. 8.112, qual seja proceder de forma desidiosa; tal significa omitir-se ou negligenciar na defesa dos interesses que lhe compete administrar. Desse enquadramento, em um processo disciplinar, podem, naturalmente, resultar graves consequências àquela autoridade”* (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 244).

17. Todavia, esse tratadista examinou a viabilidade da incidência do disposto no art. 117, XV, combinado com o art. 116, III, da Lei nº 8.112, e entendeu que o *“inciso XV é de uma generalidade tão evasiva e difusa que não tem o menor cunho de praticidade, nem com isso a menor exequibilidade objetiva. O que para um julgador é desídia é para outro estrito cumprimento do dever. Apenas casos extremos serão, na hipótese, apenados ou investigados com detenção”* (Op. cit, p. 561).

18. Porque a inobservância de norma interna da Administração exige se adotem providências, previstas em lei, para que seja determinada a verdade dos fatos e, em decorrência, restabelecida a ordem social, o art. 143 da Lei nº 8.112 atribui à autoridade administrativa o poder-dever de efetivar, sem delongas, a apuração de irregularidade de que seja cientificada, mediante sindicância ou processo disciplinar. Não o fazendo, incorre no crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal). Assim o entendimento de Hely Lopes Meirelles, pois opina que no *“campo*

do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: 20ªed, 1995, p. 416). (grifo não é do original)

14. No **Parecer AGU-GQ-128** excluiu-se a conduta antissocial de servidores públicos como caracterizadores da infração - proceder de forma desidiosa - cuja prova, na maioria dos casos, dá-se através de atos repetidos, e admite a sua caracterização com um único ato de forma excepcional, visto que a habitualidade continua a fazer parte de seu requisito essencial:

PARECER AGU-GQ-128

EMENTA: O servidor que, de forma dolosa, não observa normas técnicas que disciplinam o deferimento de títulos de relacionamento de granjas avícolas, inclusive omitindo-se na realização de vistorias das granjas e na análise dos projetos, relativos aos títulos de relacionamento, a fim de proporcionar o favorecimento de terceiros, incorre na falta disciplinar denominada *“valer-se do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”*, não se caracterizando o procedimento desidioso.

Essa conduta anti-social dos indiciados não configura a desídia, por isso que destoante do seu conceito, conforme se verifica de opiniões doutrinárias que, a seguir, são reproduzidas:

*“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o desleixo, a desatenção, a indolência, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4). (grifo não é do original)*

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86)” (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ªed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (grifo não é do original)

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do eletricitista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (*Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326*).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial.” (*Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561*). (grifo não é do original)

15. O **Parecer AGU GQ-140** trouxe, além dos conceitos doutrinários utilizados anteriormente, decisões do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a desídia necessita da observação do modo de proceder do empregado ao longo do tempo para ser caracterizada a modalidade faltosa, ou seja, a reiteração, a prática ou omissão de vários atos. Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. Indispensável que tal ato seja repetido muitas vezes para haver a caracterização da desídia:

PARECER AGU GQ-140

PARECER Nº AGU/WM-4/98 (Anexo ao Parecer GQ-140)

EMENTA: Não se caracteriza o procedimento desidioso quando o servidor, ao afastar-se do serviço, durante o horário normal de expediente, com o intuito de preservar o normal atendimento aos segurados, assina fichas de concessão de benefícios previdenciários, sem o necessário preenchimento. O ato punitivo é fundamentado num só dispositivo legal nos casos de infração singular e de as plurais possuírem as mesmas características. Impõe-se a fundamentação múltipla na hipótese em que os fatos ilícitos apresentem diferenciação em suas conotações intrínsecas.

Dessa maneira de pensar divergiu a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, na Nota SAJ nº 3311/97 - LR, dado que:

“No tocante ao servidor (...), *data venia*, entendemos que não há provas nos autos que nos autorize concluir pela participação do referido servidor nas irregularidades ocorridas no Posto São José. Sem dúvida, cometeu falta por não ter exercido com zelo e dedicação as atribuições do cargo, esta falta não tem os elementos caracterizadores da desídia. Extrai-se dos autos que o referido servidor ocupava o cargo de Chefe do Posto São José, não tinha substituto e o referido Posto funcionava com precariedade de servidores. Precisando ausentar-se, até mesmo para atender chamado da Administração, tinha duas alternativas: fechar o Posto, com enorme prejuízo ao atendimento do público, pessoas humildes, que vinham de lugares distantes, velhos e doentes, ou deixar fichas assinadas em branco para o preenchimento pelos servidores encarregados desses atendimentos. Procedimento correto? Obviamente, não. Desídia? Também, não.

Para caracterizar a desídia, precisamos, pelos menos, de indícios de má fé, de imprudência e de negligência, o que não ocorreu, até mesmo porque as fichas em branco não eram deixadas em quaisquer lugares, sobre mesas, balcões, etc. Estas fichas eram deixadas em sua sala, ao qual tinham acesso os servidores em quem confiava e que, à proporção que precisavam, estritamente para a execução dos serviços, esse era o destino das fichas, deveriam pegá-las para que o serviço não sofresse solução de continuidade em suas constantes ausências. Não imaginou que, entre os servidores que o auxiliavam, estava uma pessoa desonesta, capaz de falsificar carteira de identidade e preencher as fichas irregularmente.

Colhe-se da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

‘desídia é modalidade faltosa que necessita da observação do modo de proceder do empregado ao longo do tempo que passa ser caracterizada, (Acórdão nº 2698; Decisão: 09.06.1994; Tipo: RR nº 55736; Turma: 03; Região: 02; UF: SP). O ato faltoso praticado por empregada sem má-fé não implica em justa causa para a sua despedida. Embargos providos, para restabelecer a decisão regional, que não constitui dosagem de pena, mas o não reconhecimento da gravidade capaz de configurar a justa causa de desídia’. (Acórdão nº 207; Decisão: 03.03.1988; Tipo: ERR nº 5000; Ano: 1982; Turma: TP; UF: RJ)

A Comissão de Inquérito, em seu Relatório, reconhece que o autor da ação fraudulenta é o servidor (...) e que é imperioso ressaltar a inexistência de provas que incrimine o servidor (...) como autor ou co-autor da fraude - recebimento de benefícios como Procurador. Entendemos, igualmente, que não há provas nos autos que fundamente a penalidade de demissão que, aliás, não foi pedida pela Comissão, mas a suspensão, prevista no inciso II, do art. 127. Ininteligivelmente, porém, o enquadra no inciso XV, do art. 117 (proceder de forma desidiosa), sem, todavia, pedir sua demissão. Por todo o exposto, e com fundamento nos arts. 128, e 168, e seu parágrafo único, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, opinamos pelo abrandamento da penalidade sugerida pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, aplicando-se ao servidor a penalidade de suspensão por 60 (sessenta) dias.”

4. Denota-se que o dissenso justificador do encaminhamento dos autos a esta Instituição (Aviso nº6, de 5/1/98, da Casa Civil da Presidência da República) prende-se à graduação da penalidade a aplicar-se a(...), em

decorrência de haver assinado fichas de concessão de benefícios não preenchidas previamente, quando ausentou-se da repartição.

(...)

A particularidade das infrações imputadas a esse indiciado não tem o condão de caracterizar a desídia, por isso que destoante do seu conceito, conforme se verifica de opiniões doutrinárias que, a seguir, são reproduzidas:

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o desleixo, a desatenção, a indolência, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4). (grifo não é do original)

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86)” (Valentim Carrion - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3). (grifo não é do original)

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do electricista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse

aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial.” (*Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561*). (grifo não é do original)

11. Em assinando as fichas de concessão de benefícios, sem o seu prévio preenchimento, o indiciado descumpriu normas (art. 116, III, da Lei nº 8.112), mas com o objetivo de obstar prejuízo ao regular andamento dos serviços de atendimento aos segurados da Previdência Social. É conduta insuscetível de configurar a desídia.

12. Concluindo, tem-se a imperatividade da edição de ato:

a) de demissão de (...), com suporte no art. 132, X, da Lei nº 8.112, por haver praticado lesão aos cofres públicos. Embora haja pluralidade de fatos delituosos são eles da mesma natureza, motivo por que será uma só a base da penalidade. Seria efetuada a múltipla fundamentação se as infrações fossem diferenciadas nas suas características; (grifo não é do original)

16. Por último, o **Parecer AGU-GQ-164** trazia os mesmos conceitos doutrinários referentes à conduta tipificada como desídia. Entretanto, como mencionado anteriormente, o Parecer AGU nº GQ-164 foi revogado pelo Parecer AM-03, por sua vez revogado pelo Parecer JL nº 06, de 10/11/2020:

PARECER AGU-GQ 164 (em suas razões de decidir acerca de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-3.), **repete os mesmos conceitos doutrinários acima transcritos.**

EMENTA: À constatação da prática de infração “proceder de forma desidiosa”, a imputar-se em razão de fatos ligados à titularidade de cargo de confiança, é necessário o exame do método e volume dos trabalhos e das condições de funcionamento e acesso de servidores às dependências em que funciona a unidade administrativa dirigida pelo indiciado, na hipótese em que, no caso em apreciação, esses aspectos sejam considerados de relevo à formação do juízo de culpabilidade ou inocência. Em decorrência de a “lesão aos cofres públicos” corresponder ao crime de peculato, a respectiva ação corretiva extingue-se em dezesseis anos.

17. Em suma, extrai-se dos posicionamentos constantes nos pareceres vinculantes da AGU:

- a viabilidade de uma única conduta funcional configurar a desídia, que excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave, posicionamento albergado pela doutrina;
- a conduta proceder de forma desidiosa dá-se pela repetição de atos, mas admite a sua caracterização com um único ato de forma excepcional, de natureza grave, visto que a habitualidade continua a fazer parte de seu requisito essencial;

- a caracterização da desídia necessita da observação do modo de proceder do empregado ao longo do tempo: a reiteração, a prática ou omissão de vários atos. Indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a configuração da desídia;
- os pequenos lapsos da produção, pequenos erros técnicos, pequenas faltas de atenção não configuram a desídia.

18. Estabelecidos os parâmetros existentes nos pareceres vinculantes da AGU, passa-se aos entendimentos constantes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando se tratam dos elementos essenciais da falta disciplinar "proceder de forma desidiosa".

2.3. A desídia na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

19. A repetição do ato infracional administrativo como caracterizador da desídia encontra-se presente como regra na jurisprudência do STJ:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. MÉDICO-PERICIAL DO QUADRO DE PESSOAL DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. DEMISSÃO. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PROCEDER DE FORMA DESIDIOSA. DESCUMPRIMENTO E JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. ART. 117, XV C/C ART. 132, XIII E 137, DA LEI 8.112/1990. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INOCORRÊNCIA. ALEGADA IRREGULAR FORMAÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PROVA DO ADMINISTRADO. NÃO COMPROVAÇÃO. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE CONDUTA DESIDIOSA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROPORCIONALIDADE DA PENA DEMISSÓRIA. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

9. Da alegada desproporcionalidade da penalidade: A jurisprudência do STJ admite o exame da proporcionalidade e da razoabilidade da penalidade imposta ao servidor, porquanto se encontra relacionada com a própria legalidade do ato administrativo. *In casu*, do exame do Relatório Final do PAD e do Parecer da Consultoria Jurídica acostados, respectivamente, às fls. 870/913-e e 918/933-e, verifica-se que foi atribuída ao impetrante infração disciplinar por ter se ausentado continuamente e injustificadamente por diversas horas do local de trabalho antes de finda a sua jornada de trabalho, no período de outubro de 2009 a junho de 2011, sem que possuísse autorização da chefia imediata para tanto, perfazendo quase 1.000 horas não trabalhadas, a caracterizar a prática de comportamento desidioso enquadrável na infração disciplinar prevista no inciso XV do art. 117 da Lei 8.112/1990. Assim, a pena demissória imposta ao impetrante atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990, porquanto há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), e a medida é exigível e necessária, diante da gravidade da conduta perpetrada pelo impetrante, que deixava o seu posto de trabalho no meio do expediente e antes de concluída a sua carga horária diária, gerando prejuízos ao andamento dos trabalhos na instituição, ainda mais tratando-se de servidor lotado em Agência do Instituto Nacional do Seguro Social, sendo de conhecimento público e notório as grandes filas e demora nos atendimentos no referido órgão público, em que pesem os esforços de seus servidores e gestores, sendo inadmissível que um médico perito deixe o seu posto de trabalho às 9:30hs alegando uma pausa para o lanche e retorne apenas no horário de almoço, agindo assim por mais de 01

(um) ano, furtando-se de laborar por mais de 1.000 horas, o que evidencia a prática da infração disciplinar capitulada no art. 117, XV da Lei 8.112/1990, e o acerto da pena aplicada, ainda mais quando inexiste outro meio legal para se chegar ao mesmo resultado e tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico.

(MS 18229 / DF, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, 26/10/2016, DJe 19/12/2016)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. DESÍDIA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS CAPAZES DE MACULAR A LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA MANDAMENTAL PARA AFERIR A EFETIVA PRESENÇA DE DESÍDIA HABITUAL. SEGURANÇA DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

Voto do Relator:

No entanto, já se manifestou esta Corte Superior que, **"como regra, a conduta desidiosa, passível da aplicação de pena disciplinar, conforme o art. 117, inc. XV, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada do servidor público"** (MS n. 10.220/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., DJ 13/8/2007). destaques nossos

(MS 12634 / DF, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julg. 09/12/2015, DJE 16/12/2015)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES PÚBLICOS. TÉCNICOS FISCAIS DO TESOURO NACIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DE PENA DEMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. DESÍDIA. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO NAS PECULIARIDADES FÁTICAS DO CASO, O QUE IMPEDE SUA REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS, O QUE FAZ INCIDIR O ÓBICE DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

3. No caso, embora a parte recorrente aponte não estar configurada a desídia capaz de justificar a pena de demissão e, ainda, terem sido desrespeitados os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, o exame dos autos não deixa qualquer dúvida de que há extensa fundamentação, com descrição detalhada das condutas dos recorrentes, consistente na liberação de notas fiscais sem a devida conferência física de mercadorias de bordo, mormente de cigarros e bebidas, as quais, inclusive, foram datadas e assinadas por esses servidores em seus períodos de folga, evidenciando o descumprimento de seu dever funcional de fiscalização portuária, inerente aos cargos que ocupavam.

4. Desta feita, não há como considerar violados os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, pois, restando devidamente comprovada a desídia no desempenho de suas funções, a penalidade de demissão é correlata à infração cometida, consoante preveem os dispositivos da Lei 8.112/90 que embasaram o ato demissionário em questão.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA PRÁTICA DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE INOBSERVADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

(...)

6. Inexistindo prova inequívoca de que a impetrante se valeu do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, a ela não pode ser aplicada a pena de demissão, que se mostra desproporcional para um ato de desídia (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90).

Voto do Relator:

No entanto, "a aplicação da pena de demissão por desídia, sem a existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, apresenta-se extremamente desproporcional porque imposta a servidor público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular" (MS 12.317/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª S., DJe 16/6/2008).

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO. DEMISSÃO. PORTARIA INAUGURAL. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS. DESNECESSIDADE. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO MOTIVADO. DESÍDIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. RETROAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. INAPLICABILIDADE. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

(...)

4. A desídia, passível da aplicação de pena disciplinar máxima de demissão, conforme os arts. 117, XV, e 132, XIII, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada e reiterada do servidor público.

5. Havendo indícios de conduta desidiosa, impõe-se que a Administração proceda à apuração dos fatos e, se for o caso, aplique ao acusado uma pena mais branda, até mesmo para que ele tenha conhecimento a respeito do seu baixo rendimento funcional. Caso persista na prática do ilícito disciplinar, será cabível a demissão.

6. A aplicação da pena de demissão por desídia, sem a existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, apresenta-se extremamente desproporcional porque imposta a servidor público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular.

(MS 12317 / DF, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRASEÇÃO, julg 23/04/2008, pub. DJe 16/06/2008)

20. A observação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, para a caracterização da desídia, exige uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada do servidor público e não um ato único e isolado, na condução de um único processo:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORA FEDERAL. DEMISSÃO. DESÍDIA NA DEFESA JUDICIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. FERIADO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo para a impetração do mandado de segurança, apesar de ser decadencial, prorroga-se quando o termo final recair em feriado forense. No caso, a impetrante teve ciência da demissão em 10/8/04, quando publicada a Portaria 445, de 9/8/04, da autoridade impetrada. Logo, impetrado o *mandamus* em 9/12/04, tem-se que foi observado o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, a que alude o art. 18 da Lei 1.533/51.

2. No tocante à prescrição, a Administração tomou conhecimento dos ilícitos em novembro de 1999 quando sobreveio a conclusão dos trabalhos de correção extraordinária. Por meio da Portaria 245, de 25/7/00, instaurou-se o processo administrativo disciplinar, oportunidade em que houve interrupção do prazo prescricional. Reiniciada a contagem após 140 (cento e quarenta) dias da abertura dos trabalhos, conforme orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, tem-se que não houve a prescrição da pretensão punitiva do Estado, porquanto o ato de demissão da impetrante foi publicado no Diário Oficial de 10/8/04.

3. Como regra, a conduta desidiosa, passível da aplicação de pena disciplinar, conforme o art. 117, inc. XV, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada do servidor público.

4. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros).

5. Hipótese em que a impetrante foi demitida do cargo de Procuradora Federal por desídia na condução de processo judicial, ao fundamento de que se mostrou contrária à realização de perícia, não indicou assistente técnico e deixou de formular quesitos em ação proposta em desfavor do extinto DNER, causando dano ao erário. No entanto, segundo apurado no processo disciplinar, procedeu à defesa da ex-autarquia seguindo alinha de defesa traçada na contestação, apresentada por outra procuradora, e interpôs os recursos cabíveis desde quando assumiu a causa.

6. O fato de a ação ter sido julgada de forma desfavorável, de per se, não revela, jamais, desídia. Não é demais lembrar que a obrigação do Procurador, do Advogado, no patrocínio da causa, é de meio e não de fim. Logo, desde que ele, na forma mais diligente, aplicada, possível, desenvolva o seu trabalho, estará cumprida a sua obrigação funcional ou profissional, ainda que o resultado final seja adverso, como no caso.

7. Nesse cenário, não se mostra proporcional a pena aplicada, a máxima prevista na Lei 8.112/90, por não ter obtido êxito na defesa da Fazenda Pública, considerando a inexistência de antecedentes funcionais e a circunstância de que se encontrava em estágio probatório quando passou a defender a extinta autarquia, conduzindo à necessidade de aplicação de penalidade menos gravosa.

78. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração da impetrante ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso. Agravo regimental prejudicado.

(MS 10220 / DF, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julg. 27/06/2007, pub. DJ 13/08/2007 p. 330 LEXSTJ vol. 218 p. 74)

21. A decisão do STJ no sentido de que se revela desproporcional a aplicação da pena de demissão por desídia, imposta a servidor público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular, quando desconsidera a não existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, será analisada mais adiante.

22. Em regra, a jurisprudência aponta que a pena demissória para o tipo "proceder de forma desidiosa" atrai a pena demissória. Quando há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), a medida é exigível e

necessária, diante da gravidade da conduta. Não há que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990, pois atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2.4. A desídia no âmbito privado e público

23. Ao se transpor a desídia para o âmbito privado verifica-se que o tratamento para a infração possui outros contornos. Ali se constata a existência da adoção de "medidas disciplinares anteriores" que teriam o condão de corrigir determinada atuação e serviriam de alerta para a não continuidade da conduta que, neste caso, configuraria a desídia, conforme se verifica da decisão abaixo colacionada:

ACORDAM os Magistrados da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em **DAR PROVIMENTO** ao recurso, para manter a justa causa e excluir da condenação todos os títulos deferidos na sentença, inclusive entrega de guias, e com isso julgar **IMPROCEDENTE** o pedido. Custas em reversão, das quais o autor é isento, pois beneficiário da justiça gratuita. Honorários de sucumbência agora devidos pelo autor, fixados em 5% do valor da causa, que ficam em condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do art.791-A, par. 4º, da CLT.

Justa causa. Desídia. Configuração. Medidas disciplinares anteriormente aplicadas que, porém, não alcançaram o efeito pedagógico. Falta culminante e determinante. Contexto em que não se poderia esperar do empregador mais tolerância, sob pena de se instalar inquietação no ambiente de trabalho, o descrédito da autoridade do empregador (que decorre do poder disciplinar) e a quebra da normalidade da atividade da empresa. Justa causa configurada. Recurso Ordinário da ré a que dá provimento, nesse ponto.

(...)

Alega a recorrente ter provado que o autor era desidioso, que foram aplicadas diversas punições gradativas pelas reiteradas faltas ao trabalho e que houve confissão do autor, ao admitir que no dia 20 de setembro de 2019 deixou o estabelecimento no intervalo e não mais retornou ao trabalho. Alega que a testemunha do empregado não confirmou que o autor retornou ao trabalho e que o relatório do *E-ponto* evidencia isso, uma vez que não houve trabalho após 14h. Diz, então, estar provada a falta grave e que por isso está caracterizada a justa causa. Pois bem. O autor contou na petição inicial que foi admitido em 6 de junho de 2017, na função de técnico instalador, e despedido por justa causa em 21 de setembro de 2018. Alegou que nunca praticou atos que motivassem o despedimento por justa causa, que no dia anterior ao despedimento levou colega ao hospital e que apresentou atestado médico. Pediu então que fosse reconhecido o despedimento sem justa causa, com apaga das verbas rescisórias nessa modalidade de rescisão. Todavia, em audiência, emendou a petição inicial para esclarecer que não levou o colega de trabalho ao hospital, apenas os documentos por ele requeridos, uma vez que tal colega os havia esquecido no carro e precisava deles para se dirigir ao hospital (id 5804792).

(...)

Ou seja, está bem claro, no caso, que a justa causa se deu pela soma dos atos de transgressão contratual, pois a desídia é forma de justa causa que se configura com o tempo. Maurício Godinho Delgado destaca que para autorizar a resolução culposa do contrato, exige, assim, regra geral, a evidenciação de um comportamento repetido e habitual do trabalhador, uma vez que as manifestações de negligência tendem a não ser tão graves, caso isoladamente consideradas. Neste quadro, a conduta

desidiosa deve merecer exercício pedagógico do poder disciplinar pelo empregador, com gradação de penalidades, em busca da adequada ressocialização do obreiro. Mostrando-se ineficaz essa tentativa de recuperação, a última falta implicará na resolução culposa do contrato de trabalho (Curso de direito do trabalho, LTr, 10ª edição, 2011,p. 1.139).

No contexto, portanto, não se poderia esperar da empregadora outra atitude, nem mais tolerância, sob pena de se instalar inquietação no ambiente de trabalho. Ou seja, o autor colocou em dúvida a autoridade da empregadora (que decorre do poder disciplinar), a normalidade da atividade da empresa, a harmonia no ambiente de trabalho e a própria execução do contrato de trabalho. Justa causa, portanto, plenamente configurada.

Então, pelo meu voto, dou provimento ao recurso da ré, para manter a justa causa e excluir da condenação o saldo de salário, o aviso prévio proporcional, gratificação de Natal proporcional, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional, Fundo de Garantia e multa de 40%, além da obrigação relativa à emissão de guias para levantamento do Fundo de Garantia e habilitação no seguro-desemprego, com o que julgo improcedente o pedido.

RECURSO ORDINÁRIO, Processo TRT/SP Nº 1001266-65.2018.5.02.0075, Relator Des. EDUARDO DEAZEVEDO SILVA, 75ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO, RECORRENTE: PROCISA DO BRASILPROJETOS CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES LTDA. RECORRIDOS: 1. THIAGO FERREIRA DEOLIVEIRA. 2. CLARO S/A, Sessão de Julgamento de **21/01/2020**, que foi disponibilizada no DEJT/2 em 06/12/2019.

(destaques nossos)

24. Entretanto, o ponto de aproximação entre o Privado e o Público, reside no reconhecimento de que a conduta caracterizadora de desídia deve ser habitual, reiterada, repetitiva, ainda que não tão grave, se isoladamente considerada. E o ponto de afastamento seria no que concerne às medidas adotadas no âmbito privado, onde a conduta desidiosa merece um exercício pedagógico do poder disciplinar do empregador, com a finalidade de ressocializar o empregado, de forma a serem aplicadas inicialmente penas mais brandas e gradativamente penas mais severas, até que as medidas se tornem ineficazes e resultem na rescisão do contrato de trabalho firmado entre empregador e empregado.

25. Para a Administração Pública Federal, o poder disciplinar encontra-se regulamentado na Lei nº 8.112/90. A conduta "proceder de forma desidiosa" encontra-se prevista no inciso XV, do art. 117 do Estatuto do Servidor Público Civil da União, suas Autarquias e Fundações:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

26. Essa tipificação impõe ao servidor público o dever de exercício de suas funções com atenção, responsabilidade, primor e dedicação, afincado e interesse, refletindo na necessidade de eficiência demandada pelo Estado. O vocábulo desídia significa desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça indolência, inércia e, como infração administrativa disciplinar encontra-se sujeita à sanção de demissão, de natureza jurídica gravíssima^[1], consoante o inc. XVIII, do art 132, colacionado mais adiante.

27. Difere do dever de zelo justamente pela desídia requerer a habitualidade para a sua caracterização, ou seja, **diversos atos de desleixo**, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, inércia, de forma que o simples cumprir ou desempenhar mal uma

tarefa que foi atribuída ao servidor não caracteriza a desídia e sim a infração do dever de zelo, à vista do caso concreto. A consumação da desídia ocorre com a reiterada ação ou omissão de modo negligente, preguiçoso, indolente^[2].

28. Assim, **um ato isolado** pode ser caracterizado como outro ilícito disciplinar residual, como a falta de zelo ou de lealdade^[3], deveres previstos no art. 116, da Lei nº 8.112/90 aos quais se cominam a pena de advertência, caso não se trate de reincidência, tipo distinto da desídia. Um único ato de desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, indolência, inércia para com suas funções caracteriza-se como falta de zelo ou de deslealdade à instituição^[4]. **A soma desses atos isolados, ao longo do tempo, podem configurar a desídia, cuja característica é a habitualidade, a repetição de atos infracionais em determinado lapso temporal.**

29. A doutrina, no âmbito privado, vai nesse mesmo sentido, ao asseverar que a desídia pode ser considerada um “conjunto de pequenas faltas, que mostram a omissão do empregado no serviço, desde que haja repetição dos atos faltosos” e conclui que “uma só falta não vai caracterizar a desídia”^[5].

30. Acerca da desídia, além da violação ao dever de diligência e da caracterização pelo desleixo, pela má vontade, pela incúria, pela falta de zelo ou de interesse no exercício de suas funções, manifesta-se também pela deficiência qualitativa do trabalho e pela redução de rendimento^[6], o que pode trazer prejuízos ao empregador.

31. Desídia, como ação contrária à de diligência e bom desempenho, exige o **cometimento reiterado de pequenas faltas**, das mais variadas formas, violadoras dos deveres e proibições constantes na Lei nº 8.112/90, que denotam desinteresse do servidor em relação à Administração, ao serviço, ao seu cargo, aos seus colegas de trabalho e ao interesse público em geral, cuja repetição traduz-se em comportamento proibido porque contrário ao princípio da eficiência^[7].

32. Portanto, para a doutrina administrativista, o vocábulo desídia refere-se a um modo do agente público conduzir-se diante de suas atribuições da função ou do cargo, com voluntariedade permeada pelo elemento anímico culpa: desídia refere-se, e sentido próprio, à **conduta reiterada**, negligente, imprudente ou com falta de perícia, sem óbice de ser permeada pela consciência e pela vontade de atuar com desleixo, ou sem primor, dedicação, afincamento ou interesse pelo serviço público^[8]. A análise do dolo e da culpa deve estar presente quando da análise da própria conduta, pois não há de se falar em imputação sem os móveis (consciência, vontade, negligência, imprudência ou imperícia) que levaram o agente a praticar a ação ou omissão^[9].

33. Neste ponto, há convergência da doutrina com a jurisprudência do STJ, como se vê do acórdão abaixo, proferido no **MS 12.317-DF/STJ**, fundamento do acórdão do **MS 20.940-DF/STJ** e citado na ementa deste último, inclusive:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO TEMPORÁRIO. DEMISSÃO. PORTARIA INAUGURAL. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS. DESNECESSIDADE. PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO MOTIVADO. DESÍDIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. EFEITOS PATRIMONIAIS. RETROAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. INAPLICABILIDADE. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

(...)

4. **A desídia**, passível da aplicação de pena disciplinar máxima de demissão, conforme os arts. 117, XV, e 132, XIII, da Lei 8.112/90, **pressupõe não um**

ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada e reiterada do servidor público.

5. **Havendo indícios** de conduta desidiosa, impõe-se que a Administração **proceda à apuração dos fatos** e, se for o caso, **aplique ao acusado uma pena mais branda**, até mesmo para que ele tenha conhecimento a respeito do seu baixo rendimento funcional. Caso persista na prática do ilícito disciplinar, será cabível a demissão.

6. A aplicação da pena de demissão por desídia, sem a existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, apresenta-se extremamente desproporcional porque imposta a servidor público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular.

7. Em se tratando de reintegração de servidor público, ainda que contratado temporariamente, os efeitos patrimoniais devem ser contados da data do ato impugnado. Inteligência do art. 28 da Lei 8.112/90.

8. Os enunciados das Súmulas 269/STF e 271/STF devem ser interpretados com temperamentos. No atual estágio em que se encontra o Direito Processual Civil, seria um evidente retrocesso, que violaria os princípios da celeridade e da economia processual, remeter às vias ordinárias o servidor público ao qual foi concedida a segurança, tão-somente para executar parcelas relativas a um curto período de tempo e decorrentes do próprio vínculo funcional.

(MS 12.317/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Terceira Seção do STJ, julg. 23/04/2008, pub DJe 16.6.2008)

No mesmo sentido: (MS 12.634/DF, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 16.12.2015 e MS 8.517/DF, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO, julgado em 10.6.2015, DJe 03.8.2015).

destaques nossos

34. Da leitura do voto do Relator nessa decisão, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, pode-se alcançar o sentido de haver uma apuração prévia dos fatos, e de punição dessa conduta única, como forma de se estabelecer um antecedente para a conduta desidiosa:

Contudo, penso que assiste razão ao impetrante no tocante à alegada contrariedade ao princípio da proporcionalidade.

A conduta desidiosa, passível da aplicação de pena disciplinar, conforme os arts. 117, XV, e 132, XIII, da Lei 8.112/90, pressupõe não um ato único ou isolado, mas uma forma de proceder desatenta, negligente, desinteressada e reiterada do servidor público. A respeito, transcrevo a lição de Mauro Roberto Gomes de Mattos (Lei nº 8.112/90 interpretada e comentada. 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, pp. 573/575):

- Desídia em sentido técnico, está interligado ao desleixo, à desatenção, à indolência com que o servidor público executa as funções que lhes estão afetas.

- Não resta dúvida que a desídia decorre de um comportamento rebelde do servidor público, voltado para uma negligência intencional. Esta é a desídia habitual, onde o servidor causa transtornos ao andamento dos serviços, com prejuízos verificados pelo mau desempenho ou pela má vontade.

- Sucede que existe a desídia fortuita ou ocasional, a que pode vir por um descuido do momento, por uma desatenção não intencional, não constituindo, dessa forma, motivo de punição para a dispensa de empregado privado.

- A razoabilidade exige que o poder público faça essa avaliação para que os problemas psicológicos ou de momento, não maculem o servidor que

eventualmente se tornou desidioso, por problemas alheios à sua vontade. • O fator intenção é de suma importância para o enquadramento *sub examem*.

De outra parte, no tocante ao princípio da proporcionalidade, cabe transcrever os ensinamentos de Suzana de Toledo Barros (O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 31), que, ao citar Canotilho, assevera:

Como anota CANOTILHO, o princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone da proporcionalidade em sentido amplo: exigência de *adequação* da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; *necessidade* da restrição para garantir a efetividade do direito e a *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado (grifos no original).

Pois bem, havendo conduta do servidor público que se mostra, de início, desidiosa, impõe-se que a Administração proceda à apuração dos fatos e, se for o caso, aplique-lhe uma pena mais branda, até mesmo para que ele tenha conhecimento a respeito do seu baixo rendimento funcional. Caso persista na prática do ilícito disciplinar, será cabível a demissão, porquanto configurada a prévia ciência de sua conduta.

A aplicação pena máxima de demissão por desídia, sem a existência de antecedentes funcionais relacionados à mencionada conduta, apresenta-se extremamente desproporcional porque imposta a servidor público que não tinha ciência de que sua conduta funcional se apresentava irregular.

Na hipótese, não houve anterior punição do impetrante por desídia. Foi tão-somente instaurada a sindicância e, posteriormente, o processo administrativo disciplinar, que culminou na aplicação da pena de demissão, consoante atesta o seguinte excerto do relatório da comissão processante (fl. 428):

Poder-se-ia argumentar que o Senhor Wallace não foi advertido, entretanto, não é esta a opinião destes servidores. De fato não houve uma advertência formal, pois que a condição para tanto seria o devido processo administrativo, que iniciou com a Sindicância e termina com este PAD. Porém, não é crível que o Senhor Wallace não tenha percebido sobre seus erros já há muito tempo.

Em relação aos argumentos apresentados pela comissão processante, de que o impetrante tinha conhecimento da prática dos ilícitos há muito tempo, entendo que eles não amparam a aplicação da sanção imposta. É necessário que o servidor público tivesse sido alertado formalmente ou punido antes da abertura do processo administrativo disciplinar em exame.

Ademais, a circunstância de que o servidor vinha há longa data se comportando de forma desidiosa depõe contra a própria Administração. Com efeito, demonstra tão-somente que ela quedou-se inerte no tocante ao seu dever de apurar imediatamente os ilícitos administrativos narrados. Até ser efetivamente punido, não há como pressupor que o servidor público tinha plena ciência de sua conduta irregular.

(destaques nossos)

35. Verifica-se que o voto condutor do acórdão irresignou-se também com o decurso de lapso temporal razoável no qual a Administração quedou-se inerte no dever de apurar imediatamente o ilícito ou ilícitos administrativos, e deixou que estes se acumulassem a ponto de caracterizar a desídia.

36. Para o julgador, caso a Administração tivesse lançado mão de procedimento disciplinar para apurar um único ato de desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, indolência, inércia do servidor para com suas funções, além de estar caracterizado uma infração de menor gravidade - falta de zelo ou de lealdade à instituição - que resultaria, em tese, em advertência ou suspensão, haveria o efeito pedagógico que proporcionaria ao servidor a correção de sua conduta.

37. Pode-se afirmar que o cerne da discussão do acórdão, no que diz respeito à desídia, assenta-se em duas questões: i) **antecedentes funcionais** e; ii) **proporcionalidade**.

38. O acórdão do **MS 20.940-DF/STJ** vem no sentido de que haveria necessidade de **antecedente funcional** a justificara aplicação de pena de demissão por desídia, uma vez que ao servidor seria dada prévia ciência de sua conduta e baixo rendimento funcional e, sem esse antecedente, a pena seria desproporcional.

39. Entretanto, o art. 128, da Lei nº 8.112/90 enuncia que os **antecedentes funcionais** constituem **um dos critérios** ou **elementos balizadores da dosimetria da pena** e que serão utilizados nos casos de enquadramentos administrativos que podem ensejar aplicação de penas de advertência ou suspensão, conforme o caso concreto:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e **os antecedentes funcionais**.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

(destaque nosso)

40. Assim, a aplicação da pena de advertência ou suspensão seguem a prescrição dos arts. 129 e 130, da Lei nº 8.112/90. Nos casos de reincidência, quando o servidor já foi previamente punido com pena de advertência, caberá a pena de suspensão, considerando-se o período de 3 (três) ou 5 (cinco) anos do registro da pena, respectivamente:

Art. 129. A **advertência** será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Art. 130. A **suspensão** será aplicada em caso de **reincidência** das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3(três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício,

respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

(destaques nossos)

41. Consideram-se bons antecedentes funcionais os agradecimentos e elogios registrados nos assentamentos do servidor, e que demonstram sua dedicação e comprometimento com o trabalho e a instituição a que serve. E como maus antecedentes podem ser destacados Termos de Ajustamento de Conduta descumpridos e quaisquer registros que demonstrem a falta de compromisso com o trabalho e com o órgão onde o servidor exerce suas funções^[10].

42. No que refere à **proporcionalidade**, para a doutrina, a melhor classificação de sanção administrativa proporcional consiste naquela que guarda correlação entre os dados objetivos previstos na norma e sua adequação, na justa medida, ao fato subjetivo que caracterizou a infração. Proporcionalidade consiste na adequação exata da medida à finalidade pública a que está adstrita e, nesse sentido, qualquer medida que ultrapasse esse limite torna-se passível de nulidade e de correção judicial^[11].

43. Como corolário da proporcionalidade reputam-se inconstitucionais as normas legais que deixam em branco o limite das sanções correspondentes a cada infração, por significar atribuir à Administração a faculdade onímoda de amplo ou citável sancionamento, independentemente dos pressupostos de cada infração e exercitável ao alvedrio da autoridade pública de plantão e não com base em critérios legais, exigência do Estado de Direito. Neste caso, estabelecer limites significa o necessário delineamento dos *critérios de dosimetria punitiva*, sob pena de invalidade, abarcando o dever de indicar os *limites mínimos e máximos de sanção*, bem como definir os fatores qualitativos sobre os quais deverá alicerçar-se sua graduação *in concreto*^[12].

44. No caso da conduta "proceder de forma desidiosa" verifica-se que o legislador não estipulou requisitos para a aplicação da pena de demissão, penalidade autônoma, que independe de dosimetria:

Art. 132. A **demissão** será aplicada nos seguintes casos:

I - crime contra a administração pública;

II - abandono de cargo;

III - inassiduidade habitual;

IV - improbidade administrativa;

V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI - insubordinação grave em serviço;

VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

XV - proceder de forma desidiosa;

(destaques nossos)

45. Ausente, também a discricionariedade do julgador na aplicação da pena correspondente, uma vez que o rol é taxativo. Tem-se aqui **ato vinculado** e que **afasta**

eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a pena de demissão do serviço público consiste na única punição prevista em lei pela prática de desídia pelo servidor, consoante farta jurisprudência do STJ. Senão, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. SUSPEIÇÃO DA COMISSÃO PROCESSANTE. NÃO OCORRÊNCIA. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DETALHADA DOS FATOS. APROFUNDAMENTO DE FATOS CONEXOS. POSSIBILIDADE. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVA DA CONDUTA IRREGULAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DISCIPLINAR GRAVE. PENA DE DEMISSÃO. MITIGAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

(...)

6. Nos termos da jurisprudência do STJ, uma vez concretizada a infração administrativa grave, não é possível mitigar a aplicação da pena de demissão legalmente prevista.

7. "Há observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando a punição se dá em decorrência de infração apurada em Processo Administrativo Disciplinar, comprovada a conduta e suficientemente motivadas as razões da sanção" (MS 18.081/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 13/05/2013).

MS 16611 / DF, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, STJ, julg. 11/12/2019, DJe 05/02/2020

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO DO CARGO DE PROFESSOR: EX-REITOR DA UNB. ART. 117, IX, C/C ART. 132, IV E XIII, DA LEI 8.112/90 E ART. 10, CAPUT, I E VIII, DA LEI 8.429/92. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA TAMBÉM COMO CRIME. APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NA LEI PENAL. PARCIALIDADE DA COMISSÃO PROCESSANTE. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO, NA VIA ESTREITA DO WRIT. INFRAÇÕES DISCIPLINARES PUNÍVEIS COM DEMISSÃO, PRATICADAS PELO IMPETRANTE, APURADAS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. ADEQUAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ART. 128 DA LEI 8.112/90. OBSERVÂNCIA. ORDEM DENEGADA

(...)

VI. Quanto às alegações de inexistência de provas ou indícios de irregularidades que pudessem ser imputadas ao impetrante, de nexo de causalidade entre a sua conduta e o suposto prejuízo sofrido pelos cofres públicos na execução e aplicação dos recursos oriundos dos Convênios celebrados, e de indicação clara e precisa de quais teriam sido as vantagens obtidas, para si ou para terceiro, tais questões, por ele trazidas a lume, não prescindem de dilação probatória, o que torna inviável a sua apreciação, na via estreita do *mandamus*, que exige prova pré-constituída.

VII. A Primeira Seção do STJ - quando do julgamento do Mandado de Segurança 21.859/DF, de relatoria da Ministra REGINA HELENA COSTA, no qual figurou, também como impetrante, Timothy Martin Mulholland, em que se impugnava ato praticado pelo Ministro de Estado da Educação, consubstanciado na Portaria 139, de 25/02/2015, que demitira o impetrante, em razão dos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar 00190.042641/2009-98 - denegou a segurança, considerando

que, "compreendida sua conduta nas disposições dos arts. 117, IX, e 132, IV, X e XIII, da Lei n. 8.112/90, combinado com os arts. 10, caput, e incisos I, VIII e XII, e 11, *caput*, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, lesão aos cofres públicos e prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública e causa prejuízo ao erário -, **não existe para o administrador discricionariedade para a aplicação de pena diversa de demissão**". Considerou, ainda, que "a aplicação da demissão ao Impetrante atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei n. 8.112/90, porquanto a medida é adequada e necessária diante da gravidade da conduta praticada pelo Impetrante" (STJ, MS 21.859/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/12/2018). Restou vencido, naquela oportunidade, o posicionamento do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, em voto-vista proferido no mencionado Mandado de Segurança 21.859/DF, que, tal como ocorre no presente writ, concedia "parcialmente a ordem, de modo a reconhecer que a sanção de perda da função pública há de corresponder àquela da qual o Agente se utilizou para praticar o malfeito; se já não mais a exerce, referida reprimenda não tem mais cabimento, porque inexequível".

VIII. No caso, as condutas infracionais praticadas pelo impetrante, apuradas em processo administrativo disciplinar, subsumem-se aos ditames da Lei 8.112/90, sendo puníveis com demissão. Com efeito, foi o impetrante incurso nas infrações previstas no art. 117, IX, da Lei 8.112/90 (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública) e no art. 132, IV, da referida Lei (improbidade administrativa), para as quais o art. 132 do mesmo diploma legal prevê apenas a pena de demissão (art. 132, XIII, da Lei 8.112/90). Observância, no caso, do princípio da individualização da pena (art.128 da Lei 8.112/90).

IX. A jurisprudência desta Corte também tem-se orientado no sentido de afastar a eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando a pena de demissão do serviço público for a única punição prevista em lei pela prática das infrações disciplinares praticadas pelo servidor (STJ, MS15.832/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 01/08/2012; MS17.868/DF, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 23/03/2017; MS 20.052/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 10/10/2016).

X. Demonstrada a prática de infração prevista nos arts. 117, IX, e 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90, o ato de demissão é vinculado. Nesse sentido: "A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Nesse sentido, confira-se:[...] o administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. **Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art.132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso** (MS 15.437/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 26/11/2010)" (STJ, MS 15.517/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/02/2011).

XI. Consoante a jurisprudência do STJ, "a pena demissória atendeu aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não havendo que se falar em violação do art. 128 da Lei 8.112/1990, porquanto há adequação entre o instrumento (processo administrativo disciplinar) e o fim (aplicação da pena), e a medida é exigível e necessária, diante da gravidade da conduta perpetrada pelo impetrante, o qual utilizou-se indevidamente e verbas públicas em benefício próprio e de terceiros, o que evidencia a prática da infração disciplinar capitulada no art. 117, IX e XVIII, da Lei 8.112/1990, e o acerto da pena aplicada, ainda mais quando inexistente outro meio legal para se chegar ao mesmo resultado e tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico, ainda mais considerando que o agir do servidor ensejou a quebra do princípio da confiança e atentou contra os princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade, que deve regular a relação entre a Administração Pública e os seus servidores" (STJ, MS 21.231/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 24/04/2017).

XII. Ordem denegada.

MS 21937 / DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e Relatora para o Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Primeira Seção do STJ, julg. 28/08/2019, DJe 23/10/2019
(destaques nossos)

46. Portanto, uma vez configurada a desídia, a pena correspondente será sempre a demissão, ato vinculado, ausente a discricionariedade, e que acarreta, ainda, responsabilização criminal e administrativa do julgador. Também não há que se falar em violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando a punição decorre de Processo Administrativo Disciplinar onde se comprovou a conduta à qual corresponde a sanção, consoante jurisprudência consolidada do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 458, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PORTARIA INAUGURAL. INEXISTÊNCIA DE MÁCULA. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA SANÇÃO APLICADA. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE. PRECEDENTES.
(...)

4. Quanto à tese de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, embora seja possível o exame da penalidade imposta, já que estaria relacionada com a própria legalidade do ato administrativo, é firme o entendimento do STJ no sentido de que caracterizada a conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa. Precedentes: AgInt no RMS 50.829/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/6/2018; AgInt no REsp 1.533.097/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8/3/2018; MS 20.052/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe 10/10/2016. AgInt no REsp 1517516 /PR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL2015/0042349-8, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma do STJ, julg. 17/06/2019, DJe 25/06/2019
(grifos nossos)

47. Reafirma-se, portanto, que uma vez caracterizada a conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa, dado que o

comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora.

3. CONCLUSÃO

48. Portanto, tem-se que a conduta desidiosa, passível de aplicação da pena de demissão, pressupõe comportamento ilícito reiterado, perseverância infracional ou continuidade na perpetração de ilícitos, e não um ato isolado.

49. Na hipótese de se tratar de um único ato isolado, seja de desleixo, descaso, descuido, indiferença, negligência, preguiça, indolência, inércia do servidor para com suas funções, pode caracterizar falta de zelo ou de lealdade à instituição, que resultaria em aplicação de pena diversa da desídia.

50. Excepcionalmente, na esteira dos Pareceres Vinculantes GQ-127, 128, 140 e 164, admite-se a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta, da qual devem resultar graves consequências, o que deve ser analisado no caso concreto, uma vez que a habitualidade e reiteração da conduta continuam sendo requisito essencial.

51. Uma vez concretizada a infração administrativa grave, não é possível mitigar a aplicação da pena de demissão legalmente prevista, consoante pacífica jurisprudência do STJ, por se tratar de ato vinculado e que acarreta a responsabilização criminal e administrativa do julgador e que afasta eventual ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois a pena de demissão do serviço público consiste na única punição prevista em lei pela prática de desídia pelo servidor.

52. O comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora ao impor a pena de demissão ao rol taxativo ali descrito, entre os quais se insere a conduta "proceder de forma desidiosa", prevista no inc XV, do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

À consideração superior.

Brasília, 09 de novembro de 2021.

DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

1. - DEZAN, Sandro Lucio. *Direito Administrativo Disciplinar. Direito Material. Volume II*, Curitiba: Juruá Ed., 2013, p. 289

2. - DEZAN, op. cit, p. 289

3. - art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; II - ser leal às instituições a que serve; E art. 129, 2ª parte: A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

4. - DEZAN, Sandro Lucio. *Direito Administrativo Disciplinar. Direito Material. Volume II*, Curitiba: Juruá Ed., 2013, p. 290-291

5. - MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho. 27ed. Atlas: São Paulo, 2011. p. 384*

6. - BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ed. LTr: São Paulo, 2010, p. 900-901
7. - GUIMARÃES, Francisco Xavier. *Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 33
8. - DEZAN, Sandro Lúcio. *Ilícito Administrativo Disciplinar em Espécie. Comentários às infrações previstas na Lei nº 8.112/90*. Curitiba: Juruá Editora, 3.ed, rev. atual., 2020, p. 231
9. - DEZAN, op. cit, p. 230
10. - MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Brasília •setembro de 2020. Disponível em https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/46777/12/Manual_PAD_setembro_2020.pdf. Acesso em 02/07/2021. Páginas 319/320
11. - SERRANO, Antônio Carlos Alves Pinto. *O Direito Administrativo Sancionador e a individualização da conduta dos agentes sancionados*. In *Direito Administrativo Sancionador. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO*. Org. José Roberto Pimenta Oliveira. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 189 e 190.
12. - OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA. Data e Hora: 21-12-2021 01:50. Número de Série: 34633459943744070465691585760. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 17-12-2021 20:27. Número de Série: 70940656698289640840343705708. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDEMARCOS DA SILVA. Data e Hora: 20-12-2021 17:23. Número de Série: 49574539627647732405335880489. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 17-12-2021 15:05. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 17-12-2021 15:14. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS. Data e Hora: 17-12-2021 14:16. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 631719907 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI. Data e Hora: 02-02-2022 17:12. Número de Série: 17385612. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

NOTA: Ver também PARECERES AGU Nº GQ-127, GQ-140 e GQ-141, no tópico GRADAÇÃO DA PENA; e PARECER Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

8 - EX-SERVIDOR

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de apuração de ilicitude cometida por aposentado, exonerado ou demitido e de aplicar os efeitos jurídicos de responsabilização expulsiva cabíveis a cada caso. Impossibilidade de converter em demissão exoneração de servidor ocupante de cargo efetivo deferida antes da instauração do processo disciplinar.

PARECER Nº 2/2018/CPPAD/CGU/AGU

ENUNCIADO CPPAD/DECOR/CGU/AGU

É cabível a responsabilização de servidor ocupante de cargo efetivo exonerado antes da conclusão do procedimento disciplinar, devendo eventual penalidade ser anotada nos assentamentos funcionais, com a publicação da respectiva Portaria, em razão dos demais efeitos decorrentes da penalidade.

Outrossim, a Administração Federal poderá recusar o pedido de exoneração quando em apuração dos fatos tidos por irregulares praticados pelo servidor (art. 172, da Lei nº 8.112/90) ou anulá-lo, se ficar comprovado que aquele visava afastar a aplicação de eventual penalidade.

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR A PEDIDO ANTERIOR À CONCLUSÃO DO PAD. CONTINUIDADE DO APURATÓRIO. POSSIBILIDADE. PENALIDADE. ANOTAÇÃO NOS ASSENTAMENTOS FUNCIONAIS. NOVO ENTENDIMENTO. EFEITO PROSPECTIVO.

1 - Ainda que o servidor tenha pedido exoneração do cargo, deve-se proceder a apuração dos fatos tido por irregulares, por intermédio dos procedimentos disciplinares competentes, procedendo-se, inclusive, o julgamento definitivo, com a publicação da respectiva portaria, de modo que eventual penalidade nestes casos será anotada nos assentamentos funcionais em razão dos demais efeitos decorrentes da pena.

2 - A Administração Federal poderá recusar o pedido de exoneração quando em apuração os fatos irregulares praticados pelo servidor (art. 172, da Lei nº 8.112/90) ou, se já exonerado, anular o referido ato, ***se ficar definido que o pedido desta visava afastar a aplicação de eventual penalidade***, pois se entende que o ato de exoneração é eivado de nulidade, sendo cabível a sua anulação e a respectiva punição do servidor, respeitado o devido processo legal.

3 - Atribuição de efeito prospectivo do novo entendimento jurídico, a teor do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784, de 1999.

(Nota: O Parecer nº 2/2018/CPPAD/CGU/AGU foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca da possibilidade de anulação do ato de exoneração em caso de aplicação de demissão a ex-servidor ocupante de cargo efetivo e que antes se exonerou a pedido, pelo Parecer nº 3/2024/CNPAD/CGU/AGU.)

Senhor Coordenador e demais membros da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares,

1. Trata-se de manifestação da Comissão Permanente de Procedimentos Disciplinares - CPPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 5, de 9 de fevereiro de 2017.

2. Em reunião, a CPPAD deliberou a elaboração de um enunciado para tratar do tema relativo à aplicação de penalidade a ex-servidor exonerado antes da instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

3. O assunto está em análise na Consultoria Jurídica junto ao Ministério do

Desenvolvimento Social, originado do Ofício nº 682/2016/CSAPS/CORAS/CRG/CGU- PR, de 14 de janeiro de 2016), da Corregedoria Setorial da Área de Previdência Social, que recomenda a reavaliação do entendimento adotado nos Processos nº 35301.010212/2003-46 e 35301.006838/2010-87, pelo então Ministro de Estado da Previdência Social (ref. NUP: 00742.000163/2016-84).

4. Os referidos Processos Administrativos Disciplinares, com esteio nos Pareceres nº 341 e 344/2014/CONJUR-MPS/CGU/AGU, foram arquivados por perda do objeto, nos termos do art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990, ao se entender que não é possível aplicar a conversão da exoneração em demissão quando aquela for anterior à instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

5. Com efeito, após a devida apuração dos fatos, houve o arquivamento dos Processos, sem exame de mérito, ao seguinte fundamento:

33. Não obstante a **previsibilidade de conversão da exoneração a pedido na penalidade demissão, devemos perceber que tal possibilidade se dá para casos em que o servidor já se encontra respondendo a um processo disciplinar e, por um erro administrativo, ou ainda, pela falta de comunicação entre os órgãos, conceda-se a exoneração sem observância do procedimento disciplinar em curso contra o servidor.**

34. Portanto, diante das observações feitas acima e, considerando a inexistência de vínculo entre o agente e o Estado, afasta-se, no presente caso, a possibilidade de conversão da exoneração do agente na aplicação da penalidade de demissão, não se vislumbrando interesse à continuidade do feito pela perda de seu objeto, motivo pelo qual sugere-se o arquivamento do presente procedimento disciplinar. Além do mais, registra-se a inocorrência de prejuízo ao erário. (grifo nosso)

6. A Controladoria-Geral da União, atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, sugere a necessidade de revisão do julgamento sob o seguinte argumento, *in verbis*:

7. Insta destacar que a Lei n.º 8.112/90 já previu tais situações dispondo sobre a penalidade cabível no caso de ex-servidores que tenham cometido falta disciplinar no exercício da função, a saber:

a) o servidor que já se encontre aposentado está passível de ter sua aposentadoria, cassada, caso se confirme o cometimento de irregularidades quando estava ativo; e

b) aquele que foi exonerado do cargo poderá ter tal situação convertida em destituição do cargo comissionado ou em demissão.

8. Nessa esteira, o Manual de PAD desta Casa assevera que é necessário observar que a portaria que materializa a penalidade expulsiva deve ser formalmente publicada e a conclusão registrada nos assentamentos funcionais do ex-servidor.

9. Assim sendo, considerando que (o ex-servidor GS) cometeu irregularidade que se enquadra no inciso IX, do artigo 117 da Lei n.º 8112/90, e que (o ex-servidor MIO) cometeu conduta que se enquadra no artigo 132, inciso IV da Lei P. 8112/90, as quais implicam na aplicação da penalidade expulsiva, percebe-se, conforme o inciso II, do artigo 1º do Decreto n.º 3.035/1999, que os atos de exoneração, deveriam ter sido convertidos em demissão pela autoridade julgadora, *in casu*, o Ministro de Estado da Previdência Social.

7. É o relatório.

8. Preliminarmente, oportuno esclarecer que a análise contida no presente parecer restringe-se à possibilidade de aplicação de penalidade a ex-servidor exonerado antes da instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

9. É assente na Administração Pública o entendimento de que cabe a apuração de irregularidade quando os envolvidos já se desvincularam do serviço público, conforme dispõe o Parecer-AGU nº GM-1, vinculante:

EMENTA: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na Administração Federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do Serviço Público, anteriormente à instauração do processo disciplinar.

A averiguação de transgressões disciplinares é compulsória e, dependendo de sua gravidade, pode ser efetuada por intermédio de processo disciplinar sem a realização prévia de sindicância.

A imputação administrativa da responsabilidade civil exige que se constate a participação de todos os envolvidos nas irregularidades, considerados individualmente.

10. Com efeito, a investigação é imperativo que provém do art. 143 da Lei n. 8.112, de 1990, que assim prescreve:

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

11. Do texto normativo em apreço deriva o poder-dever da autoridade administrativa de apurar as irregularidades, sendo *“suscetível de culminar com a responsabilização administrativa do servidor que, no exercício do cargo ou função, venha a assumir postura destoante das normas constitutivas do regime jurídico a que é submetido, sujeitando-se, conseqüentemente, à sanção cominada em lei, stricto sensu”* (Parecer vinculante nº GM – 001).

12. Acerca do instituto da responsabilidade administrativa, assim leciona o referido Parecer vinculante:

Responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração, pelo servidor sujeito ao Estatuto e disposições complementares, estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo, e dá ensejo à aplicação de pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal. (Hely Lopes Meirelles - Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 16ª ed, 1988, p. 408).

Com efeito, cometendo o funcionário, no exercício de suas funções, alguma dessas faltas previstas no regulamento, ficará sujeito às sanções disciplinares ali cominadas. Essa obrigação que tem o servidor público de arcar com as conseqüências da transgressão cometida é o que se chama de responsabilidade disciplinar". (José Armando da Costa - Teoria e Prática do Direito Disciplinar, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 203).

Situação do agente público que, por haver infringido dispositivo legal, estatutário ou regulamentar, sofre as conseqüências de seu comportamento (comissivo ou omissivo), ficando sujeito à sanção administrativa para o caso previsto. (José Cretella Júnior, Dicionário de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 3ª ed, 1978, p. 460).

A falta cometida pelo funcionário, por ato ou por omissão, pode ferir simplesmente o interesse do serviço público, perturbando-lhe o funcionamento ou afetando, atual ou potencialmente sua eficiência. Nasce daí a responsabilidade disciplinar do funcionário. Aliás, como acentua MÁRIO MASAGÃO, a responsabilidade disciplinar origina-se de ação ou omissão que o funcionário pratique com quebra de dever do cargo. Em razão dela fica sujeito a penalidade de caráter administrativo, e que se destina, ou a corrigi-lo, ou a expulsá-lo do serviço público. (José Cretella Júnior - Direito Administrativo do Brasil, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1962, vol. V, pp. 127/8).

13. De fato, do mesmo modo que a investidura em novo cargo público, a aposentadoria ou deslocamentos do cargo originário não apresentam óbice à instauração de processo disciplinar, prevalece o entendimento de que o fim do vínculo funcional não acarreta empecilho para a apuração.

14. Acerca do tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

Ementa: Mandado de Segurança. Administrativo. Ministro dos Transportes. Ex- servidores do DNER. Procedimento Administrativo. Apuração das irregularidades possivelmente cometidas quando no exercício das respectivas funções. Possibilidade. Ausência do alegado direito líquido e certo. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada. (MS nº 9.497, relator Ministro: José Arnaldo da Fonseca, data de julgamento: 10.03.2004, 3ª seção, data de publicação: 18.10.2004).

15. No mesmo sentido, a Comissão de Coordenação de Correição (CCC) da Controladoria Geral da União aprovou o Enunciado nº 2, 04.05.2011, *in verbis*:

EX-SERVIDOR. APURAÇÃO. A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstam a instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público.

16. É pacífico o entendimento, portanto, no sentido de que a aposentadoria ou o término do vínculo com a Administração Pública, por meio da aplicação de penas capitais ou da exoneração não impedem a apuração de irregularidade praticada quando o ex-servidor estava legalmente investido em cargo público.

17. No entanto, quanto à possibilidade de aplicação de sanção disciplinar após a sua desinvestidura, os entendimentos divergem.

18. No âmbito da Administração Pública Federal, a Lei nº 8.112, de 1990, prevê as seguintes penalidades administrativas cabíveis, conforme art. 127:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

19. A Lei dispõe ainda a possibilidade de aplicação dessas penalidades a ex- servidores que tenham cometido falta disciplinar no exercício da função ou cargo público, a saber:

- a) cassação de aposentadoria para o servidor aposentado que pratique ato punível com demissão (art. 134);

- b) conversão da exoneração prevista no art. 35 da referida Lei, em destituição do cargo em comissão (art. 135, parágrafo único); e
- c) conversão da exoneração de ofício do cargo efetivo em demissão, quando não satisfeitas as condições do estágio probatório (art. 172, parágrafo único).

20. O Parecer vinculante nº GM - 001 destacou as seguintes consequências possíveis para o envolvido já desligado da Administração Pública:

17 Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do Serviço Público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o **juízo de julgamento do processo, com a conseqüente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais**, por isso que, em derivação dessa medida:

a) tem-se como concluído o apuratório e, havendo indícios da caracterização de delito criminal, procede-se à sua remessa ao Ministério Público para a propositura da ação penal (arts. 151, III, e 171 da Lei n. 8.112);

b) configurada a responsabilidade civil, torna-se obrigatória a ação de reparação de danos de que se incumbe a Advocacia-Geral da União;

c) no caso de reingresso e não ter-se (sic) extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerado reincidente (v. o art. 128 da Lei n. 8.112). (grifos nossos)

21. A formulação do DASP nº 182 previa que: “A sanção disciplinar é inaplicável em quem deixou de ser funcionário público”.

22. No entanto, a questão é divergente também no âmbito da doutrina.

23. De um lado, entende-se que não cabe a aplicação de qualquer sanção administrativa ao ex-servidor que perdeu o vínculo com a Administração Pública.

24. Nesse sentido, José Cretella Júnior entende que *"ao obter a exoneração solicitada, nenhum laço liga o agente ao Estado, pelo que escapa totalmente às sanções administrativas"* (CRETELLA JÚNIOR, José, Direito administrativo: Perguntas e respostas. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 187.).

25. José Armando da Costa não admite a responsabilidade administrativa após a exoneração do servidor público, com base na formulação nº 182 do antigo DASP (Direito Administrativo Disciplinar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 174).

26. Por outro lado, parte da doutrina admite a possibilidade de aplicação da penalidade de demissão ao servidor exonerado a pedido após a prática dos fatos irregulares.

27. Nessa linha de raciocínio, Léo da Silva Alves posiciona-se a favor da possibilidade de se demitir servidor público previamente exonerado a pedido, por meio do expediente da conversão do ato exoneratório em penalidade demissória (ALVES, Léo da Silva, Processo Disciplinar em 50 questões. Brasília Jurídica, 2002, p. 25).

28. Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho defende a possibilidade de que a exoneração - concedida indevidamente de ofício ou a pedido - de servidor que responde a

processo administrativo disciplinar seja anulada, pois o ato exoneratório, no caso, representa erro administrativo, ensejando a demissão após o ato anulatório da exoneração ilegalmente deferida, *in verbis*:

É verdade que a Administração não poderia ter concedido a exoneração requerida pelo servidor, na medida em que este respondia a processo administrativo já em curso e passível da sanção demissória. Mas o erro administrativo, nesse caso, não pode ter o condão de representar perdão administrativo da falta grave cometida pelo servidor. Se a falta existiu e foi comprovada no processo, é dever da Administração observar o estatuto funcional e aplicar a sanção. A não ser assim, o pedido de exoneração teria valido como forma de o infrator escapar da punição, o que seria consagrar a fraude em seu favor. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, Lumen Juris, 2005, pag. 518).

29. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de anulação do ato de exoneração, caso se constate que o pedido visava afastar a aplicação de sanção disciplinar. Confira-se:

"Existe interesse da administração em instaurar processo administrativo para aplicar ao servidor exonerado pena de demissão, inclusive a bem do serviço público, cassando o seu ato de exoneração, se ficar definido que o pedido desta visava a afastar a aplicação da citada pena. Tal providência insere-se no legítimo poder da administração de rever seus próprios atos". (RMS 1.505/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/1993, DJ 13/09/1993, p. 18550)

30. Por outro lado, a amparar a tese de que não cabe a aplicação de sanções punitivas pelo Poder Público, se o agente público não estiver investido em cargo público, salvo as hipóteses previstas em lei, o E. Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO.

- **Exonerado**, o servidor **fica fora** do âmbito da Administração, e **sanção simplesmente administrativa já não o alcança**.

- **Recurso** a que a Corte deu provimento para, **reformando** a decisão do Tribunal de origem, **conceder** a segurança.

(RMS 11.056/GO, Rel. Ministro FONTES DE ALENCAR, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2001, DJ 01/10/2001, p. 248- grifei)

31. Nessa linha de raciocínio, o Exmo. Sr. Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar pedido liminar em mandado de segurança, ou seja, em sede de cognição sumária, entendeu que não pode ser aplicada a conversão de exoneração em pena de demissão por ausência da *"necessária base normativa legitimadora da infligência de sanção que – segundo sustenta o ora impetrante – sequer se acha cominada em texto legal, o que, caso ocorrente, implicaria grave transgressão, por parte da Pública Administração, ao princípio da reserva constitucional de lei formal em tema de punições disciplinares"* (MS 32335 MC / DF, decisão de 03.10.2013).

32. Concluiu o Douto Magistrado que **"não se revelaria legítima, por tal razão, em juízo de sumária cognição, a exegese formulada pelo E. Tribunal de Contas da União, no âmbito do Procedimento Disciplinar nº 012.347/2013-2, cujo sentido pareceria importar em flexibilização do rol taxativo inscrito no art. 127 da Lei nº 8.112/90, eis que a conversão da exoneração a pedido em demissão consubstanciaria, aparentemente, sanção disciplinar não prevista em lei"**.

33. Deste modo, verifica-se que o entendimento jurisprudencial, ainda que incipiente sobre o tema, revela-se contrário à possibilidade de conversão da exoneração do cargo

efetivo em demissão, por ausência de previsão legal, diante do princípio da reserva legal.

34. O princípio da reserva legal encontra-se disposto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, que determina que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*.

35. Pelo princípio da reserva legal nenhum fato pode ser considerado crime se não existir uma lei que o enquadre como crime; e nenhuma pena pode ser aplicada se não houver sanção pré-existente e correspondente ao fato. O princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

36. No âmbito doutrinário também se entende que o princípio da legalidade estrita é aplicável igualmente ao direito disciplinar, uma vez que *“é inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente”*.¹

37. Sobre o tema, Edilson Pereira Nobre Júnior, em artigo sobre Sanções Administrativas e Princípios de Direito Penal, leciona que:

Não se duvida que crime ou delito e infração administrativa são entidades distintas em sua essência. Prova disso, vários critérios foram sugeridos pela doutrina para diferenciá-las, dos quais sobressai o de adorno prático, formulado por GUIDO ZANOBINI, no sentido de que a infração administrativa não integra o Direito Penal, porque a responsabilização do infrator não é tomada concreta pela função jurisdicional, mas pelo Estado no desempenho de uma competência administrativa. Essa distinção ontológica, no entanto, não pode olvidar que, tanto no ilícito criminal como no administrativo, está-se ante situação ensejadora da manifestação punitiva do Estado.

Segue-se, em linha de princípio, nada haver a obstar, antes a recomendar, serem os postulados retores da aplicação das punições criminais, cuja sistematização doutrinária e legislativa é bem anterior à ordenação das sanções administrativas, a estas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas.²

38. Assim, forçoso concluir que não é cabível a aplicação do instituto da conversão da exoneração a pedido de cargo efetivo em demissão, uma vez que o art. 172, parágrafo único, da Lei nº 8.112, de 1990, refere-se apenas à hipótese de exoneração de ofício quando não estão satisfeitas as condições do estágio probatório, por ausência de previsão legal.

39. No entanto, a penalidade de demissão está prevista no art. 127, inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, e deve ser aplicada nas hipóteses do art. 132, quando o servidor público praticar os atos irregulares devidamente investido no cargo ou função pública, por força da responsabilidade administrativa prevista em lei.

40. Ademais, o fim do vínculo com a Administração Pública não pode servir de óbice para a apuração dos fatos e consequente aplicação da penalidade, registro nos assentamentos funcionais e demais consequências dela advindas, sob pena de constituir verdadeira impunidade do ex-servidor infrator, que solicita a exoneração do cargo antes mesmo do conhecimento dos fatos pela autoridade competente, em manifesta afronta ao princípio da supremacia do interesse público e da moralidade administrativa.

41. Nestas hipóteses, o Parecer vinculante nº GM-001 recomenda a anotação da prática do ilícito nos assentamentos funcionais.

42. Com efeito, os atos irregulares praticados no exercício do cargo público devem ser apurados e devidamente responsabilizados, independentemente do fato de não existir mais o

vínculo do servidor com a Administração Pública ao tempo do conhecimento dos fatos.

43. Este entendimento vem sendo adotado nos casos em que o servidor foi administrativamente por outros fatos que deem ensejo a nova penalidade expulsiva, nos quais a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Social já entendeu:

104. Não se exige relação de contemporaneidade entre a instauração de processo administrativo disciplinar e a permanência do vínculo estatutário com o ente público. Impedir sua instauração em face da demissão do servidor significa proteger a prática de atividades ilícitas, em ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

105. Dessa forma, não prospera o argumento de que a pena anterior tornou sem motivo o presente processo disciplinar. Além do evidente interesse público na elucidação de fatos ilícitos e do dever de apurar quaisquer irregularidades ocorridas na Administração, deve ser ressaltado que a nova sanção não é destituída de eficácia, pois, além de produzir efeitos secundários, seus efeitos diretos se encontram tão somente suspensos. (PARECER n. 00254/2017/CONJUR-MDSA/CGU/AGU)

44. Destarte, é possível a aplicação de nova penalidade ao ex-servidor que praticou irregularidades no exercício do cargo anteriormente ao fim do vínculo estatutário, restando apenas alguns dos seus efeitos suspensos, resguardando-se assim o interesse público, especialmente na hipótese de eventual anulação da penalidade anterior pela via judicial ou administrativa.

45. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO. MAIS DE UMA PENA DE DEMISSÃO. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES. FATOS DIVERSOS. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Os recorrentes aduzem que a autoridade coatora/recorrida aplicou a pena de demissão quando já não mais pertenciam aos quadros de servidores públicos da unidade federativa, tornando tal decisão ilegal e arbitrária. Entendem que, pelo fato de uma pena de demissão já haver sido aplicada anteriormente, não poderiam sofrer nova punição.

2. Extrai-se dos autos que os recorrentes responderam a mais de um procedimento administrativo disciplinar, por fatos diversos, que tramitaram separadamente. Por consequência, aplicou-se, inicialmente, a pena de demissão em relação ao primeiro procedimento e, tempos depois, conclui-se o segundo também pela pena de demissão.

3. É cristalino o entendimento de que a autoridade competente, no âmbito da Administração Pública, tem o dever de apurar toda e qualquer irregularidade no serviço público, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

4. Não há ilegalidade nem abuso de poder na aplicação de duas penas de demissão a servidores se as infrações cometidas foram diferentes e apuradas em processos administrativos distintos, porquanto a Administração Pública tem o poder-dever de apurar as condutas faltosas de seus servidores e aplicar-lhes as respectivas penas em cada processo administrativo, quando for o caso.

5. A aplicação de sanção disciplinar para cada conduta apurada possui efeitos práticos, não apenas formais. Isso porque, em uma eventual anulação da penalidade de demissão aplicada em processo disciplinar diverso, poder-se-á manter o servidor afastado do serviço público em razão de penalidade de demissão por outros fatos.

Visa-se, em última análise, garantir a supremacia do interesse público, evitando eventual reintegração do mau servidor, que praticou, habitualmente, infrações administrativas.

6. Recurso a que se nega provimento.

(RMS 45.979/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 18/09/2015)

46. A cassação de aposentadoria é outro exemplo de possibilidade de aplicação de penalidade após o término do exercício do cargo junto à Administração Pública, desde que o ato tenha sido praticado anteriormente à aposentadoria.

47. Deste modo, não pode o servidor infrator ficar ileso pelo simples fato de desvincular-se da Administração Federal antes da efetiva responsabilização, o que permitiria inclusive o retorno deste ao serviço público, em manifesta ofensa ao interesse e à moralidade pública.

48. Assim, ainda que o servidor tenha pedido exoneração do cargo, deve-se proceder a apuração dos fatos tido por irregulares, por intermédio dos procedimentos disciplinares competentes, procedendo-se, inclusive, o julgamento definitivo, com a publicação da respectiva portaria e a anotação nos assentamentos funcionais, em razão dos demais efeitos decorrentes da pena, tais como os previstos no art. 137, da Lei nº 8.112, de 1990, a fim de impedir, por exemplo, o retorno ao serviço público.

49. Ademais, e na linha de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a Administração Federal poderá recusar o pedido de exoneração quando em apuração dos fatos tidos por irregulares praticados pelo servidor, ou se já exonerado, de anular o referido ato, ***se ficar comprovado que o pedido desta visava afastar a aplicação da citada pena***, pois se entende que o ato de exoneração é eivado de nulidade, sendo cabível a sua anulação e a respectiva punição do servidor, respeitado o devido processo legal. Destarte, em caso de responsabilização de servidor ocupante de cargo efetivo exonerado a pedido anteriormente à instauração do PAD, deve-se anular a exoneração e aplicar a penalidade de demissão, aplicando-se os efeitos cíveis, penais e administrativos dela decorrentes.

50. Ante o exposto, com base nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993³, conclui-se que, ainda que o servidor tenha pedido exoneração do cargo, deve-se proceder a apuração dos fatos tido por irregulares, por intermédio dos procedimentos disciplinares competentes, e a anotação nos assentamentos funcionais da respectiva responsabilização do ex-servidor, ficando suspensa a execução de alguns dos efeitos desta decorrentes. Outrossim, a Administração Federal poderá recusar o pedido de exoneração quando em apuração dos fatos tidos por irregulares praticados pelo servidor ou até anulá-lo, ***se ficar comprovado que o pedido desta visava afastar a aplicação de eventual penalidade***.

51. Por fim, submete-se à apreciação da Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar proposta de enunciado e respectivo parecer, com minuta de portaria de julgamento em anexo, nos termos da Portaria CGU/AGU nº 10, de 2 de fevereiro de 2015 e Portaria CGU/AGU nº 15, de 31 de março de 2016, atribuindo-se efeito prospectivo, a teor do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784, de 1999.

Brasília-DF, 29 de janeiro de 2018.

KARINE BERBIGIER RIBAS
ADVOGADA DA UNIÃO
RELATORA

¹ SILVA, Marcelo Aguiar da. *Intersecção entre direito administrativo disciplinar e direito penal: Uma visão garantista do ilícito administrativo disciplinar*. In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11132

² <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47499/45245>

³ “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal”, e “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal”.

MODELOS DE MINUTA (SUGESTÕES)

MINUTA DE PORTARIA Nº , DE DE DE 2018.

O MINISTRO DE ESTADO XXXXX, no uso da atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso IV, da Constituição Federal, de conformidade com o disposto no art. 1º, inciso I, do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, com fundamento no art. 132, incisos XXXXXX, este combinado com o artigo 117, XXXXX, (*adequar ao caso*) todos da Lei nº 8.112, de 1990, e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo Disciplinar nº XXXXXXXX, do PARECER nº XXX/2018/, dos DESPACHOS nº XXX/2018/AGU e 000XXX/2018/AGU, da Consultoria Jurídica deste Ministério (se cabível), que adota, resolve:

DEMITIR

XXXXXX, à época dos fatos (*cargo*), matrícula SIAPE nº XXXX, CPF XXXXXXX, *por ato de improbidade administrativa e por valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (adequar ao caso)*. Todavia, diante da exoneração (*ou vacância*) do cargo que ocupava o servidor, resta à Administração proceder ao registro em seus assentamentos funcionais, *vedado o retorno ao serviço público federal, nos termos do parágrafo único (ou caput) do artigo 137, da Lei 8.112/90, além do impedimento de se candidatar a cargos eletivos por força do artigo 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64/90. (adequar ao caso)*

MINUTA DE PORTARIA Nº , DE DE DE 2018.

No exercício das atribuições a mim conferidas pelo Decreto 3.035, de 27 de abril de 1999, e pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com base no que consta nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº XXXX, adoto, como fundamento deste ato, o PARECER nº XXX/2018/, os DESPACHOS nº XXX/2018/AGU e 000XXX/2018/AGU, da Consultoria Jurídica deste Ministério, e **aplico a penalidade de *DEMISSÃO* a XXX, com fundamento no art. 127, inciso III, c/c art. 132, XXX, ambos da Lei 8.112, de 1990 (adequar ao caso)**, por ter praticado as infrações administrativas de XXX e XXX, todas previstas como condutas proibidas nos incisos XX respectivamente, do art. XXX da Lei 8.112/90. **Todavia, diante da exoneração (*ou vacância*) do cargo que ocupava o servidor, deve a Administração proceder ao registro em seus assentamentos funcionais, vedado o retorno ao serviço público federal, nos termos do parágrafo único (ou caput) do artigo 137, da Lei 8.112/90, além do impedimento de se candidatar a cargos eletivos por força do artigo 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64/90. (adequar ao caso)**

Assuntos abordados neste Parecer: Inelegibilidade do demitido por qualquer enquadramento. Significado do pleno gozo dos direitos políticos inclui a elegibilidade. Aplicação da teoria do diálogo das fontes compatibiliza a alínea “o” do inciso I do art. 1º Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com inciso II do art. 5º e com o art. 137, ambos da Lei nº 8.112, de 11 dezembro de 1990. Vedação de retorno de oito anos para servidor demitido por qualquer enquadramento.

PARECER Nº 1/2023/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO DO MINISTRO CHEFE DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO Nº 054

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

ADOTO, nos termos do DESPACHO Nº 00786/2023/GAB/CGU/AGU, de autoria do Consultor-Geral da União, Dr. André Augusto Dantas Motta Amaral, o **PARECER Nº 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU**.

Restituam-se os autos, à Consultoria-Geral da União, para os registros e encaminhamentos pertinentes.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1427337338 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-03- 2024 18:09. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00786/2023/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

1. Estou de acordo com os termos do DESPACHO n. 00357/2023/SGPP/CGU/AGU, de autoria do Excelentíssimo Senhor Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas, Dr. Bruno Moreira Fortes.
2. Submeto as manifestações ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, para deliberação conclusiva.
3. Em seguida, solicito devolução dos autos ao GAB/CGU para providências subsequentes.

Brasília, 06 de dezembro de 2023.

(assinado eletronicamente)

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL

Advogado da União

Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1361820455 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário(a): ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 22-02-2024 14:21. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00357/2023/SGPP/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do art. 7º, III, da Portaria Normativa AGU nº 24, de 27 de setembro de 2021, os termos do DESPACHO n. 00484/2023/GAB/DECOR/CGU/AGU, de autoria da Dra. Priscila Cunha do Nascimento, que, por sua vez, aprovou os termos do PARECER n. 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU, aprovado pelo DESPACHO n. 00060/2023/CNPAD /CGU/AGU.
2. O tema versado nos autos exige aprovação do Advogado-Geral da União.
3. Sendo assim, submeto a presente manifestação e as precedentes a Vossa Excelência para que, aprovando, as encaminhem ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União.
4. Após a manifestação do Advogado-Geral da União, os autos devem retornar ao DECOR/CGU, para os registros e comunicações de praxe.

Brasília, 29 de novembro de 2023.

(assinado eletronicamente)

BRUNO MOREIRA FORTES

Advogado da União

Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1353933336 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais:

Signatário (a): BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br).
Data e Hora: 04-12-2023 13:28. Número de Série: 51385880098497591760186147324.
Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00484/2023/GAB/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10 INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

Sr. Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas,

1. Aprovo o PARECER n. 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU encaminhado pelo Coordenador da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD) por meio do **DESPACHO n. 00006/2023/CNPAD/CGU/AGU**.

Brasília, 28 de novembro de 2023.

PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União
Diretora do DECOR/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1352421325 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 28-11-2023 11:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00006/2023/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10.

INTERESSADA: Consultoria-Geral da União.

ASSUNTO: Prazo de impossibilidade temporária de retorno de ex-servidor ao serviço público federal decorrente de demissão em Processo Administrativo Disciplinar.

Sra. Diretora do DECOR,

01. Trata-se de opinativo que, em relação ao prazo de impossibilidade temporária de retorno de exservidor ao serviço público federal decorrente de demissão em Processo Administrativo Disciplinar, analisou o disposto no art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº. 64/1990, cumulado com o previsto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112/1990, em cotejo com o teor do art. 137 da Lei n. 8.112/1990, sem olvidar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI nº 2.975.

02. Sobre o tema, após debates nas sessões ordinárias da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD) de 29/08/2023 (ATA n. 00006/2023/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 689 do NUP 00688.000720/2019-10) e de 26/09/2023 (ATA n. 00007/2023/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 691 do NUP 00688.000720/2019-10), o Colegiado aprovou, por unanimidade dos doze membros presentes à respectiva Sessão, o **PARECER n.**

00001/2023/CNPAD/CGU/AGU, na reunião ordinária ocorrida no dia 17/10/2023, conforme se observa na **ATA n. 00008/2023/CNPAD/CGU/AGU**, situada no Seq. 699 do NUP 00688.000720/2019-10.

03. Com isso, a CNPAD, no **PARECER n. 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU**, exarou o entendimento, em síntese, no sentido de que *"qualquer caso de demissão do serviço público, em decorrência de processo administrativo disciplinar, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990"*, propondo-se, inclusive, a edição de enunciado nos termos acima.

04. Para isso, no opinativo em apreço, foi explicitada, em resumo, a seguinte linha de raciocínio para fundamentar o entendimento nele insculpido:

a) O ordenamento jurídico pátrio possui, em plena vigência, o artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990, o qual instituiu inelegibilidade *aos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos*.

b) Via de consequência, os demitidos do serviço público após processo administrativo disciplinar não poderão tomar posse em novo cargo público pelo mesmo prazo de oito anos, pois o artigo 5º, inciso II, da Lei nº. 8.112, de 1990, impõe o pleno gozo dos direitos políticos pelo cidadão, como condição para investidura em cargos públicos.

c) O artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 137, da Lei nº. 8.112, de 1990, sem se olvidar do entendimento exarado pelo STF nos autos da ADI nº 2975, no qual se estabeleceu, aos casos preceituados no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, a aplicação do prazo de, no mínimo, cinco anos, previsto no caput do mencionado artigo, de proibição de retorno ao serviço público aos demitidos pelas respectivas infrações.

d) Aplicando-se os dispositivos conjuntamente, há uma interseção entre os prazos, e, assim, os oito anos são aplicados para todas as demissões do serviço público, em decorrência do requisito de investidura em cargo público constante do artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990.

e) Assim, na prática, quaisquer demissões decorrentes de processo administrativo disciplinar incompatibilizam o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

05. Logo, nos termos do art. 2º, § 2º, e do art. 4º, inciso III, ambos da Portaria CGU nº 03, de 14 de junho de 2019, submete-se o PARECER n. 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU à apreciação do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR).

06. Por fim, mostra-se importante a orientação do entendimento consignado no opinativo em tela de forma ampla, de modo que se sugere que, em sendo aprovado o parecer nesta Consultoria-Geral da União, seja a matéria submetida ao Advogado-Geral da União.

À consideração superior.

Brasília, 17 de novembro de 2023.

Documento assinado eletronicamente

RENATO DO REGO VALENÇA
Advogado da União
Coordenador/CNPAD

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1340678900 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-11-2023 14:38. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

PARECER Nº 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DECORRENTE DE PAD. PRAZO DE INCOMPATIBILIDADE DO EX- SERVIDOR PARA NOVA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO FEDERAL. ART. 137 DA LEI Nº 8.112, DE 1990. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA “O”, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64, DE 1990. ART. 5º, INCISO II, DA LEI Nº 8.112, DE 1990. TEORIA DO “DIÁLOGO DAS FONTES”. APLICAÇÃO CONJUNTA E HARMÔNICA DAS NORMAS. INCIDÊNCIA DO PRAZO DE OITO ANOS. OBSERVÂNCIA AO ENTENDIMENTO EXARADO PELO STF NA ADI Nº 2975.

1. O ordenamento jurídico pátrio possui, em plena vigência, o artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990, o qual instituiu inelegibilidade *aos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos*.
2. Via de consequência, os demitidos do serviço público após processo administrativo disciplinar não poderão tomar posse em novo cargo público pelo mesmo prazo de oito anos, pois o artigo 5º, inciso II, da Lei nº. 8.112, de 1990, impõe o pleno gozo dos direitos políticos pelo cidadão, como condição para investidura em cargos públicos.
3. O artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990, sem se olvidar do entendimento exarado pelo STF nos autos da ADI nº 2975, em que se estabeleceu, aos casos preceituados no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, a aplicação do prazo de, no mínimo, cinco anos, previsto no *caput* do mencionado artigo, de proibição de retorno ao serviço público aos demitidos pelas respectivas infrações.
4. Aplicando-se os dispositivos conjuntamente, há uma interseção entre os prazos, e, assim, os oito anos são aplicados para todas as demissões do serviço público, em decorrência do requisito de investidura em cargo público constante do artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990.

5. Assim, na prática, quaisquer demissões decorrentes de processo administrativo disciplinar incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

Senhora Diretora do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. RELATÓRIO

1. Cuida-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares – CNPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União, cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº. 3, de 14 de junho de 2019, e pela Portaria Normativa AGU nº. 24, de 27 de setembro de 2021.

2. Em reunião realizada aos 11 de abril de 2023, esta Advogada Pública foi designada pela Coordenação da CNPAD para apresentar manifestação a respeito da *Impossibilidade de retorno de ex-servidor ao serviço público devido à inelegibilidade que ocorre por força de demissões em Processos Disciplinares*.

3. Referido tema faz parte de tabela elaborada pela Coordenação da Câmara, a qual selecionou temas de interesse dos Advogados Públicos Federais em relação à área disciplinar, enviados ao Colegiado a partir de chamamento realizado aos órgãos de cúpula da Advocacia-Geral da União, no ano de 2021.

4. Tal escopo atende ao mandamento legal previsto no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942), bem como às competências previstas na Portaria Normativa AGU nº. 24, de 27 de setembro de 2021.

5. Nesse sentido, objetiva-se, com o presente parecer, fornecer esclarecimentos a respeito da aplicabilidade, em nosso ordenamento jurídico, do artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990, o qual instituiu inelegibilidade *aos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos*.

6. O tema ganha especial relevância a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, no bojo da ADI nº. 2975, na qual se declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990 (que proibia o retorno ao serviço público do servidor federal ou ocupante de cargo em comissão demitido ou destituído da função por prática de crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiro público, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção).

7. Após embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União, a Excelsa Corte houve por bem possibilitar a aplicação do prazo de, no mínimo, cinco anos de proibição de retorno ao serviço público, instituído no *caput* do dispositivo, também às infrações abarcadas pelo parágrafo único, declarado inconstitucional.

8. Consoante discutiremos no presente opinativo, faz-se necessário compatibilizar a Lei eleitoral, em seu artigo 1º, I, "o", (que instituiu inelegibilidade decorrente de demissão em processo disciplinar) com o artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990, cuja interpretação foi recentemente redefinida pelo STF, na ADI nº. 2975.

9. Daí a necessidade do presente opinativo, cujo objetivo é esclarecer a melhor forma de aplicação da Lei Eleitoral e do Estatuto do Servidor, sem implicar descumprimento da decisão da Corte Excelsa.

10. É o relato do essencial.

2. ANÁLISE JURÍDICA

11. Consoante relatado, este opinativo busca esclarecer acerca da aplicação da exigência do artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990 (inelegibilidade aos demitidos), analisando, também, sua compatibilidade com a aplicação do artigo 137 da Lei n. 8.112, de 1990, atentando para a decisão do Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº. 2975 (prazos de proibição de retorno ao serviço público em determinados casos de demissão).^[1]

12. Nesse sentido, nos termos da Lei Complementar nº. 64, de 1990, o primeiro esclarecimento pertinente diz com o fato de que **os demitidos do serviço público por força de processo administrativo disciplinar tornam-se inelegíveis**.

13. É o que dispõe artigo 1º, I, "o" da referida norma, incluído no ano de 2010, por força da Lei da Ficha Limpa, e plenamente em vigor:

Art. 1º **São inelegíveis:**

I - para qualquer cargo:

(...)

o) **os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo** ou judicial, **pelo prazo de 8 (oito) anos**, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

14. Sabendo-se que os demitidos são inelegíveis, observemos o artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990, o qual, ao estabelecer **os requisitos básicos para investidura em cargo público, explicitamente exige do indivíduo a fruição dos direitos políticos**, senão vejamos:

Art. 5º **São requisitos básicos para investidura em cargo público:**

I - a nacionalidade brasileira;

II - **o gozo dos direitos políticos;**

III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;

IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;

V - a idade mínima de dezoito anos;

VI - aptidão física e mental.

15. Como se vê, o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112/1990, ao exigir 'o gozo **dos** direitos políticos' para a investidura em cargo público, evidencia a necessidade, para tanto, da fruição da plenitude dos respectivos direitos políticos, de modo que a satisfação parcial de tal requisito não atenderia aos anseios insculpidos na norma em apreço.

16. Nesse contexto, vale destacar que a elegibilidade (capacidade de ser votado) é um direito político, cujo exercício resta obstado por oito anos aos demitidos do serviço público.

17. Portanto, ao se tornar inelegível, o ex-servidor sofre um impedimento ao exercício de um direito político, e, conseqüentemente, também está impedido de tomar posse em outro cargo público durante esse período, em razão de não estar em pleno gozo dos direitos políticos, nos termos do artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990.

18. Por pertinente, vale esclarecer o conceito de direitos políticos, na dicção do próprio Portal do Tribunal Superior Eleitoral (disponível em: <https://www.tse.jus.br/servicos-eleitorais/glossario/termos-iniciados-com-a-letra-d>):

Direitos políticos ou direitos de cidadania é o conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão, **que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos** ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, **ter efetiva participação e influência nas atividades de governo**.

Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos nãoeletivos, participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular e propor ação popular.

Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partido político e nem **investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo.**

19. No mesmo sentido, a mais abalizada doutrina afirma que:

O núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado, embora não se reduza a isso, mesmo quando se toma a expressão no seu sentido mais estreito.

Essa característica fundamental dos direitos políticos possibilita falar em direitos políticos ativos e direitos políticos passivos, sem que isso constitua divisão deles. São apenas modalidades do seu exercício ligadas à capacidade eleitoral ativa, consubstanciada nas condições do direito de votar, e à capacidade eleitoral passiva, que assenta na elegibilidade, atributo de quem preenche as condições do direito de ser votado. Os direitos políticos ativos (ou direito eleitoral ativo) cuidam do eleitor e sua atividade, os direitos políticos passivos (ou direito eleitoral (ou direito eleitoral passivo) referem-se aos elegíveis e aos eleitos.

(...)

Denominamos direitos políticos negativos àquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que negam, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político partidária ou de exercer função pública.

(...)

Os direitos políticos negativos compõem-se, portanto, das regras que privam o cidadão, pela perda definitiva ou temporária (suspensão), da totalidade dos direitos políticos de votar e ser votado, bem como daquelas regras que determinam restrições à elegibilidade do cidadão, em certas circunstâncias: as inelegibilidades.

(...)

O princípio que prevalece é o da plenitude dos gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo, como vimos, é que o erige em cidadão. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 381-2

20. Com efeito, a discussão acerca do pleno exercício dos direitos políticos como condição de elegibilidade é tema que provoca muitas reflexões na doutrina, sendo de se destacar que:

A legislação brasileira já cuidou de conceituar o que seriam direitos políticos, definindo- os como, precipuamente, o direito de votar e ser votado (Lei 818/49, art. 38 - São direitos políticos aqueles que a Constituição e as Leis atribuem a brasileiros, precipuamente o de votar e ser votado). Este porém não é o melhor conceito. Em uma análise restritiva

da norma acima poderia-se chamar de direitos políticos apenas como o direito de votar (*ius suffragii*) decorrente do direito de alistar-se no corpo de eleitores, haja vista que tal condição (art. 14, §3º da CF/88 e art. 3º do CE) é requisito ao direito de ser votado (*ius honorum*).

PONTES DE MIRANDA define direitos políticos como direito de participar da organização e funcionamento do Estado. Tal conceito explica o fato de que além de ser uma condição de elegibilidade, o pleno exercício dos direitos políticos é também uma condição para o exercício do mandato eletivo.

(...)

A presente condição de elegibilidade deve também ser interpretada com o disposto no inciso III e V do art. 14, § 3º da CF/88, pois tanto o alistamento eleitoral (vide art. 71, II do Código Eleitoral) quanto a filiação partidária (vide art. 22, II da Lei 9.096/95) também exigem o pleno exercício dos direitos políticos para o seu exercício. Fora da seara eleitoral, o pleno **gozo dos direitos políticos também é requisito para: legitimação ativa em ação popular (art. 5º LXXIII da CF/88); subscrever projeto de lei de iniciativa popular (art. 61, §2º da CF/88); investidura em cargo público mesmo que não eletivo (art. 5º, II da Lei 8.112/90 e art. 87, 89, VII, 101, 131, § 1º da CF/88); exercer cargo administrativo ou de representação econômica ou profissional em entidade sindical (art. 530, V da CLT); ocupar cargo de diretor ou redator chefe de jornal ou periódico (art. 7º, §1º da Lei 5.250/67) e também para exercer a função de jurado do Tribunal do Júri (art. 434 do CPP).**

(Reflexões acerca do pleno exercício dos direitos políticos como condição de elegibilidade; Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva 1/2013 - n. 20. Tarso Duarte de Tassis, Leonardo Dias Saraiva)

21. Sabendo, pois, que a elegibilidade é necessária para que haja o pleno gozo dos direitos políticos do cidadão, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, espanca quaisquer dúvidas sobre o tema:

2. Estar no gozo dos direitos políticos significa, pois, estar habilitado a alistar-se eleitoralmente, habilitar-se a candidaturas para cargos eletivos ou a nomeações para certos cargos públicos não eletivos (CF, arts. 87; 89, VII; 101; 131, § 1.º), participar de sufrágios, votar em eleições, plebiscitos e referendos, apresentar projetos de lei pela via da iniciativa popular (CF, art. 61, § 2.º, art. 29, XI), propor ação popular (CF, art. 5.º, inc. LXXIII). **Quem não está no gozo dos direitos políticos não poderá filiar-se a partidos políticos (Lei 5.682, de 21.07.1971, art. 62), e nem investir-se em qualquer cargo público, mesmo não eletivo (Lei 8.112, de 11.12.1990, art. 5.º, II).** Não pode, também, ser diretor ou redator-chefe de jornal ou periódico (Lei 5.250, de 09.02.1967, art. 7.º, § 1.º) e nem exercer cargo em entidade sindical (CLT, art. 530, V).

(ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos: perda suspensão e controle jurisdicional. Revista de Processo, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997)

22. Assim, os direitos de votar e de ser votado estão incluídos dentre os direitos políticos, de modo que, ao se tornar inelegível - ainda que temporariamente -, o cidadão está despidido de um direito político básico, que lhe impede a investidura em cargo público pelo prazo legalmente definido.

23. É o que também se extrai das lições doutrinárias de José Afonso da Silva:

Inelegibilidade revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, à elegibilidade. Não se confunde com a

inalistabilidade, que é impedimento à capacidade eleitoral ativa (direito de ser eleitor), nem com a incompatibilidade, impedimento ao exercício do mandato depois de eleito.

(...)

As inelegibilidades absolutas implicam impedimento eleitoral para qualquer cargo eletivo. (...) Por isso, ela é excepcional e só é legítima, quando estabelecida na própria Constituição. E esta somente consigna, como tal, a que decorre da inalistabilidade e a dos analfabetos, quando, no art. 14, § 4º, declara que são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

(...)

As inelegibilidades relativas constituem restrições à elegibilidade para determinados mandatos em razão de situações especiais em que, no momento da eleição, se encontre o cidadão. O relativamente inelegível é titular de elegibilidade, que, apenas, não pode ser exercida em relação a algum cargo ou função eletiva, mas o poderia relativamente a outros, exatamente por estar sujeito a um vínculo funcional, ou de parentesco ou de domicílio que inviabiliza sua candidatura na situação vinculada.

(SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 389-91)

24. Como dito, no caso dos demitidos do serviço público, por força de processo disciplinar, o prazo de inelegibilidade definido pela Lei Complementar nº. 64, de 1990, é de oito anos, sem diferenciação em razão da espécie de infração cometida. Em consequência, é este também o prazo pelo qual não poderá o apenado retornar ao serviço público pela via do provimento de cargo efetivo.

25. Respeitando essa linha de raciocínio, e com o texto mais direto e explícito, a recente Lei nº. 14.204, de 16 de setembro de 2021, ao tratar dos cargos em comissão e funções de confiança, estabeleceu que:

Art. 9º São critérios gerais para a ocupação de cargos em comissão e de funções de confiança na administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - idoneidade moral e reputação ilibada;

II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou com a função para a qual tenha sido indicado; e

III - **não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.**

26. Ora, não é por acaso que as hipóteses de inelegibilidade da Lei Complementar nº. 64, de 1990, impedem a investidura em cargos em comissão pelo prazo que perdurarem. Igual rigor, portanto, deve ser observado com relação à investidura de servidores efetivos.

27. Vale lembrar, ainda, que o dispositivo da Lei Complementar é bem posterior à Lei nº. 8.112, de 1990, e foi incluído pela Lei da ficha limpa, publicada pelo legislador com o espírito de extirpar da Administração Pública os agentes cuja conduta tenha sido ilegal a ponto de causar sua demissão, efetivando os termos do § 9º do artigo 14 da Constituição Republicana de 1988:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

28. Defender interpretação diversa atentaria contra o princípio da legalidade, que deve permear a interpretação e execução das normas pelos gestores públicos.

29. Cabe observar, ainda, que tal **proibição temporária, estabelecida pela regra da inelegibilidade**, nos termos do artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, **aplica-se a qualquer caso de demissão decorrente de processo administrativo disciplinar**, sendo assim mais severa do que as hipóteses abarcadas pelo artigo 137 da Lei n. 8.112, de 1990, eis que não se restringe às hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da mesma lei.

30. A jurisprudência do TSE confirma a tese de que a inelegibilidade ocorre independentemente do motivo da demissão

11. A causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, o, da Lei Complementar 64/90 deve ser aferida de forma objetiva e incide sempre que presentes os seguintes requisitos: i) a demissão do serviço público; e ii) a ausência de suspensão ou anulação do ato pelo Poder Judiciário.

(Ac. de 6.5.2021 no AgR-REspEI nº 060031447, rel. Min. Sérgio Silveira Banhos.)

[...] Demissão do serviço público. Incidência da inelegibilidade insculpada no art. 1º, I, o, da Lei Complementar nº 64/90. [...] 1. À luz do art. 1º, I, o, da LC 64/90, são inelegíveis, pelo prazo de oito anos, os candidatos demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário. 2. Aludida causa de inelegibilidade incidirá sempre que o pretendo candidato for demitido do serviço público e não houver a suspensão ou anulação do ato pelo Poder Judiciário. 3. No caso em exame, Paulo César Gomes foi demitido do serviço público, em razão de abandono do cargo, por meio de processo administrativo disciplinar. Não há notícia suspensão ou anulação do ato pelo Poder Judiciário. Infere-se, assim, que o fato se subsume à hipótese de inelegibilidade descrita na alínea o da Lei de Inelegibilidades.

(Ac. de 16.10.2018 no RO nº 060475996, rel. Min. Luís Roberto Barroso, red. designado Min. Edson Fachin.)

[...] Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea o, da LC nº 64/1990. Servidor demitido em processo administrativo. Ausência de decisão suspensiva ou anulatória do ato de demissão. [...]

1. Nos termos do art. 1º, inciso I, alínea o, da LC nº 64/1990, são inelegíveis, pelo prazo de oito anos, os candidatos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário. 2. É inequívoco que o recorrente foi demitido do cargo mediante processo administrativo disciplinar, não havendo notícia nos autos de suspensão ou anulação dessa decisão. 3. 'Não compete à Justiça Eleitoral analisar supostos vícios formais ou materiais no curso do procedimento administrativo disciplinar, os quais deverão ser discutidos na seara própria.' [...] 4. 'Ainda que 'demissão' e 'destituição' sejam palavras distintas, para os efeitos legais são como sinônimos, ou seja, significam a extinção do vínculo com a Administração Pública diante da realização de falta funcional grave.' [...]

(Ac. de 3.10.2014 no AgR-RO nº 83771, rel. Min. Gilmar Mendes)

Inelegibilidade. Demissão. Serviço público. - Configurado o fato objetivo estabelecido na alínea o do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, qual seja, a demissão do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, incide a inelegibilidade. [...]" NE: Trecho da decisão agravada: "[...] a norma contém critério objetivo, qual seja, a

demissão em decorrência de processo administrativo ou judicial. Logo não cabe à Justiça Eleitoral analisar as razões do ato, para incidência ou não da inelegibilidade.

(Ac. de 30.10.2012 no AgR-REspe nº 21453, rel. Min. Arnaldo Versiani.)

[...]. Servidor público demitido. Processo administrativo. Incidência do art. 1º, I, o da LC nº 64/90. 1- É imperativo o reconhecimento da inelegibilidade e o consequente indeferimento do pedido de registro de candidatura de quem foi demitido do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, nos termos do artigo 1º, I, letra o, da LC 64/90. [...]

(Ac. de 7.10.2010 no RO nº 333763, rel. Min. Hamilton Carvalhido.)

31. Estabelecida a necessidade de dar cumprimento ao artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, vale fazer um paralelo entre o dispositivo e a aplicabilidade do artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990.

32. Pois bem. O referido artigo 137 teve seu parágrafo único declarado inconstitucional pelo STF, em síntese, em razão de instituir penalidade de caráter perpétuo.

33. A partir de tal decisão, num primeiro momento, infrações graves ficaram sem consequências relacionadas à nova posse em cargos públicos, enquanto outras, de menor gravidade, expostas no caput do artigo, permaneceram com proibição de retorno de cinco anos.

34. Por isso foi necessária a oposição de Embargos de declaração pela AGU, a fim de que essa desproporcionalidade fosse corrigida. O julgamento dos Embargos fora concluído aos 25 de março último, tendo sido o recurso provido, com a conclusão da Corte Suprema no seguinte sentido:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRESENÇA DE ERRO MATERIAL E OBSCURIDADE. PROVIMENTO.

1. Embargos de declaração contra acórdão que declarou a inconstitucionalidade do art. 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990 e determinou a comunicação do teor da decisão ao Congresso Nacional.

2. O embargante pede: (i) a retificação da ementa do acórdão, que afirma incorretamente que a norma foi declarada inconstitucional sem pronúncia de nulidade; (ii) a integração do acórdão, para que, nas hipóteses descritas no art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990, seja aplicado o prazo de incompatibilidade de 5 (cinco) anos constante do *caput* desse mesmo dispositivo, até que o Legislativo fixe outro; e (iii) a modulação dos efeitos da decisão, com a atribuição de eficácia prospectiva.

3. As situações previstas no dispositivo declarado inconstitucional (*demissão por crime contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção*) são evidentemente mais graves do que aquelas apenas com o prazo de incompatibilidade de 5 (cinco) anos do art. 137, *caput*.

4. Assim, os ex-servidores que nelas se enquadrem devem estar submetidos, no mínimo, à mesma restrição aplicável a condutas menos reprováveis. Tal medida se impõe seja por um juízo de proporcionalidade, seja pela possibilidade de enquadramento das condutas como descumpridoras da vedação prevista no art. 117, IX, da Lei nº 8.112/1990.

5. Embargos de declaração providos para (i) para retificar o erro material constante da ementa do acórdão embargado, com a exclusão do trecho "sem pronúncia de nulidade"; e (ii) para esclarecer a aplicabilidade da

sanção prevista no art. 137, caput, da Lei nº 8.112/1990 às situações previstas no seu parágrafo único, até que sobrevenha lei a dispor sobre a matéria.

(ADI 2975, Plenário, Sessão Virtual de 17.3.2023 a 24.3.2023)

35. Dessa forma, restou consignada pelos Ministros a *aplicabilidade da sanção prevista no art. 137, caput, da Lei nº 8.112/1990 às situações previstas no seu parágrafo único, cuja inconstitucionalidade foi declarada por este Tribunal, até que sobrevenha lei a dispor sobre a matéria.*

36. Portanto, o parágrafo único do artigo 137 acaba por continuar no mundo jurídico, com uma "vigência diferenciada", pois, segundo o STF, deve ser aplicado, no mínimo, o prazo do caput às infrações por ele abarcadas.

37. Entretanto, a bem da verdade, os prazos estabelecidos por esse dispositivo não possuem efetividade prática, pois ao lhes combinarmos com o estabelecido pelo artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, há uma interseção entre os prazos, prevalecendo o maior deles, de oito anos, já que ambos os dispositivos estão em vigor, devendo ser concomitantemente aplicados.

38. Convenha-se que não seria razoável aplicar um prazo de proibição de retorno de cinco anos às infrações do artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990, que são mais graves, sendo que para quaisquer outras demissões devem ser observados os oito anos fixados pela Lei Complementar nº. 64, de 1990.

39. Demais disso, a decisão da Suprema Corte nos Embargos da União, não demanda aplicação mandamental, pois, além de ter previsto que a aplicação do prazo do caput é um mínimo a ser considerado, o seu dispositivo prestou-se a "esclarecer a aplicabilidade da sanção prevista no art. 137, caput, da Lei nº. 8.112, de 1990, às situações previstas no seu parágrafo único...", **ou seja, a sanção é aplicável, e não obrigatoriamente aplicada.**

40. A partir de tais premissas, percebe-se que os critérios clássicos de solução de antinomias, que primam pela utilização de uma norma em detrimento da outra ("monólogo normativo"), não estão aptos a solucionar a questão em apreço.

41. Nesse contexto, apesar de não se identificar um potencial conflito entre as normas estudadas, é viável fazer um paralelo com a teoria do "diálogo das fontes", que preconiza a convivência harmônica entre os dispositivos aparentemente conflitantes, no sentido de se aplicá-los de forma conjunta, conforme ensina a doutrina:

É o chamado 'diálogo das fontes' (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia [...] **significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.** Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual 'pluralismo pós-moderno' de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo [...] O uso da expressão do mestre, 'diálogo das fontes', é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada' [...] que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência' . 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo'

porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato - solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)".

(MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89/90). (Destacamos)

42. Acerca da teoria do "diálogo das fontes", vale expor que constitui uma tese que possibilita uma importante alternativa para a solução de antinomias normativas, em adição aos critérios clássicos (cronológico, hierárquico e da especialidade), permitindo que os conflitos normativos sejam sanados, não apenas por meio da exclusão total de um dos dispositivos envolvidos, mas, também, mediante a aplicação simultânea e coordenada das normas abrangidas, em que uma complementa a outra.

43. O termo “diálogo das fontes” foi desenvolvido pelo jurista alemão Erik Jayme, sendo replicado, no Brasil, por meio dos ensinamentos da Cláudia Lima Marques^[2].

44. A jurisprudência pátria tem encampado e utilizado a teoria em foco, conforme se verifica nas seguintes decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - LEASING. CLÁUSULA DE SEGURO. ABUSIVIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. Não se pode interpretar o Código de Defesa do Consumidor de modo a tornar qualquer encargo contratual atribuído ao consumidor como abusivo, sem observar que as relações contratuais se estabelecem, igualmente, através de regras de direito civil. 2. O CDC não exclui a principiologia dos contratos de direito civil. Entre as normas consumeristas e as regras gerais dos contratos, insertas no Código Civil e legislação extravagante, deve haver complementação e não exclusão. É o que a doutrina chama de Diálogo das Fontes. 3. Ante a natureza do contrato de arrendamento mercantil ou leasing, em que pese a empresa arrendante figurar como proprietária do bem, o arrendatário possui o dever de conservar o bem arrendado, para que ao final da avença, exercendo o seu direito, prorrogue o contrato, compre ou devolva o bem. 4. A cláusula que obriga o arrendatário a contratar seguro em nome da arrendante não é abusiva, pois aquele possui dever de conservação do bem, usufruindo da coisa como se dono fosse, suportando, em razão disso, riscos e encargos inerentes a sua obrigação. O seguro, nessas circunstâncias, é garantia para o cumprimento da avença, protegendo o patrimônio do arrendante, bem como o indivíduo de infortúnios. 5. Rejeita-se, contudo, a venda casada, podendo o seguro ser realizado em qualquer seguradora de livre escolha do interessado. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (STJ – REsp 1.060.515/ DF – Quarta Turma – Rel. Des. Conv. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 04.05.2010 – DJe 24.05.2010) (Destacamos) ***

CONSUMIDOR E CIVIL. ART. 7º DO CDC. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DE FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. - O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. [...] - Recente decisão da 2ª Seção, porém, pacificou o entendimento

quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 5 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora. Recursos especiais providos” (STJ – REsp 1009591/RS – Terceira Turma – Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.04.2010 – DJe 23.08.2010) (Grifamos) ***

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADUANEIRO. AUTOMÓVEL FABRICADO NO EXTERIOR E ADQUIRIDO NO MERCADO INTERNO, COM NOTA FISCAL DA EMPRESA IMPORTADORA, DESEMBARAÇO ADUANEIRO E REGISTRO NO DETRAN. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO CONSUMIDOR QUE NÃO FOI AFASTADA. ILEGITIMIDADE DA PENA DE PERDIMENTO DO BEM. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça. 2. A pena de perdimento, fundada em importação supostamente irregular de bem de consumo usado, não pode ser aplicada quando não se afasta categoricamente a presunção de boa-fé do consumidor, que adquiriu o bem de empresa brasileira, no mercado interno [...] (STJ - AgRg no REsp 1.483.780/PE - Primeira Turma - Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23.06.2015, DJe 05.08.2015) (Destacou-se)

45. Desse modo, a solução jurídica que se apresenta mais plausível para o caso é a que viabiliza, por meio da utilização da teoria do “diálogo das fontes”, a aplicação conjunta e harmônica do disposto no artigo 1º, I, “o”, da Lei Complementar nº. 64, de 1990 e no artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990, com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº. 2975, preservando-se a eficácia de ambos os dispositivos.

46. Assim, para os apenados nas infrações referidas no parágrafo único do artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990, bem como em seu *caput*, aplicar-se-á a proibição temporária de oito anos estabelecida pela Lei Complementar nº. 64, de 1990, assim como esse prazo será aplicável a quaisquer demissões de servidores federais.

47. O prazo de cinco anos, estabelecido pelo *caput* do artigo 137, que continua vigente, é um prazo específico, porém fica, na prática, absorvido pelo prazo maior **de oito anos, que se destina a quaisquer demissões.**

48. Demais disso, as duas sanções têm objetivos diversos. A aplicação do artigo 137 da Lei nº. 8.112, de 1990, é um efeito secundário direto da própria sanção administrativa. Já o artigo 5º, II, traz um requisito de investidura, impondo a impossibilidade de posse em cargo público como consequência mediata da inelegibilidade ocorrida em razão da demissão, uma vez que os inelegíveis não podem tomar posse em cargo público.

49. Portanto, a solução jurídica que atualmente melhor se enquadra no ordenamento pátrio é aquela que privilegia a coexistência de ambos os dispositivos aqui analisados.

50. **Em síntese**, tem-se que qualquer caso de demissão do serviço público, em decorrência de processo administrativo disciplinar, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea “o”, da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

51. Assim, na hipótese acima descrita e pelo lapso temporal mencionado, ocorre a inelegibilidade do ex- servidor, ao passo que, umas das condições para a investidura em cargo público é o pleno gozo dos direitos políticos, de modo que, pela teoria do “diálogo das

fontes”, os referidos dispositivos devem ser aplicados, conjunta e harmonicamente, com o art. 137 da Lei nº 8.112/1990, sem se olvidar do entendimento exarado pelo STF nos autos da ADI nº 2975.

3. CONCLUSÃO

52. Pelo exposto, esta Câmara entende que:

a) O ordenamento jurídico pátrio possui, em plena vigência, o artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990, o qual instituiu inelegibilidade *aos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos.*

b) Via de consequência, os demitidos do serviço público após processo administrativo disciplinar não poderão tomar posse em novo cargo público pelo mesmo prazo de oito anos, pois o artigo 5º, inciso II, da Lei nº. 8.112, de 1990, impõe o pleno gozo dos direitos políticos pelo cidadão, como condição para investidura em cargos públicos.

c) O artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 137, da Lei nº. 8.112, de 1990, sem se olvidar do entendimento exarado pelo STF nos autos da ADI nº 2975, no qual se estabeleceu, aos casos preceituados no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, a aplicação do prazo de, no mínimo, cinco anos, previsto no caput do mencionado artigo, de proibição de retorno ao serviço público aos demitidos pelas respectivas infrações.

d) Aplicando-se os dispositivos conjuntamente, há uma interseção entre os prazos, e, assim, os oito anos são aplicados para todas as demissões do serviço público, em decorrência do requisito de investidura em cargo público constante do artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990.

e) Assim, na prática, quaisquer demissões decorrentes de processo administrativo disciplinar incompatibilizam o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8(oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea “o”, da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

Qualquer caso de demissão do serviço público, em decorrência de processo administrativo disciplinar, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea “o”, da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

53. É o parecer, que submetemos a essa Direção do DECOR, para, havendo concordância, posterior encaminhamento às instâncias superiores da Consultoria-Geral da União.

Brasília, 31 de outubro de 2023.

Juliana S. B. de Melo Sant'Ana
Procuradora Federal
Membro da CNPAD
Relatora

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

1. - Vale registrar que a questão jurídica analisada neste opinativo se distingue do objeto apreciado pelo STF nos autos da RE n. 1.282.553, em que, em sede de repercussão geral, foi fixada tese aplicável a condenações criminais. Não há, pois, relação com o tema analisado no presente parecer, que trata de condenações na esfera administrativa, cujas demissões são incompatíveis com o retorno imediato ao serviço público, nos moldes da legislação aplicável.

2. - Nesse sentido, MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81

Documento assinado eletronicamente por LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-11-2023 13:54. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-11-2023 14:35. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-11-2023 09:50. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 02-11-2023 17:36. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 02-11-2023 09:19. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por FERNANDO MIZERSKI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso

743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO MIZERSKI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-11-2023 20:46. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: AutoridadeCertificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-11-2023 18:35. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: AutoridadeCertificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO. Data e Hora: 01-11-2023 19:47. Número de Série: 47685205223064042648376373499. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-11-2023 18:28. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-11-2023 19:20. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-11-2023 16:59. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: AutoridadeCertificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1142467543 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-11-2023 15:07. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Assuntos tratados neste Parecer: Possibilidade de processo disciplinar em face de ex-servidor para apurar fato cometido ao tempo do exercício do cargo e de registro da pena nos assentamentos, com os efeitos jurídicos dela decorrentes. No caso de servidor efetivo que se exonera, não cabe anulação da exoneração, mantendo-se este ato e registrando-se a pena de demissão.

PARECER Nº 3/2024/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10.

INTERESSADO: DECOR.

ASSUNTO: Aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO EM FACE DE SERVIDOR PÚBLICO EXONERADO DE CARGO EFETIVO. REGISTRO ADICIONAL DA PENALIDADE DE DEMISSÃO NOS ASSENTAMENTOS FUNCIONAIS. EFEITOS LEGAIS. PROPOSTA DE REVISÃO PARCIAL DO ENTENDIMENTO CONTIDO NO PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU.

I - Apresenta-se juridicamente viável a aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, devendo haver, nesse caso, a preservação do ato de exoneração, cumulada com a realização do registro da penalidade de demissão nos assentamentos funcionais, a fim de que surta os devidos efeitos legais.

II - Proposta de revisão parcial do entendimento consubstanciado no PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU.

Sra. Diretora do DECOR,

I - RELATÓRIO:

01. Trata a presente manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares – CNPAD, prevista na Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019, de análise acerca da possibilidade de aplicação de penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo e das respectivas implicações.

02. É o relatório. Passa-se a opinar.

II - ANÁLISE JURÍDICA:

03. Inicialmente, vale expor que a Lei nº 8.112/90 prevê a penalidade de “conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão” (art. 127, V c/c art. 135) para servidores não efetivos punidos após terem se exonerado.

04. Porém, a lei não prevê a penalidade de “conversão da exoneração a pedido em demissão”, em face de servidor público exonerado de cargo efetivo.

05. Contudo, ao analisarmos alguns artigos da Lei 8.112/90 percebemos que ela incentiva a instauração e conclusão de processos disciplinares independentemente de o servidor acusado estar ocupando, ou não, o respectivo cargo público.

06. Por exemplo, o art. 143 da Lei nº 8.112/90 dispõe que a autoridade deve apurar irregularidades que tiver ciência, não exigindo, em momento algum, que sejam atinentes apenas a irregularidades em que o acusado ainda possa ser alcançado por uma penalidade administrativa, senão vejamos:

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

07. No art. 135 e no seu parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, por sua vez, resta evidente que o ocupante em cargo em comissão deverá, constatada a prática de irregularidade, ser processado, mesmo após a sua exoneração ter ocorrido, de modo que, uma vez provada a falta funcional nos casos de enquadramento às penalidades de suspensão ou de demissão, ocorrerá a destituição de cargo em comissão, ou seja, a exoneração será convertida em destituição em cargo em comissão, nestes termos:

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.

08. Assim, o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao servidor público exonerado de cargo público efetivo, de modo a ser possível a aplicação, *a posteriori*, da penalidade de demissão, em face de servidor público efetivo exonerado.

09. Até porque, a exoneração não pode representar uma alternativa para que o servidor público faltoso se desonere de qualquer sanção disciplinar.

10. Com efeito, se o servidor não efetivo terá registrado em seus assentamentos funcionais que foi punido com a penalidade de demissão (que traz consequências que, dentre outras, implicam em limitações a assunção de novos cargos públicos), tanto, ou mais, o servidor efetivo deve estar submetido à mesma regra, de modo que não parece razoável um tratamento desigual para situações muito semelhantes.

11. Nessa direção, a então Comissão Permanente de Procedimentos Disciplinares da Consultoria-Geral da União – CPPAD/CGU (sucédida por esta CNPAD/CGU), no âmbito do NUP 00688.000541/2017-11, por meio do PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU (Seq. 237), aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 689/2018/GAB/CGU/AGU (Seq. 239), exarou o entendimento no sentido de que *“ainda que o servidor tenha pedido exoneração do cargo, deve-se proceder a apuração dos fatos tido por irregulares, por intermédio dos procedimentos disciplinares competentes, procedendo-se, inclusive, o julgamento definitivo, com a publicação da respectiva portaria, de modo que eventual penalidade nestes casos será anotada nos assentamentos funcionais em razão dos demais efeitos decorrentes da pena”*.

12. Com efeito, o processo administrativo disciplinar pode prosseguir mesmo com o rompimento do vínculo entre o servidor e a Administração Pública quanto aos fatos ocorridos em atividade, com a anotação da eventual penalidade aplicada em seus registros, conforme é feito, por exemplo, naqueles casos em que somente depois da aposentadoria ou da exoneração do agente é que se descobrem fatos irregulares em sua atuação^[1].

13. Na mesma linha, o entendimento da Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal^[2], está assim consignado em seu *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*^[3]:

(...) Contudo, o eventual conhecimento tardio do suposto ilícito disciplinar poderá resultar em processo disciplinar instaurado para apurar a conduta de servidor já desvinculado do serviço público (ex-servidor), tais como o aposentado, o exonerado (a pedido ou de ofício, como no caso de não

aprovação no estágio probatório), o demitido, ou aquele que tenha pedido vacância por posse em outro cargo, acumulável ou inacumulável.

14. Assim, consolidando o mérito da questão, a Comissão de Coordenação de Correição (CCC) da Controladoria-Geral da União, aprovou o Enunciado CGU nº 2, de 4 de maio de 2011, nos seguintes termos:

EX-SERVIDOR. APURAÇÃO. **A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstam a instauração do procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público.** (Enunciado CGU nº 2, publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22). (destacou-se)

15. Nesse compasso, sobre a apuração de ilícito funcional cometido por ex-servidor público também já se manifestou a Advocacia-Geral da União (AGU), no vinculante Parecer-AGU nº GM-1, de 15 de março de 2000, ao apontar a manutenção do processo e do regime disciplinares nos casos de desvinculação do serviço público depois do cometimento da falta funcional:

Ementa: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na Administração Federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar.

(...)

9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre 'no serviço público', poder-dever de que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a alegação de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em razão dos quais perpetraram as infrações (...).

17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, **a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do serviço público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a consequente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação dessa medida:**

(...)

c) no caso de reingresso e não ter-se extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerado reincidente

(...) (grifos acrescidos)

16. Sendo assim, assim como ocorre com a aposentadoria e com a aplicação da penalidade de demissão em outro processo administrativo, **a exoneração não impede a apuração de irregularidade praticada quando o servidor se encontrava legalmente investido em cargo público efetivo à época dos fatos.**

17. Só por isso já fica claro que há a necessidade de *registro a ser feito no SIAPE* nas hipóteses em que um servidor, apesar de já exonerado a pedido, vier a ser condenado posteriormente à penalidade de demissão em um PAD.

18. Aliás, como dito, existe previsão legal para a hipótese de conversão da exoneração de

cargo em comissão em destituição de cargo em comissão (parágrafo único do art. 135 da Lei 8.112/90), frisando-se, em adição, que a legislação preconiza a cassação da aposentadoria no caso de se ter praticado, na atividade, falta punível com a demissão (art. 134 da Lei nº 8.112/90).

19. Inclusive, quanto à necessidade de se atribuir tratamento isonômico entre servidores e ex-servidores (entre eles, os aposentados, os exonerados a pedido ou os exonerados de ofício), interessante colacionar o que entendeu o STF ao apreciar a ADPF nº 418, senão vejamos:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTS. 127, IV, E 134 DA LEI 8.112/1990. PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 3/1993, 20/1998 E 41/2003. PENALIDADE QUE SE COMPATIBILIZA COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. As Emendas Constitucionais 3/1993, 20/1998 e 41/2003 estabeleceram o caráter contributivo e o princípio da solidariedade para o financiamento do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Sistemática que demanda atuação colaborativa entre o respectivo ente público, os servidores ativos, os servidores inativos e os pensionistas.

2. A contribuição previdenciária paga pelo servidor público não é um direito representativo de uma relação sinalagmática entre a contribuição e eventual benefício previdenciário futuro.

3. A aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores públicos. Precedentes.

4. A perda do cargo público foi prevista no texto constitucional como uma sanção que integra o poder disciplinar da Administração. É medida extrema aplicável ao servidor que apresentar conduta contrária aos princípios básicos e deveres funcionais que fundamentam a atuação da Administração Pública.

5. A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade. 6. Arguição conhecida e julgada improcedente. (STF - ADPF: 418 DF, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 15/04/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2020) (grifos acrescidos)

20. A doutrina^[4] ratifica o entendimento aqui esposado, deste modo:

Ademais, a exoneração pode ser convertida em demissão, no caso de servidor efetivo, ou em destituição de cargo em comissão, no caso de servidor ocupante de cargo puramente comissionado, razão pela qual, **sempre há interesse na instauração do Processo Administrativo Disciplinar, pois a exoneração ou a aposentadoria não afasta a indisponibilidade dos bens, o ressarcimento ao erário, a proibição de investidura em cargo público federal pelo prazo de 05 (cinco) anos e a proibição de retorno ao serviço público federal, a depender da adequação**

do caso concreto às hipóteses dos artigos 136 e 137, caput e parágrafo único, todos da Lei 8.112/90.

(...)

Portanto, **viável a instauração de processo disciplinar contra ex-servidor, exonerado a pedido** ou aposentado voluntariamente. No tocante as penas administrativas passíveis de aplicação após a conclusão do processo, **devem ser anotadas nos assentos funcionais do servidor, de modo que no caso de reingresso no serviço público, não estando extinta a punibilidade pelo decurso do tempo, a punição deve ser aplicada. Sendo o caso de aplicação das penas de demissão ou destituição de cargo em comissão, a exoneração deve ser convertida nestas cominações, fazendo-se incidir as restrições previstas nos artigos 136 e 137, caput e parágrafo único da Lei 8.112/1990.** (grifos acrescidos)

21. A jurisprudência STJ também é pacífica quanto à matéria, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO E PROSSEGUIMENTO DO FEITO DISCIPLINAR. O FATO DE O SERVIDOR OBJETO DO PAD JÁ TER SIDO EXONERADO OU DEMITIDO DO CARGO NÃO ELIDE A OBRIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO EM APURAR AS FALTAS COMETIDAS. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O fato do Servidor já não mais ostentar a condição de Servidor Público, não elide a obrigação da Administração a apurar a responsabilidade administrativo de Servidor Público resultante de sua atuação no exercício do cargo, por meio da instauração de sindicância ou do processo administrativo. Precedentes: MS 14.407/DF, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 16.12.2015; RMS 44.138/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 10.2.2014; MS 13.916/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 23.2.2012.

2. Não pode se desconsiderar que da apuração da responsabilidade administrativa pode decorrer outros desdobramentos, diferentes da penalidade administrativa, tais como: remessa do relatório ao Ministério Público para eventual propositura de ação penal, obrigatoriedade de a Advocacia-Geral da União de ingressar com ação de reparação de danos civis e registro nos assentamentos funcionais, para efeito de reincidência no caso de reingresso no serviço público.

3. Agravo Interno do particular a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no REsp: 1371490 DF 2013/0058794-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 20/02/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/03/2018) (destacamos)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROCURADOR FEDERAL DO INSS. PRAZO DE PRESCRIÇÃO. FLUÊNCIA A CONTAR DA CIÊNCIA DO FATO PELA AUTORIDADE COMPETENTE. PROCEDIMENTO INSTAURADO CONTRA SERVIDOR EXONERADO A PEDIDO. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

[...]

4. Na apuração da responsabilidade administrativa do servidor público, podem advir desdobramentos, como consequência da aplicação da penalidade administrativa, a justificar a instauração de procedimento disciplinar contra ex-servidor exonerado, a pedido, para apuração de supostas irregularidades por ele cometidas durante o exercício do cargo. Precedentes.

5. Segurança denegada.

(STJ - MS: 14407 DF 2009/0110894-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 09/12/2015, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/12/2015) (destaque nosso)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DOS TRANSPORTES. EX-SERVIDORES DO DNER. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. **APURAÇÃO DAS IRREGULARIDADES POSSIVELMENTE COMETIDAS QUANDO NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE.** AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a **Administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções.**

Ordem denegada.

(MS n. 9.497/DF, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 22/9/2004, DJ de 18/10/2004, p. 186.) (destacamos)

22. Na mesma linha, assim entendem outros tribunais:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PEDIDO DE EXONERAÇÃO PELO SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não há direito líquido e certo para que o autor seja exonerado no curso de PAD, forte no art. 172, da Lei 8.112/90.

2. Ainda que a finalidade específica de aplicação de penalidade possa resultar prejudicada pelo afastamento voluntário do servidor (pedido de exoneração), restam outros fins a serem alcançados pela investigação na esfera administrava, qual seja, a possibilidade de conversão da exoneração em demissão por interesse público, impossibilitando a impetrante de nova investidura em cargo público federal pelo prazo de cinco anos, nos moldes do art. 137 da Lei n. 8.112/90.

3. É esta a situação a ser protegida quando impossibilita-se a exoneração durante a tramitação de PAD.

(TRF-4 - AC: 50059528720194047200 SC 5005952-87.2019.4.04.7200, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 02/06/2020, TERCEIRA TURMA). (destacamos)

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRAZO PRESCRICIONAL. PENA DE SUSPENSÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO BIENAL PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 142 DA LEI 8.112/90). INSTAURAÇÃO DE PAD. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. REINÍCIO APÓS 140 DIAS. PEDIDO DE EXONERAÇÃO PELO SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

[...]

4. No PAD em causa, aplicou-se a pena de suspensão de 45 (quarenta e cinco) dias, convertida em destituição de cargo em comissão.

5. Não poderia a parte autora ter sido exonerada do cargo que ocupava na data do cometimento da infração disciplinar, uma vez que há a vedação legal da exoneração a pedido enquanto não concluído o processo administrativo disciplinar a que responda, de acordo com o art. 172 da Lei nº 8.112/90.

6. Ainda que a finalidade específica de aplicação de penalidade possa resultar prejudicada pelo afastamento voluntário do servidor (pedido de exoneração), restam outros fins a serem alcançados pela investigação na esfera administrava, qual seja, a possibilidade de conversão da exoneração

em demissão por interesse público, impossibilitando a impetrante de nova investidura em cargo público federal pelo prazo de cinco anos, nos moldes do art. 137 da Lei n. 8.112/90. (REsp n. 1.186.908/SP, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4/11/2010, DJe de 11/11/2010.)

[...]

8. Apelação improvida

(TRF-1 - AC: 00706645120154013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MORAIS DA ROCHA, Data de Julgamento: 31/08/2022, 1ª Turma, Data de Publicação: PJe 31/08/2022 PAG PJe 31/08/2022 PAG). (grifos acrescidos)

23. Em acréscimo, destaca-se que, apesar de o parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/1990 ter sido declarado inconstitucional^[5], **o caput do mencionado artigo continua em vigor.**

24. Inclusive, acerca dos efeitos decorrentes da aplicação da respectiva penalidade de demissão, vale registrar que a Advocacia-Geral da União, por meio PARECER Nº 00001/2023/CNPAD/DECOR/CGU/AGU (Seq. 737 – NUP 00688.000720/2019- 10), exarado por esta CNPAD/CGU, aprovado por DESPACHO DO MINISTRO CHEFE DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO Nº 054 (Seq. 742 – NUP 00688.000720/2019-10), explicitou o entendimento no sentido de que quaisquer demissões decorrentes de processo administrativo disciplinar incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, conforme se verifica na Ementa do mencionado opinativo, nestes termos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DECORRENTE DE PAD. PRAZO DE INCOMPATIBILIDADE DO EX-SERVIDOR PARA NOVA INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO FEDERAL. ART. 137 DA LEI Nº 8.112, DE 1990. ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA “O”, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64, DE 1990. ART. 5º, INCISO II, DA LEI Nº 8.112, DE 1990. TEORIA DO “DIÁLOGO DAS FONTES”. APLICAÇÃO CONJUNTA E HARMÔNICA DAS NORMAS. INCIDÊNCIA DO PRAZO DE OITO ANOS. OBSERVÂNCIA AO ENTENDIMENTO EXARADO PELO STF NA ADI Nº 2975.

1. O ordenamento jurídico pátrio possui, em plena vigência, o artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990, o qual instituiu inelegibilidade aos que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos.

2. Via de consequência, os demitidos do serviço público após processo administrativo disciplinar não poderão tomar posse em novo cargo público pelo mesmo prazo de oito anos, pois o artigo 5º, inciso II, da Lei nº. 8.112, de 1990, impõe o pleno gozo dos direitos políticos pelo cidadão, como condição para investidura em cargos públicos.

3. O artigo 1º, I, "o", da Lei Complementar nº. 64, de 1990, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 137 da Lei n.º. 8.112, de 1990, sem se olvidar do entendimento exarado pelo STF nos autos da ADI nº 2975, em que se estabeleceu, aos casos preceituados no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, a aplicação do prazo de, no mínimo, cinco anos, previsto no caput do mencionado artigo, de proibição de retorno ao serviço público aos demitidos pelas respectivas infrações.

4. Aplicando-se os dispositivos conjuntamente, há uma interseção entre os prazos, e, assim, os oito anos são aplicados para todas as demissões do serviço público, em decorrência do requisito de investidura em cargo público constante do artigo 5º, II, da Lei nº. 8.112, de 1990.

5. Assim, na prática, **quaisquer demissões decorrentes de processo administrativo disciplinar incompatibiliza o ex-servidor para nova**

investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea “o”, da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990. (grifamos)

25. Assim, evidente o interesse da Administração Pública em manter a apuração do fato ainda que o servidor acusado não esteja mais no respectivo cargo efetivo, tendo em vista que a aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado do cargo efetivo tem o condão de produzir os respectivos efeitos legais.

26. Aliás, é bastante comum ocorrer de a Administração Pública aplicar mais de uma penalidade de demissão em face do mesmo servidor público em processos diferentes e por fatos distintos.

27. Até porque, se, por exemplo, um dos processos administrativos disciplinares for, eventualmente, anulado pelo Poder Judiciário, o outro processo administrativo disciplinar, com a respectiva penalidade de demissão aplicada, poderá surtir, normalmente, os seus respectivos efeitos.

28. Além disso, deve-se atribuir as consequências secundárias da aplicação da respectiva penalidade em cada processo administrativo, de modo que a penalidade deve ser registrada e aplicada^[6].

29. Em adição, a penalidade pode ser considerada para fins de “reincidência” em outro PAD que tenha sido instaurado contra o servidor ou, até mesmo, para efeito de reincidência no caso de reingresso no serviço público, conforme mencionado na jurisprudência do STJ supracitada.

30. Com isso, vê-se que **o servidor público efetivo que pede exoneração pode ser, posteriormente, demitido, devendo a penalidade de demissão ser registrada e ter as consequências que a lei prevê**, notadamente, a de impedir o retorno imediato a outros cargos públicos e, dependendo dos motivos, a indisponibilidade dos bens e a obrigação de ressarcir ao erário (art. 136 da Lei 8.112/90).

31. Logo, na hipótese em apreço, a penalidade a ser aplicada é a de demissão, com a preservação do respectivo ato de exoneração, não havendo que se falar em conversão da exoneração em demissão, conversão essa que sequer possui previsão legal.

32. Portanto, apresenta-se juridicamente viável a aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, devendo haver, nesse caso, a preservação do ato de exoneração, cumulada com a realização do registro da penalidade de demissão nos assentamentos funcionais, a fim de que surta os devidos efeitos legais.

33. Avançando, por conseguinte, mostra-se oportuno **propor a revisão parcial do PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, especificamente, no ponto que externou, na hipótese nele prevista (“se ficar definido que o pedido desta visava afastar a aplicação de eventual penalidade”), a possibilidade de eventual anulação do ato de exoneração, em caso de aplicação da penalidade de demissão em face de ex-servidor público exonerado**, senão vejamos no trecho grifado da ementa do referido opinativo:

[...]

2 – A Administração Federal poderá recusar o pedido de exoneração quando em apuração os fatos irregulares praticados pelo servidor (art. 172, da Lei nº 8.112/90) ou, se já exonerado, anular o referido ato, se ficar definido que o pedido desta visava afastar a aplicação de eventual penalidade, pois se entende que o ato de exoneração é eivado de nulidade, sendo cabível a sua anulação e a respectiva punição do servidor, respeitado o devido processo legal.

[...] (grifamos)

34. Isso porque, vê-se, neste momento, que não há fundamentação jurídica robusta para embasar a tese de anulação do ato de exoneração, notadamente se considerarmos que o ato de exoneração, em tese, consubstancia um ato jurídico perfeito, frisando-se, inclusive, que devem ser preservados os respectivos efeitos jurídicos decorrentes do ato de exoneração em tela.

35. Além disso, enquanto o PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU entendeu que a anulação do ato de exoneração poderia ocorrer se ficasse definido que o pedido de exoneração visava a afastar a aplicação de eventual penalidade, vale dizer que, na verdade, a aplicação da penalidade de demissão, com a preservação do respectivo ato de exoneração, deve ser efetivada independentemente de ter havido, ou não, uma exoneração prévia com o intuito de se esquivar de uma suposta penalidade administrativa.

36. Assim, propõe-se a revisão parcial do PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, especificamente, no ponto que externou, na hipótese nele prevista, a possibilidade de eventual anulação do ato de exoneração, em caso de aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo.

37. Ademais, caso o respectivo sistema utilizado na Administração Pública Federal não viabilize o registro adicional da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, sugere-se que o órgão setorial de pessoal civil informe esse fato ao órgão central, para que se providenciem os ajustes e atualizações necessárias no sistema, a fim de comportar a presente hipótese, posto que juridicamente viável.

III – CONCLUSÃO:

38. Ante o exposto, conclui-se que há viabilidade jurídica de se aplicar a penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, devendo haver, nesse caso, a preservação do ato de exoneração, cumulada com a realização do registro da penalidade de demissão nos assentamentos funcionais, a fim de que surta os devidos efeitos legais.

39. Com isso, propõe-se a revisão parcial de entendimento insculpido no PARECER Nº 02/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, especificamente, no ponto que externou, na hipótese nele prevista, a possibilidade de eventual anulação do ato de exoneração, em caso de aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo.

40. Por fim, caso o respectivo sistema utilizado na Administração Pública Federal não viabilize o registro adicional da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, sugere-se que o órgão setorial de pessoal civil informe esse fato ao órgão central, para que se providenciem os ajustes e atualizações necessárias no sistema, a fim de comportar a presente hipótese, posto que juridicamente viável.

41. Sendo assim, propõe-se a edição do seguinte Enunciado da CNPAD:

Apresenta-se juridicamente viável a aplicação da penalidade de demissão em face de servidor público exonerado de cargo efetivo, devendo haver, nesse caso, a preservação do ato de exoneração, cumulada com a realização do registro da penalidade de demissão nos assentamentos funcionais, a fim de que surta os devidos efeitos legais.

À consideração superior.

Brasília, 02 de julho de 2024.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
Procurador Federal Relator

De acordo com o Relator:

ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES
Advogada da União

BRUNO MEDEIROS BASTOS
Procurador Federal

DEBORA VASTI DA SILVA DO BONFIM DENYS
Procuradora Federal

GUILHERME RASO MARQUES
Procurador da Fazenda Nacional

JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO
Advogado da União

JULIANA DE MELLO SANTANA
Procuradora Federal

LUZIA FONSECA AZEVEDO
Procuradora da Fazenda Nacional

NEIDE MARCOS DA SILVA
Advogada da União

RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO
Advogado da União

RENATO DO REGO VALENÇA
Advogado da União

[1] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-16/francae-brunelli-decisao-adi-6591-consequencias/>

[2] Art. 2º, inciso I, c/c art. 4º, inciso I, ambos do Decreto nº 5480, de 30 de junho de 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5480.htm

[3] Controladoria-Geral da União. Manual de Processo administrativo disciplinar. 2022, p. 24.

[4] Moraes, Roberto Inácio, Consultor Jurídico, 2011, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-27/pad-instaurado-servidor-exonerado-pedido#:~:text=Ademais%2C%20a%20exonera%C3%A7%C3%A3o%20pode%20ser,exonera%C3%A7%C3%A3o%20ou%20a%20aposentadoria%20-> acesso em 18 de abril de 2023.

[5] Decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2975 declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, com determinação do encaminhamento da matéria ao Congresso Nacional, para deliberação sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público na hipótese de demissão por infração ao art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

[6] Neste sentido ver Alves, Léo da Silva in A possibilidade jurídica de demitir quem já foi demitido (<https://jus.com.br/artigos/8788/a-possibilidade-juridica-de-demitir-quem-ja-foi-demitido> acesso em 18 de abril de 2023)

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 11-07-2024 10:01. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 11-07-2024 09:59. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-07-2024 11:13. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-07-2024 09:28. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-07-2024 19:22. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br).

Data e Hora: 09-07-2024 15:35. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 09-07-2024 15:14. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 05-07-2024 14:41. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-07-2024 13:12. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1

Documento assinado eletronicamente por ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-07-2024 16:54. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-07-2024 08:32. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1545693312 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 02-07-2024 17:53. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1

9 - GRADAÇÃO DA PENA

Assuntos abordados neste Parecer: Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Descumprimento do dever de promover imediata apuração. Desídia e inobservância de norma.

PARECER AGU Nº GQ-127

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo. Em 26.6.97”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 25000.015495/94-47

ORIGEM: Ministério da Saúde

ASSUNTO: Apuração de responsabilidade administrativa de servidores em exercício na Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-5/97, de 27 de maio de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 26 de junho de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-5/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-127)

EMENTA: Nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112, de 1990, podem justificar punição mais grave.

PARECER

Denúncias de irregularidades, perpetradas na Secretaria de Vigilância Sanitária, veicularam nos meios de comunicação ou foram apresentadas à direção superior do Ministério da Saúde, advindo, daí, a instauração do presente processo disciplinar, que proporcionou a responsabilização dos seguintes indiciados, após a apuração dos ilícitos que lhes foram imputados, no relatório final (fls. 1.513 a 1.569):

“1 - (...) omitiu-se em comunicar ao Ministro de Estado as denúncias a este endereçadas, em apurá-las e em fornecer informações a uma comissão a respeito das mesmas irregularidades. Penalidade: destituição de cargo em comissão;

2 - (...) exerceu atividade incompatível com o cargo de Secretário de Vigilância Sanitária. Penalidade: destituição de cargo em comissão;

3 - (...) obistou a publicação do registro de produtos analisados e aprovados com observância das normas pertinentes; omitiu-se na apuração de irregularidade consistente na publicação de saneante e de diversos produtos alimentícios, sem análise técnica; e recebeu vantagem em razão

do exercício de suas atribuições. Penalidade: conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão;

4 - (...) autorizou irregularmente a aquisição de passagens aéreas e o pagamento de diárias e firmou declaração consignando irreal análise e aprovação de produtos. Penalidade: destituição de cargo em comissão;

5 - (...) recebeu vantagem em razão do exercício do cargo. Penalidade: conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão;

6 - (...) assinou guias de retirada de documentos, de forma a ficar recôndita sua identidade. Penalidade: suspensão por quarenta dias.”

2. A Consultoria Jurídica do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado anuiu à aplicação das penalidades a (...) e a (...); todavia, em relação aos demais indiciados, assim concluiu (Parecer Conjur/MARE nº 296/95 - fls. 1.613 a 1.668):

“a) - (...) inflição da penalidade de advertência, dado que o indiciado não teria incorrido em desídia, mas apenas inobservou o disposto nos arts. 116, incisos I e IV, e 117, item IV, da Lei nº 8.112, de 1990;

b) - (...) não teria sido configurada a desídia. Entretanto, referido pronunciamento é silente a respeito da inflição de penalidade. A proposta de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão está consignada na E.M. nº 126/MARE, de 16 de agosto de 1996, do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (fls. 1.670/1.671);

c) - (...) haveria de ser apenada com advertência, não fosse sua aposentadoria, considerando que a transgressão dos itens I, III e IX do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, ensejaria essa punição;

d) - (...) a penalidade de advertência seria cabível, uma vez que restou apurado o descumprimento dos deveres a que se referem os itens I, II, III e IX do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990.”

3. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República comungou no entendimento do MARE, com exceção da penalidade alvitada para destituição de cargo em comissão, uma vez que os dispositivos transgredidos ensejariam apenas a suspensão (Nota nº 4231/96/SAJ/PR-CZ, de 20/12/96). Impende observar que, nos casos de transgressões a que se comina a penalidade de suspensão, por força de comando expreso do art. 135 da Lei nº 8.112, inflige-se a destituição de cargo em comissão, desde que este seja desempenhado por quem não possui vinculação efetiva.

4. É indene de dúvidas que o MARE e a Subchefia para Assuntos Jurídicos reconhecem a materialidade dos ilícitos e as respectivas autorias. O dissenso é pertinente, tão-só, à tipificação de ilícitos e à graduação de penalidades.

5. Na maneira de pensar da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, à exceção de (...) e de (...), a quem propõe a punição de advertência, os demais indiciados devem ser absolvidos, porque as infrações que lhes foram imputadas não teriam sido caracterizadas (Parecer CJ nº 38/96 - fls. 1.680 a 1.704).

6. O colegiado apurou as graves irregularidades de maneira satisfatória e com imparcialidade, determinando as infrações e as respectivas autorias. É caso típico de compulsório acatamento do relatório da c.i, estatuído pelo art. 168, *caput*, da Lei nº 8.112, de 1990.

7. Os tipos das condutas delituosas dos indiciados, ligados aos deveres e proibições, não impedem a aplicação de punições mais graves que as previstas em lei, como regra geral

(arts. 129 e 130 da Lei nº 8.112), em vista da gravidade da infração e suas repercussões para a Administração.

8. Assim é que a apenação do servidor faltoso é compulsória e pode ser agravada pela autoridade julgadora, *de lege lata*, pois o art. 128 da Lei nº 8.112 estabelece que, na *“aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”*. A Lei impõe à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, mas, tão-só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o fito de descaracterizar o ilícito administrativo ou de amenizar indevidamente a punição, sob o pretexto singelo de que somente teriam sido inobservados deveres ou transgredidas proibições.

9. Autoriza pena mais grave que a advertência, com o seguinte jaez, o próprio art. 129 da Lei nº 8.112, cuja positividade foi invocada como único motivo para justificar a aplicação da penalidade apenas de advertência a (...), a (...) e a (...):

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

10. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, verbis:

“Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a Administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128.” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220).

11. A regra contida no art. 128, aludido no item anterior, induziu Rigolin à meditação de que a *“gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram. Levam-se em conta também, para aquilatar a penalidade mais adequada a cada infração cometida, circunstâncias que agravem ou que atenuem a punibilidade do servidor infrator, sem cujo exame não poderia restar justa e imparcial a aplicação de qualquer penalidade... Apenas do necessário exame conjunto e do confronto de todos esses elementos poderá a Administração enquadrar seu servidor em algum tipo penal da L. 8.112, bem como ter os primeiros parâmetros ao procedimento punitivo que lhe deve aplicar”*. (Op. cit, pp. 219/220).

12. O exame do contexto dos autos imprime a convicção de que a gravidade, as conseqüências para a moralidade administrativa e o teor das infrações, enumeradas no relatório final e no primeiro item deste expediente, justificam a conclusão da c.i, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas. Apenação é mera e inevitável decorrência das regras inseridas na Lei nº 8.112, inclusive o art. 168, mormente em se considerado que a comissão vivenciou a apuração das faltas disciplinares e, destarte, tinha as melhores condições para aquilatar sua veracidade com maior exatidão.

13. Os fatos, versados no processo disciplinar sob comento, são graves e extrapolaram o âmbito do Ministério da Saúde, com repercussões nos meios de comunicação, na Secretaria

de Assuntos Estratégicos e na Presidência da República, conforme inclusive se verifica da Nota nº 40/94, de 31 de agosto de 1994, endereçada ao Presidente da República pelo então Ministro de Estado da Saúde (fls. 264/269) e das declarações prestadas por (...) (fls. 215/220 e 461/463).

14. É inconteste que (...) e (...) omitiram-se em não promover a apuração imediata das irregularidades de que tinham ciência, como o determina o art. 143 da Lei nº 8.112, além das outras infrações especificadas no primeiro item deste parecer.

15. Não obstante afigurar-se louvável o zelo demonstrado pelos Órgãos jurídicos do MARE e do Ministério da Saúde, no que alude à particularidade de as transgressões cometidas por (...) e (...) (omissão em promover a apuração de irregularidades) não caracterizariam a desídia, porquanto essa falta pressupõe pluralidade de atos, é oportuno ponderar o posicionamento de doutrinadores consistente em admitir a viabilidade de uma única conduta funcional configurar essa falta. A seguir, são reproduzidas algumas opiniões doutrinárias que corroboram essa linha de raciocínio, *verbis*:

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o *desleixo*, a *desatenção*, a *indolência*, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento.” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4).

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (Valentim Carrion - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3).

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do electricista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no

trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial." (Mozart Victor Russomano - *Comentários à CLT*, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561).

16. Especificamente quanto à transgressão do disposto no art. 143 da Lei nº 8.112, Ivan Barbosa Rigolin externa sua opinião de que a *"inércia, a inação da autoridade, a sua omissão, quando ciente de fatos graves envolvendo servidores ou o serviço, poderá acarretar-lhe mesmo o enquadramento no tipo previsto no art. 117, XV, da L. 8.112, qual seja proceder de forma desidiosa; tal significa omitir-se ou neglienciar na defesa dos interesses que lhe compete administrar. Desse enquadramento, em um processo disciplinar, podem, naturalmente, resultar graves conseqüências àquela autoridade"* (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 244).

17. Todavia, esse tratadista examinou a viabilidade da incidência do disposto no art. 117, XV, combinado com o art. 116, III, da Lei nº 8.112, e entendeu que o *"inciso XV é de uma generalidade tão evasiva e difusa que não tem o menor cunho de praticidade, nem com isso a menor exeqüibilidade objetiva. O que para um julgador é desídia é para outro estrito cumprimento do dever. Apenas casos extremos serão, na hipótese, apenados ou investigados com detenção"* (Op. cit, p. 561).

18. Porque a inobservância de norma interna da Administração exige se adotem providências, previstas em lei, para que seja determinada a verdade dos fatos e, em decorrência, restabelecida a ordem social, o art. 143 da Lei nº 8.112 atribui à autoridade administrativa o poder-dever de efetivar, sem delongas, a apuração de irregularidade de que seja cientificada, mediante sindicância ou processo disciplinar. Não o fazendo, incorre no crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal). Assim o entendimento de Hely Lopes Meirelles, pois opina que no *"campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações"* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: 20ª ed, 1995, p. 416).

19. No pronunciamento de fls. 1.680/1.704, não se logrou o intento nele almejado, isto é, demonstrar a descaracterização das faltas imputadas aos indiciados, no caso, por isso que

foram suscitados aspectos baseados em meras idealizações, em suposições e em fundamentações jurídicas inadequadas ao regramento da tipificação de infrações, apuradas satisfatoriamente pela comissão processante. Referido entendimento é ineficaz no seu escopo de elidir a culpabilidade, que exsurge das provas coligidas.

20. Pelo que se expendeu, pode-se concluir que os ilícitos relacionados no primeiro item deste expediente, as circunstâncias em que foram praticados e as consequências deles advindas induzem às seguintes apenações, sugeridas pela c.i, com supedâneo nos arts. 128; 129, *in fine*; e 135, todos da Lei nº 8.112, porque, como asseverado, descumpriram os deveres e violaram as proibições, que se seguem:

- a) penalidade de destituição de cargo em comissão - art. 116, incisos II, III e VI;
- b) destituição de cargo em comissão - art. 117, item XVIII;
- c) conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão - arts. 116, item III, e 117, item XII;
- d) destituição de cargo em comissão - art. 116, incisos II e III;
- e) conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão - art. 117, item XII;
- f) suspensão por quarenta dias - art. 116, item II.

21. Caso tenha sido efetuada a exoneração dos servidores a quem se recomenda a aplicação da penalidade de destituição de cargo em comissão, a primeira deverá ser convertida na última (art. 135, parágrafo único, da Lei nº 8.112).

Sub censura.

Brasília, 27 de maio de 1997.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Incoerência na conclusão por cometimento de desídia e aplicação de suspensão. Não caracterização de desídia. Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Enquadramentos múltiplos apenas havendo irregularidades independentes.

PARECER AGU Nº GQ-140

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 19.2.98”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº 35011001053/94-20

ORIGEM: Ministério da Previdência e Assistência Social

ASSUNTO: Aplicação de penalidades a servidores.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-4/98, de 03 de fevereiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 19 de fevereiro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-4/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-140)

EMENTA: Não se caracteriza o procedimento desidioso quando o servidor, ao afastar-se do serviço, durante o horário normal de expediente, com o intuito de preservar o normal atendimento aos segurados, assina fichas de concessão de benefícios previdenciários, sem o necessário preenchimento. O ato punitivo é fundamentado num só dispositivo legal nos casos de infração singular e de as plurais possuírem as mesmas características. Impõe-se a fundamentação múltipla na hipótese em que os fatos ilícitos apresentem diferenciação em suas conotações intrínsecas.

PARECER

No presente processo disciplinar, a comissão de inquérito, designada para apurar irregularidades constadas na Superintendência do Instituto Nacional do Seguro Social, no Estado do Amazonas, responsabilizou os seguintes servidores, ocupantes do cargo de Agente Administrativo do quadro permanente da mesma entidade:

a - (...), a ser apenado com a demissão, posto que ficou comprovado ser o *“autor intelectual ativo da ação fraudulenta que resultou em prejuízo aos cofres da Instituição, pelo recebimento ilícito de benefícios, como falso Procurador de beneficiárias anteriormente citadas, com flagrante violação à Lei nº 8.112/90”* (f. 12 do relatório final);

b - (...), em relação ao qual é proposta a inflição da penalidade de suspensão, porque, nas oportunidades em que se ausentava da repartição, onde exercia a função de confiança de Chefe do Posto São José, do quadro permanente do INSS, *“assinava documentos em branco”*, ensejando a *“ação fraudulenta perpetrada contra o INSS/AM, pelo acusado (...)”*, afastada a hipótese do conluio. Destarte, teria infringido o disposto nos arts. 116, I e III (deveres de exercício das atribuições com zelo e dedicação e de observância de normas

legais e regulamentares), e 117, XV (proibição de o servidor proceder de forma desidiosa), um e outro da Lei nº 8.112, de 1990.

2. A Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social anuiu à punição do primeiro indiciado, todavia divergiu da suspensão alvitrada quanto ao último, sob a justificativa de que o colegiado *“reconhece que o citado servidor no exercício de suas atribuições deu causa à ação fraudulenta que resultou em grande prejuízo aos cofres do Instituto. Ainda, não há nos autos nenhuma circunstância que atenuie a penalidade do servidor, de demissão para suspensão, motivo pelo qual, discordamos da aplicação da penalidade de suspensão do servidor (...) por ser inadequada a gravidade dos ilícitos praticados pelo servidor, devendo-se ser aplicada a pena de demissão”*

3. Dessa maneira de pensar divergiu a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, na Nota SAJ nº 3311/97 - LR, dado que:

“No tocante ao servidor (...), data venia, entendemos que não há provas nos autos que nos autorize concluir pela participação do referido servidor nas irregularidades ocorridas no Posto São José. Sem dúvida, cometeu falta por não ter exercido com zelo e dedicação as atribuições do cargo, esta falta não tem os elementos caracterizadores da desídia. Extrai-se dos autos que o referido servidor ocupava o cargo de Chefe do Posto São José, não tinha substituto e o referido Posto funcionava com precariedade de servidores. Precisando ausentar-se, até mesmo para atender chamado da Administração, tinha duas alternativas: fechar o Posto, com enorme prejuízo ao atendimento do público, pessoas humildes, que vinham de lugares distantes, velhos e doentes, ou deixar fichas assinadas em branco para o preenchimento pelos servidores encarregados desses atendimentos. Procedimento correto? Obviamente, não. Desídia? Também, não.

Para caracterizar a desídia, precisamos, pelos menos, de indícios de má fé, de imprudência e de negligência, o que não ocorreu, até mesmo porque as fichas em branco não eram deixadas em quaisquer lugares, sobre mesas, balcões, etc. Estas fichas eram deixadas em sua sala, ao qual tinham acesso os servidores em quem confiava e que, à proporção que precisavam, estritamente para a execução dos serviços, esse era o destino das fichas, deveriam pegá-las para que o serviço não sofresse solução de continuidade em suas constantes ausências. Não imaginou que, entre os servidores que o auxiliavam, estava uma pessoa desonesta, capaz de falsificar carteira de identidade e preencher as fichas irregularmente.

Colhe-se da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

‘desídia é modalidade faltosa que necessita da observação do modo de proceder do empregado ao longo do tempo que passa ser caracterizada, (Acórdão nº 2698; Decisão: 09.06.1994; Tipo: RR nº 55736; Turma: 03; Região: 02; UF: SP). O ato faltoso praticado por empregada sem má-fé não implica em justa causa para a sua despedida. Embargos providos, para restabelecer a decisão regional, que não constitui dosagem de pena, mas o não reconhecimento da gravidade capaz de configurar a justa causa de desídia’. (Acórdão nº 207; Decisão: 03.03.1988; Tipo: ERR nº 5000; Ano: 1982; Turma: TP; UF: RJ)

A Comissão de Inquérito, em seu Relatório, reconhece que o autor da ação fraudulenta é o servidor (...) e que é imperioso ressaltar a inexistência de provas que incrimine o servidor (...) como autor ou co-autor da fraude - recebimento de benefícios como Procurador. Entendemos, igualmente, que não há provas nos autos que fundamente a penalidade de demissão que, aliás, não foi pedida pela Comissão, mas a suspensão, prevista no inciso II,

do art. 127. Ininteligivelmente, porém, o enquadra no inciso XV, do art. 117 (proceder de forma desidiosa), sem, todavia, pedir sua demissão. Por todo o exposto, e com fundamento nos arts. 128, e 168, e seu parágrafo único, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, opinamos pelo abrandamento da penalidade sugerida pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, aplicando-se ao servidor a penalidade de suspensão por 60 (sessenta) dias.”

4. Denota-se que o dissenso justificador do encaminhamento dos autos a esta Instituição (Aviso nº 6, de 5/1/98, da Casa Civil da Presidência da República) prende-se à graduação da penalidade a aplicar-se a (...), em decorrência de haver assinado fichas de concessão de benefícios não preenchidas previamente, quando ausentou-se da repartição.

5. A penação do servidor faltoso é compulsória e pode ser agravada pela autoridade julgadora, *de lege lata*, pois o art. 128 da Lei nº 8.112 estabelece que, na “*aplicação das penalidades, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais*”. A Lei impõe à autoridade que, na oportunidade do julgamento, observe esses aspectos, mas, tão-só, para, num juízo de valor, graduar a penalidade. Extrapolaria o sentido e o alcance do regramento da matéria considerar esses aspectos com o fito de descaracterizar o ilícito administrativo ou de amenizar indevidamente a punição, sob o pretexto singelo de que somente teriam sido inobservados deveres ou transgredidas proibições.

6. Autoriza pena mais grave que a advertência (*ex vi legis*, é aplicável no caso de o servidor não respeitar seus deveres, como ocorreu na espécie), com o seguinte jaez, o art. 129 da Lei nº 8.112:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

7. Assim Ivan Barbosa Rigolin expressou sua opinião a respeito da inteligência do transcrito art. 129, *verbis*:

“Prescreve ainda o artigo que, caso deixe de observar dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, será o servidor advertido, quando aquela falta não determine imposição de penalidade mais grave. Quem decide se cabe ou não pena mais grave é evidentemente a Administração, por suas autoridades competentes a cada caso, e conforme o critério estabelecido no art. 128.” (*Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1992, p. 220*).

8. A regra contida no art. 128, aludido no item anterior, induziu Rigolin à meditação de que a “*gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram. Levam-se em conta também, para aquilatar a penalidade mais adequada a cada infração cometida, circunstâncias que agravem ou que atenuem a punibilidade do servidor infrator, sem cujo exame não poderia restar justa e imparcial a aplicação de qualquer penalidade ... Apenas do necessário exame conjunto e do confronto de todos esses elementos poderá a Administração enquadrar seu servidor em algum tipo penal da L. 8.112, bem como ter os primeiros parâmetros ao procedimento punitivo que lhe deve aplicar*”.

9. O exame do contexto dos autos e a apreciação da atuação de (...), com suas consequências funcionais, efetuada pela Subchefia para Assuntos Jurídicos, justificam se agrave a penalidade de advertência, como alvitado pela c.i, que logrou comprovar e especificar os fatos, com indicação das correspondentes provas.

10. A particularidade das infrações imputadas a esse indiciado não tem o condão de caracterizar a desídia, por isso que destoante do seu conceito, conforme se verifica de opiniões doutrinárias que, a seguir, são reproduzidas:

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o *desleixo*, a *desatenção*, a *indolência*, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento.” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4).

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (Valentim Carrion - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3).

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do electricista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia

indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial." (*Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561*).

11. Em assinando as fichas de concessão de benefícios, sem o seu prévio preenchimento, o indiciado descumpriu normas (art. 116, III, da Lei nº 8.112), mas com o objetivo de obstar prejuízo ao regular andamento dos serviços de atendimento aos segurados da Previdência Social. É conduta insuscetível de configurar a desídia.

12. Concluindo, tem-se a imperatividade da edição de ato:

a) de demissão de (...), com suporte no art. 132, X, da Lei nº 8.112, por haver praticado lesão aos cofres públicos. Embora haja pluralidade de fatos delituosos são eles da mesma natureza, motivo por que será uma só a base da penalidade. Seria efetuada a múltipla fundamentação se as infrações fossem diferenciadas nas suas características;

b) de suspensão de (...), por sessenta dias, com apoio nos arts. 116, III, e 129, *in fine*, ambos os dois da Lei nº 8.112. A suspensão aplicada e convertida em multa pelo Superintendente do INSS, no Estado do Amazonas, deverá ser declarada nula pela unidade de recursos humanos daquela Autarquia, em vista da competência do Presidente da República para proceder ao julgamento do presente processo disciplinar, atribuída pelo art. 167, § 2º, da Lei nº 8.112.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar penalidade de demissão.)

Sub censura.

Brasília, 3 de fevereiro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Afastamento da pena de demissão em conduta negligente. Desídia. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena.

PARECER AGU Nº GQ-141

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 5.3.98”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 21000.002686/96-41

ORIGEM: Ministério da Agricultura, do Abastecimento e da Reforma Agrária

ASSUNTO: Aplicação de penalidade a servidores.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-6/98, de 25 de fevereiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 5 de março de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-6/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-141)

EMENTA: Configurada a infração disciplinar, a apenação torna-se compulsória.

PARECR

Mediante processo disciplinar, foram apuradas irregularidades concernentes a folhas de pagamento elaboradas na Delegacia Federal de Agricultura em Alagoas, responsabilizando-se os servidores (...) e (...), ambos pertencentes ao quadro permanente do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, aos quais a comissão apuradora sugeriu a aplicação da penalidade de demissão.

2. A Consultoria Jurídica da referida Secretaria de Estado anuiu à expulsão de (...), todavia propugnou a suspensão de (...), por noventa dias, atenuação esta de que dissentiu a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, alvitando a instauração de outro processo, a fim de melhor averiguar os fatos. Essa divergência justificou o encaminhamento dos presentes autos ao descortino desta Advocacia-Geral da União (Aviso nº 5, de 5 de janeiro de 1998, da Casa Civil).

3. Em síntese, a Consultoria Jurídica expendeu as considerações finais de sua proposição, com o seguinte jaez (Parecer CJA/CJ nº 1/97, fls. 633 a 649), após enfocar o valor probante dos elementos de convicção ligados à retenção temporária e não recolhimento de dinheiro ao Erário, entregue à indiciada por servidora a quem foi efetuado pagamento indevido:

“No nosso modo de entender, se os fatos resumiram-se em contradições e se a Comissão não conseguiu extrair a verdade dentre as suspeitas pesquisadas, há que ser levado em conta somente o que se conseguiu comprovar, pois é a prova que conduz ao julgamento perfeito. Portanto, neste caso, inexistem provas suficientemente capazes de revelar com quem está toda a verdade, condição imprescindível para caracterizar a

desonestidade, abuso, fraude ou má-fé da servidora (...), (improbidade administrativa), conforme sugeriu o colegiado inquisitorial.

Como bem salienta José Armando da Costa, in Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar, 2ª edição, pág. 93, na apuração do ilícito disciplinar ‘... devem os promotores da apuração dos fatos não somente se convencer a respeito da ocorrência funcional como também instruir tais procedimentos com meios probantes capazes de transmitirem essa convicção para a autoridade detentora do poder disciplinar que irá julgar o caso’ e prossegue: ‘... esse transportamento de certeza e convencimento é feito por intermédio dos elementos comprobatórios que tenham sido carreados para os autos do procedimento apuratório’.

Necessário enfatizar, contudo, que as irregularidades ocorridas colaboraram para robustecer a certeza de que houve desídia, negligência, por parte de (...) no cumprimento de suas obrigações, como bem concluiu a Comissão. No entanto, a própria Comissão processante releva o fato quando reconhece que o pessoal do Setor de Recursos Humanos da DFA/AL não estava inteiramente apto a realizar as tarefas de seu mister, ao sugerir em seu Relatório Final que a CRH ‘... envie esforços no sentido de promover cursos de treinamento e reciclagem aos servidores que integram a equipe do SRH/DFA/AL...’, conduzindo-nos objetivamente a deduzir que poderia ter havido incompetência e não negligência da servidora responsável pelos erros detectados nas Folhas de Pagamentos na DFA/AL.

Ademais, inquestionavelmente, os servidores beneficiários terão o ônus da reposição do que receberam a maior indevido, de acordo com as disposições dos arts. 46 e 47, da Lei nº 8.112/90, lembrando que aqueles cuja dívida relativa a reposição for superior a cinco vezes o valor de sua remuneração, terão o prazo de sessenta dias para quitar o débito, sob pena de inscrição em dívida ativa. Ora, considerando os aspectos enfocados, opinamos pela desclassificação da pena de demissão, imposta a servidora (...) pela Comissão de Processo Disciplinar, para suspensão por 90 (noventa) dias, como exata e perfeita adequação aos fatos imputados e comprovados, levando-se em conta, inclusive, os antecedentes abonadores de sua vida funcional, aplicando-se a pena expulsória somente ao servidor (...) compatível com a falta cometida, por sua comprovada responsabilidade.”

4. Em resumo, a justeza da suspensão sugerida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento decorre dos seguintes aspectos:

a) as provas seriam insuficientes para *“caracterizar a desonestidade, abuso, fraude ou má-fé da servidora (...), (improbidade administrativa)”*;

b) a c.i. *“reconhece que o pessoal do Setor de Recursos Humanos da DFA/AL não estava inteiramente apto a realizar as tarefas de seu mister”*, onde as irregularidades ocorreram;

c) as importâncias percebidas a maior serão restituídas aos cofres públicos;

d) a indiciada possui antecedentes *“abonadores de sua vida funcional”*.

5. Eis o teor da manifestação da supramencionada Subchefia (v. a Nota SAJ nº 1785/97 - LR, de 24/6/97, complementada pelo despacho de fls. 673 a 674), *verbis*:

“3. No tocante à servidora (...), e ao abrandamento de sua penalidade, proposta pela Consultoria Jurídica do MAARA, assim nos posicionamos:

3.1. A CJ/MAARA fundamenta sua proposta nos argumentos de que a servidora não implantou os pagamentos indevidos em seu próprio benefício

e que a ... 'Comissão processante releva o fato quando reconhece que o pessoal do Setor de Recursos Humanos da DFA/AL não estava inteiramente apto a realizar as tarefas de seu mister, ao sugerir em seu Relatório Final que a CRH ... envide esforços no sentido de promover cursos de treinamento e reciclagem aos servidores que integram a equipe do SRH/DFA/AL..., conduzindo-nos objetivamente a deduzir que poderia ter havido incompetência e não negligência da servidora responsável pelos erros detectados nas Folhas de Pagamentos na DFA/AL'.

3.2. Não obstante esta recomendação, a Comissão não afastou a culpabilidade da servidora e tanto isto é verdade que, após apreciação da defesa, foi mantida a indicição inicial e indicada a penalidade de demissão.

3.3. É certo, todavia, que não resta comprovado se os erros de lançamento foram por incompetência ou negligência, ou seja a Comissão não se debruçou sobre esta hipótese, apesar de ter feito a ressalva acima transcrita. Se incompetência, é de se registrar a temeridade da Administração em ter dado tal encargo a servidor despreparado para tanto, causando prejuízo ao Tesouro Nacional.

3.4. Com muita propriedade, a Assistente Jurídico do MAARA ressalta que a auditoria integrada entre a Ciset, CRH e DFC/AL a ser realizada para averiguar minuciosamente a situação das folhas de pagamento do pessoal ativo, inativo e pensionista da DFA/AL deveria ter precedido à instauração do presente Processo Disciplinar, para respaldar os trabalhos da Comissão processante. Concordamos inteiramente. Assim exposto, entendemos que, em princípio, há que se registrar que a conduta da servidora, em todo o episódio, tem muito de condenável, nenhum dado atenuante, nem excludente de sua culpabilidade. Na falta de elementos suficientes para avaliação exata de sua participação nos fatos objeto do PAD, no sentido de aplicar a penalidade expulsória proposta pela Comissão ou a suspensão proposta pela CJ/MAARA, opinamos que a participação da servidora seja avaliada após a auditoria que deverá ser realizada com a urgência possível. Os indícios são fortes, porém não temos como valorar sua conduta e opinar, sem margem de erro, sobre a punição justa para a servidora. Na dúvida, a favor do réu, mas a Administração tem como analisar melhor os fatos e agir corretamente. O que emerge do exame do processo, e realmente pede levantamento minucioso é que 'a fraude' na folha de pagamento cometida pelo servidor (...), em seu favor, e que é o motivo de sua demissão, neste mesmo PAD, é o 'erro' cometido pela servidora (...), em favor de várias pessoas, por negligência ou incompetência, mas que, também, pode ter sido por má fé. Conforme dissemos, não há elementos excludentes ou atenuantes, capazes nos levar a endossar o parecer da Consultoria Jurídica do MAARA e opinar pelo abrandamento da penalidade sugerida pela Comissão que apurou os fatos, que é a demissão."

6. A nova apuração das faltas disciplinares afigura-se necessária à Subchefia para Assuntos Jurídicos em razão de que:

a) a comissão não exculpou a indiciada, não obstante o Órgão jurídico do aludido Ministério haver sobrelevado o fato de que não resultou em proveito desta a percepção das importâncias auferidas irregularmente e o despreparo intelectual dos servidores em exercício na unidade de recursos humanos, que processava as folhas de pagamento;

b) *"não resta comprovado se os erros de lançamento foram por incompetência ou negligência, ou seja, a Comissão não se debruçou sobre esta hipótese";*

c) *“a conduta da servidora, em todo o episódio, tem muito de condenável, nenhum dado atenuante, nem excludente de sua culpabilidade”;*

d) os elementos probatórios seriam insuficientes para aferir a atuação da indiciada, embora sejam “fortes”.

7. Apóia-se a c.i, para propor a expulsão da referida servidora, nas seguintes infrações, consignadas no termo de indicição de fls. 560/562 e mantidas no relatório final (fls. 610/629):

“- concedeu Gratificação de Desempenho de Atividade de Fiscalização (GDF), a servidores ocupantes dos cargos de agente administrativos, ativos e inativos da DFA/AL (Fls. 13, 14, 192, 295, 468 a 469, 493 a 496; 506 e 507);

- concedeu pagamento da Gratificação de Desempenho de Atividade de Fiscalização (GDF), sem prazo, quatro vezes maior o seu valor mensal, a partir de junho de 1995, a servidor inativo (Fls. 396, 398 a 417 e 507); - concedeu pagamento indevido de vantagem prevista no artigo 184 da Lei nº 1.711, de 28/10/52, a servidora inativa em 1.000% (mil por cento) a mais, a partir de maio de 1995 (Fls. 294 a 296 e 507);

- concedeu pagamento indevido de vantagem prevista no artigo 184, da Lei nº 1.711/52 a servidora aposentada com fundamento legal no artigo 1º da Lei Complementar nº 36/79, e em valores muito superiores a partir de janeiro de 1995 (Fls. 301, 304 a 306, 309 a 310 e 507);

- pagamento de vantagem do artigo 184 da Lei nº 1.711/52 a servidor inativo em valores muito superiores ao que o mesmo faria jus nos meses de janeiro e fevereiro de 1996 (Fls. 331, 507 e 508);

- concessão de pagamento indevido a servidora nos meses de março e abril de 1996 e após orientar incorretamente a servidora quanto ao recolhimento, ficou com o dinheiro, em espécie, em seu poder até o dia 19/06/96, sem proceder ao recolhimento imediato para os cofres públicos (fls. 378, 379, 381, 391, 433 a 434, 455, 504 a 508);

- Admitiu-se ainda, por unanimidade que além de todas estas irregularidades que:

- não analisava sistematicamente a folha de pagamento da DFA/AL, não exercendo o devido controle no setor que chefiava (fls. 504 a 508);

- não efetuou comunicação formal aos seus superiores hierárquicos acerca das irregularidades em seu setor e nem aos servidores que receberam pagamentos indevidos e incorretos (fls. 469, 504 a 508).”

8. A veracidade dessas transgressões é inconteste, admitida pela indiciada no depoimento de fls. 504 a 508 e na defesa (fls. 605/608). Não negam esses fatos, em si, os mencionados Órgãos jurídicos, que, no entanto, suscitaram as atenuantes, especificadas nos itens 3 e 4, e os destaques técnicos, as valorações da conduta da servidora e a insuficiência das provas, adnumerados nos itens 5 e 6, todos deste expediente.

9. Dessume-se que o exame do assunto há de adstringir-se ao aspecto satisfativo das provas, à caracterização da incompetência ou negligência com que se houve a indiciada, sob o ponto de vista funcional, e à graduação da penalidade a ser infligida.

10. A materialidade das infrações exsurge indubitável da apreciação das provas arroladas no termo de indicição e, conforme enfatizado acima, é admitida pela própria indiciada e seu advogado, nessa peça processual e na defesa. É tamanha a expressividade das provas que sua negação não se entenderia compreendida nos limites do senso da razoabilidade.

11. A proposição que fundamenta o alvitre da instauração de novo processo se prende, por certo, à necessidade de determinar se as faltas disciplinares resultaram de incompetência ou de atuação negligente. Com esse desiderato, quanto à efetivação dos pagamentos inexatos, seguem pinçados excertos do depoimento da indiciada, assinalando-se, conforme o caso, a caracterização da negligência ou o aspecto da competência, considerada a última no seu sentido léxico de *“qualidade de quem é capaz de apreciar e resolver certo assunto, fazer determinada coisa”* (Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa):

I - em relação ao valor auferido pela servidora (...), ocorreu que a indiciada, *“como estava com a cabeça ‘a mil’, dada a presença de uma auditoria rotineira da DFC/AL, passou os valores, cujos cálculos havia realizado na máquina calculadora, não observou devidamente e ao invés de colocar o valor devido, colocou tanto para a rubrica/vencimento básico quanto para a Rubrica GAE, R\$ 2.000,00 (dois mil) a mais ... não observou também quando foi para o terminal, o prazo destas alterações colocando prazo 002 ao invés de prazo 001”* (competência). Ainda, a indiciada *“reconhece que não orientou devidamente a servidora (...) quanto as falhas detectadas em seu pagamento; que assume que realmente cometeu irregularidades, falhas no pagamento da Drª (...) e que não se lembrou de repassar-lhe cálculos devidamente corrigidos, quando a servidora fez o recolhimento”* (negligência e competência);

II - no concernente ao caso de (...), a indiciada assere *“que não observou que estava acessando referida gratificação, vez que quando estava trabalhando na tela com a própria (...), fora interrompida pelo servidor (...), ocupante do cargo de Agrônomo, o qual informou a depoente que estava há dois meses sem receber gratificações a que faria jus; como a depoente estava trabalhando com a transação que trata da exclusão, inclusão e alteração de pagamento, não observou, vez que estava naquele momento com a tela fazendo este trabalho na conta da servidora (...), jogou a rubrica da GDF para o pagamento (...), jogando ainda, prazo 001 e 002, o que implica que o pagamento da GDF seria como o foi em duplicidade no mês de janeiro/96 (competência). (...) elucida, ademais, que, a respeito desses pagamentos, “não tomou nenhuma outra providência, buscando orientação junto do Órgão Central ou de quem quer que seja, não fez nada por escrito, nem em relação a informação a ser passada para a servidora (...), nem mesmo formalizou pelos meios normais de comunicação constante no Siape”* (negligência);

III - (...) não soube *“explicar porque havia também erros no pagamento desta servidora (...) e que nunca examinou ou verificou o quanto o salário da mesma estava acima da realidade, principalmente no caso de uma servidora aposentada no cargo de Agente de Portaria”* (competência e negligência);

IV - no tocante a (...), a indiciada *“assume que também cometera um erro quando deixou de observar o prazo a que o mesmo faria jus no mês de maio/95 ... nem mesmo conhece este servidor e nunca o chamou para devolver esta quantia paga irregularmente, porque não analisava os relatórios”* (competência e negligência);

V - justifica (...) que (...) recebeu seus proventos a maior porque, *“quando foi acessar a rubrica específica do artigo 184, da Lei 1.711/52, não colocou que era por prazo determinado e que ao digitar o valor de R\$ 188,44 (cento e oitenta e oito reais e quarenta e quatro centavos), inadvertidamente digitou 1.000% (mil por cento) a mais”* (competência).

12. A negligência funcional é reconhecida na própria defesa, subscrita pela indiciada e seu representante, pois estes asseveram que *“não houve dolo nas irregularidades apuradas, apenas erros por negligência na não conferência dos relatórios”* das folhas de pagamento (fl. 607).

13. Ademais, atuação de (...), como de molde a configurar a negligência, encontra-se evidenciada no relatório final (fl. 626) e no pronunciamento da Consultoria Jurídica do Ministério da Agricultura e do Abastecimento (fl. 647).
14. Dúvida não remanesce de que a servidora portou-se também com desídia, conforme se verifica de opiniões doutrinárias, que, a seguir, são reproduzidas.

“Desídia. Derivado do latim, desídia, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o *desleixo*, a *desatenção*, a *indolência*, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A desídia habitual, equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento.” (De Plácido e Silva - *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4).

“8. Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como desidioso no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por imperícia, negligência e imprudência do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (Valentim Carrion - *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3).

“11. Desidioso é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a desídia se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do eletricitista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - *CLT Comentada*, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326).

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A desídia é a violação desse dever: é a negligência, a imprudência, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da negligência ou da imprudência do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a desídia é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A desídia propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a desídia indeliberada, a desídia culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por negligência ou imprudência. Embora

Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há desídia quando houver negligência, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com desídia (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos da produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a desídia. É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial.” (*Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561*).

15. Em conclusão, tem-se:

a) dúvida inexistente que a indiciada é a autora dos pagamentos indevidos, encontrando-se os fatos satisfatoriamente apurados. Novas irregularidades que porventura venham a ser detectadas, em inspeção a ser efetuada, como se noticia, deverão ser averiguadas em outro processo, não convindo postergar o julgamento das faltas em exame;

b) diversamente da ilação extraída pela c.i, impende esclarecer, a bem da verdade, que a importância paga a maior e entregue à indiciada pela servidora (...), a fim de ser efetuada a restituição, não se reputava dinheiro público, porquanto a reposição persistiu como dever da servidora beneficiada com o pagamento indevido ((...)). O dinheiro a esta continuou pertencendo, embora na posse temporária da indiciada;

c) o colegiado, incumbido de proceder à investigação, realçou o aspecto de que a unidade de recursos humanos, dirigida pela indiciada, carecia do controle desejado, envolvendo “*desde a desatualização dos Cadastros dos servidores até o alheamento de pagamentos indevidos que a própria tinha acessado como usuária cadastrada no Siape*”, condições de funcionamento que, acrescidas do alegado despreparo intelectual dos funcionários, ampliam a possibilidade de erros na execução dos trabalhos e dificultam o controle dos serviços prestados;

d) não se comprovou qualquer conluio da indiciada com o pessoal contemplado com as importâncias pagas a maior;

e) nenhum proveito (...) logrou com os pagamentos irregulares;

f) a Administração, inclusive a própria indiciada, teria assegurado o retorno do dinheiro percebido nos termos supra, por meio das reposições.

16. Aos fatos acima relatados, acresça-se que a servidora, no depoimento e na defesa, em nenhum momento, demonstrou intenção de esquivar-se de, na medida em que lhe foi possível, prestar os esclarecimentos necessários à exata elucidação dos fatos e reconheceu os erros praticados nos lançamentos irregulares. Em certos casos, despendeu esforços no sentido de que os servidores efetivassem a devolução do indébito. O exame dos autos não imprime a convicção de que existiu propósito escuso ou má fé da indiciada, aliás incumbida do desempenho de atribuições complexas (a servidora possui escolaridade de nível médio, apesar de contar cerca de nove anos de trabalho na área de recursos humanos). A unidade por ela chefiada funcionava em condições insatisfatórias, como o evidencia a c.i.

17. Impõe-se a responsabilização administrativa da indiciada, *ex vi* do art. 124 da Lei nº 8.112, de 1990. A valoração dos fatores considerados na graduação da penalidade, quais sejam, “*a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais*”,

conduz à razoabilidade da suspensão sugerida pelo Ministério da Agricultura e do Abastecimento, mas por sessenta dias.

18. O ato de demissão de (...) deverá ser fundamentado no art. 132, X (lesão aos cofres públicos). Incabível a fundamentação múltipla quando o fato ilícito é singular.

Sub censura.

Brasília, 25 de fevereiro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECERES AGU Nº GQ-167 e Nº GQ-183, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER Nº GM-17, no tópico IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

10 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Assuntos abordados neste Parecer: Conceito de improbidade administrativa requer comprovação do dolo do agente. Prescrição.

PARECER AGU Nº GQ-200

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 10.9.99”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 08000.001280/98-35 (Autos principais e cinco apensos)

ORIGEM: Ministério da Justiça

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar que conclui pela demissão e cassação de aposentadoria.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-3/99, de 19 de agosto de 1999, da lavra da Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de setembro de 1999

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-3/99 (Anexo ao Parecer nº GQ-200)

EMENTA: Improbidade administrativa - Conceito - Dolo do agente.

I - Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta.

II - Não provada a improbidade administrativa das servidoras, por convivência com as irregularidades praticadas pela Administração da entidade, não se há de aplicar as penas extremas de demissão às que se encontram na ativa e de cassação de aposentadorias às inativadas.

III - Pelo arquivamento.

I - RELATÓRIO

Com o Aviso nº 1.475, de 5 de novembro de 1998, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República submete à apreciação desta Advocacia-Geral da União o processo administrativo supra indicado, em face de divergência entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e a Subchefia para Assuntos Jurídicos daquela Casa.

2. O Processo Administrativo Disciplinar foi instaurado para apurar irregularidades atribuídas a servidoras da extinta Fundação Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência - CBIA, tendo a Comissão concluído pela proposta de demissão de (..) e (...), ocupantes do cargo de Técnico de Nível Superior, e de cassação da aposentadoria de (...) e (...), ambas aposentadas no cargo de Técnico de Nível Superior.

3. As servidoras, contratadas em 1979, 1981, 1983 e 1984 - sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, optantes pelo FGTS - para empregos, uma delas de nível superior e as demais, de nível médio, são acusadas de ter silenciado quanto ao nível

secundário de sua escolaridade à época da contratação e/ou à época em que, por reestruturação do seu Plano de Cargos, a CBIA, as enquadrrou em 1985 como Técnico de Nível Superior. Segundo consta, a servidora (...) teria ido além e, embora não se exigisse curso superior para o cargo para o qual foi contratada em 1981, declarou possuir o terceiro grau, ciente de que o diploma não tinha validade jurídica, eis que a Faculdade que o expedira não obtivera licença do Ministério da Educação e o curso não fora aprovado, razão por que o diploma não foi registrado. Com o enquadramento, passou a cargo de Técnico de Nível Superior.

4. A possível existência de irregularidades na contratação ou no enquadramento/reenquadramento de empregados teria sido descoberta, por amostragem, em 1994 por ocasião de auditoria realizada na extinta CBIA, tendo a proposta de apuração da real situação, relativamente a todos os empregados, constado do Relatório de Auditoria nº 12/94. As providências relativas ao correto enquadramento das servidoras e à apuração da responsabilidade de todos os envolvidos, inclusive dirigentes, foram propostas no Relatório da Auditoria. Para apurar a responsabilidade das servidoras em questão, duas sindicâncias foram realizadas - Portarias nº 143, de 9/5/95, que teve seu prazo esgotado sem a conclusão dos trabalhos, e nº 443, de 27/9/95. O Processo Administrativo, instaurado com a Portaria nº 362, de 27/6/97, teve prorrogado o seu prazo com a Portaria nº 390, de 28/8/97. Os trabalhos foram concluídos em 27/10/97.

5. Do Relatório consta em relação às servidoras de que tratam estes autos de Processo Administrativo:

“a) (...)

Servidora contratada no regime celetista em 21.03.84 no Cargo de Coordenador de Treinamento I, cujo pré-requisito exigido no Plano de Classificação de Cargos e Salários de 1978 à época em vigor, no que se refere a Escolaridade era 2º grau constante as fls. 54 do apenso nº 05. Com a implantação do P.C.C.S de janeiro/1985, a acusada em questão teve o seu enquadramento correto para o Cargo de Técnico de Nível Médio Especializado II-F, fls. 150 do apenso nº 04. Em 01.12.85 ocorreu a reclassificação para o Cargo de Nível Superior Especializado I-B, com a mesma escolaridade (2º grau), contrariando desta forma os critérios estabelecidos no mencionado plano, no que diz respeito ao grau de instrução para o exercício do citado Cargo. Em consequência deste fato a Servidora foi beneficiada com aumento salarial, seguindo de reajustes (dissídios coletivos), índices de produtividade e demais correções previstas no PCCS/85, situação que permanece até os dias de hoje;

b) (...)

Servidora contratada no regime celetista em 18.01.83 no Cargo de Técnico de Planejamento II, contratação considerada irregular, tendo em vista que o pré-requisito relativo ao fator grau de conhecimento, estabelecido no Plano de Cargos e Salários de 1978, em vigência na época do ingresso da Servidora no quadro de pessoal da Funabem, está classificado no grau quatro (4), cuja exigência para o ocupante do referido Cargo, requeira o nível de instrução superior completo (4 anos), como se pode verificar do apenso nº 05, às fls. 78 e 92. Em 03.01.85, com a implantação do novo Plano de Classificação de Cargos e Salários, aprovado pela Resolução nº 457/84 do CNPS/MT, a acusada em questão, teve seu cargo alterado para Assessor Técnico de Nível Superior I-F, por força do enquadramento objeto do PCCS/85, permanecendo desta forma a irregularidade, tendo em vista o nível de escolaridade de 2º grau, incompatível com o supracitado cargo. Em

consequência desta situação, todos os benefícios correspondentes ao cargo ocupado, foram incorporados aos vencimentos de acusada;

c) (...)

Contratada nos quadros da Funabem, no regime celetista em 13.12.66, no Cargo de Datilógrafa. Em 15.07.68 foi demitida. Readmitida em 01.02.70, no Cargo de Auxiliar de Escritório. Em 01.08.77, foi promovida à Auxiliar de Administração, tendo outra promoção para Técnico de Contabilidade em 01.02.78. As ocorrências na sua vida funcional retromencionadas ocorreram de forma regular. Entretanto, em 01.02.79, não obstante a acusada ter apenas o grau de instrução a nível de 2º grau, foi promovida ao Cargo de Assistente Administrativo Financeiro I, cargo, que, conforme dispunha o P.C.S. de 1978, que vigia à época, o seu ocupante deveria ter escolaridade de nível superior completo. O que se verifica às fls. 42 e 55 do apenso nº 05. Com o enquadramento do pessoal da ex-FCBIA, por força do novo Plano de Cargos e Salários de 1985, aprovado pela Resolução nº 457/84-CNPS/MT, a acusada (...), foi enquadrada no Cargo de Técnico de Nível Superior Especializado II-B, em desacordo com o disposto no P.C.S, como se verifica às fls. 83 do apenso nº 03. Conseqüentemente, as outras promoções foram irregulares, advindo daí a auferição de vantagens indevidas pelo fato da acusada ocupar cargo não compatível com sua formação, como se vê dos documentos inclusos no apenso 04, às fls. 198/200 e 227;

d) (...)

Contratada no regime CLT em 12.08.81, para o Cargo de Coordenador de Treinamento I, cujo nível de instrução do ocupante requeria o equivalente ao 2º grau completo, portanto a contratação foi regular. Em 01.11.82, ainda na vigência do P.C.S. 78, a acusada foi promovida erroneamente para o Cargo de Assistente Contábil Financeiro II, como previa o Plano de Cargos e Salários vigente, disposto na descrição de cargos, o ocupante do referido cargo deveria ter escolaridade a nível superior, fls. 42 e 53 do apenso nº 05. Em 01.09.84, ainda na vigência do Plano de 1978, ocorreu nova promoção, desta vez para o Cargo de Assistente Contábil Financeiro III, sendo o pré-requisito exigido relativo a escolaridade equivalente ao curso superior completo de até quatro (4) anos, fls. 42 e 53 do apenso nº 05. Com a implantação do PCS/85, ocorreu o enquadramento para técnico de Nível Superior Especializado II-B, em consequência das promoções verificadas anteriormente, sendo mantida a irregularidade. Diante desses fatos, a servidora foi beneficiada nos seus vencimentos, tendo em vista os salários que passou a perceber, em face dos reajustes ocorridos, tais como: dissídios coletivos, índices de produtividade e correções previstas no Plano de Classificação de Cargos e Salários, cujos valores estão demonstrados nas cópias dos formulários de Registro de Empregados fichas de Controle de Cargos e Salários, e CTPS, anexados ao apenso nº 04, fls. 74, 79, 82, 83, 126 e 128.” (Autos principais do Processo, fls. 269/271).

6. A Comissão entendeu que as servidoras violaram os arts. 116, II, III, VI e XII, e 132, IV, da Lei nº 8.112/90 e propôs a demissão daquelas que continuavam na ativa e a cassação da aposentadoria de duas que já se encontravam inativadas.

7. O Ministério da Justiça endossou as conclusões da Comissão por intermédio de sua Consultoria Jurídica em parecer aprovado pelo titular da Pasta. Em 27 de julho de 1998, com a Exposição de Motivos nº 503, os autos foram encaminhados à Presidência da República, onde mereceram exame da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil.

8. A Subchefia entendeu que as infrações administrativas estavam prescritas e propôs o arquivamento dos autos. Eis a Nota nº 2.616/98-SAJ/PR-MM:

“O Senhor Ministro da Justiça, através da Exposição de Motivos nº 503, de 27 de julho de 1998, submete à deliberação presidencial proposta de demissão das servidoras (...), matrícula Siape nº 747.913, e (...), matrícula Siape nº 750.038, ocupantes dos cargos de Técnicos de Nível Superior, e a cassação da aposentadoria das servidoras (...), matrícula Siape nº 747.745, e (...), matrícula Siape nº 749.096, inativas dos cargos Técnicos de Nível Superior, todos da extinta Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência, por improbidade administrativa, na forma das minutas de decretos que acompanham a E.M..

2. A douta Consultoria Jurídica do Ministério proponente, através do Parecer CJ nº 006/98, (fls. 297 usque 307), datado de 09.01.98, lavrado pelo Dr. (...), manifestou integral concordância com a conclusão dos trabalhos apuratórios, propugnando pela sua regularidade, conclusão esta acompanhada por seus superiores, culminando com a proposição contida na indigitada E.M., que ora é submetida à deliberação presidencial.

3. Os fatos irregulares que ensejaram a abertura do presente PAD foram conhecidos pela Administração quando da realização de auditoria na extinta Fundação Centro Brasileira para a Infância e Adolescência, no ano de 1994, quando se verificou o descumprimento, pela administração daquele órgão, sucessor da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor - Funabem, de normas concernentes à contratação de pessoal.

4. Pelo que se apurou, era costume no setor de pessoal da extinta Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a contratação de seus empregados em desconformidade com a legislação, notadamente sem a exigência de escolaridade de acordo com o nível de classificação funcional, conforme se depreende do processo de sindicância instaurado, objeto do Apenso nº 01, destes autos, indicador da abertura do presente PAD.

5. Têm-se que, em relação às servidoras que ora se pretende apenar:

5.1 - foram contratadas à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, ainda no início da década de 80, por contratos de trabalho, regidos pela C.L.T., optantes pelo F.G.T.S.;

5.2 - à época de suas respectivas contratações - vide Apenso 04 -, as servidoras (...), em 18.01.83, como Técnica de Planejamento II (fls.03/04), (...), em 21.03.84, como Coordenador de Treinamento I (fls. 136/137), e (...), em 01.02.70, como Auxiliar de Escritório (fls. 189/190), não declinaram possuir curso superior, embora a exigência para investidura era apenas quanto ao 2º grau completo;

5.3 - a servidora (...), por sua vez, contratada em 12.08.81, para o cargo de Coordenador de Treinamento I (fls. 79), declarou, à época, deter formação superior (fls. 69), embora, também, para a investidura no cargo, não se exigisse a conclusão de 3º grau.

5.4 - a mesma servidora (...), em 01.11.82, foi promovida ao cargo Técnico de Nível Superior (fl. 54 - Apenso 01), apresentando, como comprovante de 3º grau, diploma concernente ao curso de relações internacionais, concluído perante a Faculdade de Relações Internacionais da Universidade Estácio de Sá.

5.5 - restou comprovado, no PAD, que a servidora (...) apresentou certificado de conclusão de 3º grau, situação não confirmada pela Universidade Estácio de Sá.;

5.6 - A Funabem, no ano de 1985, através de autorização do Conselho Interministerial de Remuneração e Proventos, realizou reestruturação no seu plano de cargos, sem poder dispor de dispêndios orçamentários, sendo que, em contrapartida, vislumbrou-se a perspectiva de promoções, acessos e reclassificações, por merecimento e antigüidade, considerando-se os graus alcançados nas avaliações dos funcionários do órgão, com critérios estabelecidos e não respeitados, resultando no reenquadramento das servidoras em questão, à técnico de nível superior, sem que, para tanto, possuísem elas formação de 3º grau.

6. Todos estes fatos encontram-se devidamente esclarecidos e comprovados tanto no Processo Administrativo Disciplinar como em seus apensos.

7. Ocorre, contudo, que as servidoras em questão, à época dos fatos irregulares a elas atribuídos (1985), não estavam afetas às disposições da Lei nº 1.711, de 28.10.52, nem muito menos à Lei nº 8.112, que é de 11.12.90. Foram contratadas pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho - C.L.T., tendo os contratos respectivos, por força das disposições do art. 7º, da Lei nº 8.162, de 08.01.91, sido considerados extintos a partir de 12.12.90, em face da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o R.J.U., ao qual ficaram elas, desde então juridicamente vinculadas.

8. Desta forma, e sem adentrar ao mérito das apurações e conclusões promovidas pela comissão processante, quanto a apenação às servidoras, tem-se que, sendo os fatos irregulares praticados quando de suas contratações, no início da década de 80, e mais precisamente no ano de 1985, às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho deverá ser considerada a situação, e não da Lei nº 8.112/90, bem posterior aos fatos, conforme indevidamente aplicada.

9. Com efeito, e considerando o disposto no art. 11 Consolidado, que estabelece o prazo prescricional de dois anos para o direito de se pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido, já de há muito tempo decorreu aquele prazo prescricional de dois anos para a ação da Administração de punir seus servidores celetistas.

10. Mesmo com o advento da vigente Constituição Federal, através do disposto em seu art. 7º, inciso XXIX, que ampliou para cinco anos o prazo prescricional até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, pode-se afirmar ter decorrido o direito da Administração de punir seus servidores, notadamente pelo fato de que, por disposição do art. 7º, da Lei nº 8.162/91, restou rescindido, de pleno direito, todos os contratos de trabalho dos servidores jungidos ao novel Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis Federais.

11. Hely Lopes Meirelles, em sua festejada obra Direito Administrativo Brasileiro, ensinou que 'A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação, (...) pois é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que a regra é a prescritibilidade. (...). Transcorrido o prazo prescricional, fica a

Administração, o administrado ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante o extemporâneo’.

12. Para o caso em análise, ocorreu a prescrição e se consumou o perecimento do direito da Administração de processar e penalizar disciplinarmente os envolvidos nos fatos irregulares de que tratam estes autos.

13. E assim se deu porque, no transcurso daquele prazo prescricional, não havia qualquer causa legal que determinasse sua interrupção ou suspensão, tendo o seu termo se verificado em dezembro de 1992, após decorridos os dois anos de extinção do contrato de trabalho das servidoras indiciadas.

14. Com efeito, não se pode admitir que os suspeitos da prática de atos administrativos irregulares fiquem aguardando indefinidamente o processamento e conclusão, pela Administração, das apurações e definições das responsabilidades funcionais, sendo que, no presente caso, decorreram-se mais de 13 anos para se chegar a uma conclusão.

15. O fundamento da prescrição é justamente aquele de assegurar a estabilidade social e respeitar as situações adquiridas, estando claro, portanto, que tal instituto haverá de prevalecer ao caso tratado nestes autos. Desta forma, e com a devida vênica aos entendimentos divergentes, opino pela submissão da questão à decisão Presidencial, com proposta de isenção de responsabilidade administrativa das servidoras (...) e (...), e das inativas (...) e (...), porquanto ocorrente a regra da prescrição bienal ao caso, eis que, à época dos possíveis fatos irregulares, estavam estas sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, tendo exaurido, portanto, os dois anos após a extinção de seus contratos de trabalhistas, caracterizadores da extinção da punibilidade administrativa do fato, o que resultará, por derradeiro, no arquivamento do processo.

É o que me parece, s.m.j.

Brasília, 07 de agosto de 1998.

Márcio Antônio Mazzaro
Assessor Jurídico da SAJ/PR”

9. A divergência, como se vê, diz respeito (a) ao diploma legal a ser aplicado à espécie e (b) à ocorrência ou não da prescrição.

II - APLICABILIDADE LEI Nº 8.112

10. Esta Instituição já se firmou no sentido de que as normas da Lei nº 8.112 se aplicam aos processos instaurados para apurar irregularidades praticadas sob a vigência da lei anterior, desde que o fato imputado seja considerado infração de acordo com a legislação vigente à época em que foi praticado:

“9. A sujeição dos servidores celetistas ao regime jurídico específico dos servidores do Estado decorreu de norma imperativa do Texto Fundamental (art. 39), preconizado com o intuito de elidir-se a duplicidade de regimes para os servidores públicos e igualizarem estes em direitos e deveres, sem tornar prevalente o interesse individual do servidor sobre o coletivo. Com esse desiderato, o Estado editou unilateralmente leis e normas regulamentares disciplinando o regime jurídico do funcionalismo, no qual se insere a apuração e aplicação de penalidades, sujeitando-se os servidores a essas regras estatutárias, suscetíveis de modificação, através de lei, nos direitos então prescritos. A faculdade de estabelecer e alterar unilateralmente as regalias originárias da relação jurídica que se constitui

entre o servidor e o Estado, com a nomeação, ou admissão, e posse, ou exercício, atribui à Administração o poder de atuar com a maleabilidade suficiente para implantar o sistema administrativo que atenda às suas peculiaridades e necessidades, normas estatutárias a que se subordinam os servidores. É defeso ao Poder Público jungir-se ao interesse específico do seu servidor e se abstrair da utilidade pública, com manutenção de normas disciplinares rígidas.

11. Na conformidade da apuração dos fatos pela omissão de inquérito, verifica-se que a conduta da Requerente tipificou a desídia no cumprimento de suas funções, adnumerada como justa causa para a rescisão contratual no artigo 482 da CLT, a qual encontra correspondente na Lei nº 8.112, de 1990, art. 117, XV, e capaz de ensejar a demissão, ex vi do artigo 132, XIII, do último Diploma Legal.

12. A apuração dos fatos e sua capitulação em dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, na espécie, não representam retroatividade de lei com o fito de alcançar conduta funcional sem previsão de penalidade, porquanto, à época das transgressões disciplinares, havia a cominação legal de penalidade idêntica à estabelecida no mesmo Diploma para a conduta delituosa da Peticionária, que presumidamente dela tinha ciência. Por certo, na oportunidade da promulgação da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.112, de 1990, não se pretendeu premiar com a impunidade os servidores que haviam praticado infrações passíveis legalmente de apenação e mantidas no novo regime jurídico.” (Informação nº AGU/WM-7/94, para instruir Mandado de Segurança nº 21.924-6/160).

11. Às acusadas é imputada a infração de improbidade administrativa (art. 132, IV, Lei nº 8.112/90), punida com a pena de demissão. A mesma infração de improbidade é também considerada justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pela CLT (art. 482, “a”). Correta, portanto, a aplicação da Lei nº 8.112/90.

III - PRESCRIÇÃO

12. Às servidoras é imputada a falta de improbidade, pela omissão em apontar irregularidade em suas contratações, promoções e/ou enquadramento - com essa omissão, teriam sido coniventes com a Administração da CBIA, responsável pelos atos irregulares. Nos termos da Lei nº 8.112 (art. 142, I), é de cinco anos o prazo de prescrição, começando a correr da data em que o fato se tornou conhecido (art. 142, § 1º) e interrompendo-se com a abertura de sindicância (art. 142, 3º). Quando o fato se tornou conhecido?

13. Os fatos se passaram em épocas distintas e sob regime jurídico diverso. Contratadas sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, as servidoras, depois, por expressa disposição legal (art. 243, Lei 8.112/90), ficaram submetidas ao Regime Jurídico Único. As contratações, promoções e enquadramentos ou reenquadramentos irregulares ocorreram nas décadas de 1970 (contratação de (...)) e 1980 (contratação das demais e enquadramento e promoções de todas elas). Rememoremos os fatos:

a) em 29/7/94, o Relatório nº 12/94, da Auditoria determinada pelo inventariante da extinta Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência - CBIA registrou a possível ocorrência de irregularidades na contratação, na promoção e no enquadramento de vários servidores (Apenso 2, fls. 240-A a 249), uma vez ausente nos respectivos assentamentos cópia de diplomas comprovando conclusão de cursos exigidos;

b) em 9/5/95, pela Portaria nº 143 (Apenso 2, fls. 9), o Inventariante determina sindicância para apurar as irregularidades. Reconhecida, em 30/7/95 (Apenso 2, fls. 294) a nulidade dos atos praticados nessa sindicância, após esgotado o prazo concedido e sem que

ele fosse prorrogado, nova comissão foi designada pela Portaria nº 443, de 27/9/95 (fls. 3, Apenso 1). Com a prorrogação do prazo (Portaria 485, de 20/10/95 - Apenso 1, fls. 75), a Comissão apresentou Relatório em 24/11/95 (Apenso 1, fls. 201/236). Na extensa relação de servidores em situação irregular, seja na contratação ou no enquadramento, foram incluídas, às fls. 232, as servidoras de que tratam estes autos;

c) a Procuradoria-Geral da extinta CBIA (fls. 243) manifestou sua concordância com o relatório;

d) em 29/12/95, com o término da inventariança e sem que as providências sugeridas fossem adotadas, o Inventariante encaminhou o Processo ao Ministério da Justiça (Apenso 1, fls. 244);

e) em 23/5/97, a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (Apenso 1, fls. 261/278), propôs fossem adotadas as providências sugeridas; às fls. 263/265, relação de 69 funcionários que não haviam apresentado diploma de nível superior; às fls. 270/272, relação de 82 servidores que não haviam apresentado diploma de segundo grau; às fls. 269/270, a informação, ainda da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, de que dentre os 69 servidores sem o diploma de nível superior, oito deles haviam sido redistribuídos para o Ministério;

f) em 27/6/97, pela Portaria/SE/MJ nº 362, o Sr. Secretário Executivo do Ministério determinou a instauração de Processo Administrativo Disciplinar para apurar a responsabilidades apenas das quatro servidoras em questão pela prática das irregularidades constatadas. O prazo foi prorrogado (Portaria 390, de 28/8/97 (fls. 116) e a Comissão concluiu seus trabalhos em 27/10/97 (fls. 293), encaminhando, na mesma data os autos ao Ministério da Justiça (fls. 294), onde foram recebidos em 29/10/97 (fls. 294) e encaminhados à Consultoria Jurídica em 30/10/97 (fls. 295 e 296). A Consultoria Jurídica manifestou-se em 23/7/98 (fls. 297/312), endossando a conclusão da Comissão.

14. Logo, em 29/7/94, com o Relatório da Auditoria, o fato se tornou conhecido. Começou a correr dessa data o prazo de cinco anos (art. 142, §1º), sendo interrompido com a abertura da Sindicância em 12/5/95, data de publicação da Portaria nº 143, de 9/5/95 (Apenso 2, fls. 9 e 292). Nos termos dos arts. 145, parágrafo único, e 167, *caput*, ambos da Lei 8.112, cessou a interrupção em 2/6/95, recomeçando, desta data, o prazo prescricional (art. 142, § 4º, Lei 8.112). Sem quaisquer outras considerações, pode-se de plano constatar não haver transcorrido o prazo de cinco anos.

15. Resta, então examinar a ocorrência ou não da infração de improbidade de que são acusadas as servidoras, uma vez que a SAJ só examinou a preliminar relativa à prescrição.

IV - IMPROBIDADE

16. Às servidoras - além de violação aos deveres impostos no art. 116, II, III, VI e XII, da Lei nº 8.112/90 - é imputada a prática de infração prevista no inciso IV do art. 132: a improbidade administrativa, para a qual cabe a pena de demissão. Improbidade por terem, com o seu silêncio, sido coniventes com os administradores na prática de atos irregulares de contratação, promoção, enquadramento e/ou reenquadramento. Mas o que é improbidade?

“Improbidade revela a qualidade da pessoa que não procede bem por não ser honesta, que age indignamente por não ter caráter, que não atua com decência por ser amoral.” (cfr. De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, São Paulo, Forense, 2ª ed., vol. II, p. 799)

Rigolin não diverge:

“Improbidade administrativa (quarto tipo) quer dizer desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vista a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. A improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido. Não existe improbidade culposa, que seria aquela praticada apenas com imprudência, negligência, ou imperícia, porque ninguém pode ser ímprobo, desonesto, só por ter sido imprudente, ou imperito, ou mesmo negligente. Improbidade é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto. Chama-se improbidade administrativa aquela havida ou praticada no seio da Administração, já que pode haver improbidade na esfera civil, na vida particular, ou na militância comercial de qualquer pessoa; apenas por referir-se a situações ou fatos ligados à Administração, dentro dela, a L. 8.112, a exemplo de outras leis, denominou aquela improbidade de administrativa.” (Ivan Barbosa Rigolin - “Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis,” pp. 227-228)

17. Como se vê, para a existência da infração é imprescindível o dolo, a intenção, a vontade consciente de, com a omissão, violar normas legais e, em virtude disso, ser aquinhoadada com contratação, promoção, enquadramento e/ou reenquadramento ilegais. Para que o silêncio das indiciadas pudesse caracterizar a improbidade, era necessário que elas tivessem conhecimento das normas legais relativas aos atos inquinados de irregulares, tivessem ciência dos requisitos exigidos para os cargos para os quais foram contratadas, promovidas, enquadradas ou reenquadradas e, ainda, que tivessem a intenção de violar as normas para, em benefício próprio, auferir salário superior. E mais: era necessário que a situação irregular das servidoras fosse uma exceção na Instituição em que trabalhavam. O conhecimento só pode ser presumido, se as normas, se o Plano de Cargos e Salários houvesse sido publicado, o que não está provado nos autos.

18. De fato, o Manual de Classificação de Cargos e Salários, de janeiro de 1978, foi anexado, por fotocópia, ao processo no Apenso 5, às fls. 2/127. Facilmente se pode perceber que se trata de documento não publicado, mas datilografado, possivelmente em máquina IBM. Percebe-se, com clareza, que o trabalho de capa e das principais páginas divisórias (fls. 2, 3, 38, 74, 109 e 124) foi feito manualmente. Da mesma forma, as folhas de subdivisões (fls. 10/12, 24/25, 28, 30, 32, 39/41, 51, 58, 63, 75/78, 84/85, 89, 95, 100, 101, 105, 116, 125) além do trabalho datilográfico, tiveram também trabalho manual. Igualmente as tabelas e quadros, cujas linhas datilogradas foram recobertas (observe-se, por ex. irregularidade no traçado, mais visível às fls. 27, 54, 60, 61, 64) manualmente de tinta, para maior clareza - costume muito comum àquela época. Do expediente anexado como “Manual de Classificação de Cargos e Salários” (fls. 2/127), consta, inclusive a cópia do ofício de encaminhamento do Plano, pela Funabem ao Conselho Nacional de Política Salarial - CNPS, Exposição de Motivos, etc. Às fls. 4, o Ofício nº 305, datado de 17/02/78, do Sr. Secretário de Emprego e Salário do Ministério do Trabalho comunica ao Presidente da Funabem - da qual a CBIA foi a sucessora - que o Conselho Nacional de Política Salarial expedira a Resolução nº 105/78:

“Resolução nº 105/78. O Conselho Nacional de Política Salarial, nos termos do que dispõe a Lei nº 5.617 de 15 de outubro de 1970, e tendo em vista o que consta do processo CNPS nº 021/78, resolve:

1. Autorizar a Fundação Nacional do Bem Estar do Menor a implantar o seu Plano de Cargos e Salários nos termos propostos no ofício Funabem/PRE/0069/010/178, de 18 de janeiro de 1978, com vigência a partir de 1º de fevereiro de 1978;

2. Informar a entidade que os valores das faixas verticais 3, 4 e 5 de suas tabelas salariais só poderão ser aplicadas após prévia autorização do CNPS, e recomendar a apresentação do plano de promoção.”

19. O Ofício/Funabem/PRE/69/10/1/78, mencionado na Resolução, noticia: *“O plano de promoção horizontal, e seu instrumento operacional - o plano de avaliação e desempenho -, ambos em preparo, completarão a reformulação a que se pretende conduzir a política de cargos e salários da Funabem, de vez que as tabelas salariais terão sido aprovadas por esse Conselho com os degraus ora propostos.”* (Apenso 5, fls. 9)

20. O plano de promoção horizontal e o plano de avaliação de desempenho não foram anexados aos autos.

21. Igualmente o Plano de Classificação de Cargos e Salários, com vigência a partir de 1º/jan/85, aprovado pela Resolução nº 457/84, do CNPS, consta por fotocópia às fls. 2/115 do Apenso 3 e, como se constata, trata-se, também, de cópia do documento original datilografado, possivelmente em máquina elétrica Olivetti. E não cópia de publicação. As alterações determinadas pela Resolução CNPS nº 457/84 (fls. 2, Apenso 3), não foram incorporadas ao Regulamento anexado, o que reforça a tese de que não foi publicado, mesmo porque não há registro de que o Plano tenha sido publicado no Boletim de Serviço. Aliás a publicação de atos no Boletim de Serviço não era prática seguida à risca pela entidade. Nem mesmo os atos de contratação, promoção e enquadramento eram publicados, mas, na sua maioria, comunicados à Chefia que passava a informação ao servidor (autos principais, fls. 99 e seguintes). Este devia apresentar sua carteira de trabalho para atualização (fls. 99). Por derradeiro, as observações quanto à forma de feitura dos quadros e tabelas do Plano de 1978 se aplicam igualmente às do Plano de 1985. (por ex. fls. 32, 33, 41, etc.).

22. Às fls. 25 e 30 do Apenso 3, relativamente ao enquadramento e reenquadramento, o Plano dispõe:

“3. Enquadramento

3.1 Serão enquadrados no Quadro permanente, os servidores da Funabem cujo salário, na data de implantação deste plano, estejam compatíveis com as faixas salariais adotadas. Aqueles cujo salário envolva despesa de enquadramento, passarão a constituir o Quadro Suplementar (anexo III)

3.1.1 Os cargos do Q. S. serão extintos à medida que vagarem.”

“6.6 Reenquadramento

É a progressão do empregado, sem mudança de cargo, para nível salarial superior, efetivada em caráter excepcional, visando atender as necessidades específicas da Empresa.” (Apenso 3, fls. 30).

23. Pode-se dizer que para as contratações se exigia a experiência e não a escolaridade. Para o enquadramento, observou-se a equivalência entre os antigos e os novos salários e não o grau de escolaridade do empregado. Essa constatação é confirmada pelos funcionários ouvidos e que foram os responsáveis, à época, pelo Setor encarregado da contratação e do enquadramento e também pela elaboração e/ou execução dos Planos.

24. (...) trabalhou nas extintas Funabem e CBIA, de 1976 a 1992. Especificamente na área de cargos e salários de 1979 a 1990 (autos principais, fls. 30/31), portanto dentro do período em que ocorreram as contratações, promoções e enquadramentos objeto da investigação sob exame. De seu depoimento, nos autos de Sindicância (Apenso 1, fls. 27 e segtes), destaco:

a) “o Plano de Cargos e Salários da Funabem, que vigorou até 1984, possuía alguns critérios e pré-requisitos que, não eram rigorosamente cumpridos, em virtude até da necessidade administrativa à época; que a contratação de pessoal se fazia necessário para ampliação e execução das atividades desenvolvidas pela Funabem, as quais eram autorizadas pela Presidência da Instituição;” (fls. 27);

b) “que por volta de 1985, através de autorização do CIRP (Conselho Interministerial de Remuneração e Proventos), foi feita uma reestruturação no Plano de Cargos, sem que pudessem dispor de dispêndio orçamentário;”

c) “que considerando-se que o enquadramento dos servidores para esta nova situação, foi realizado através do cargo ocupado anteriormente para o proposto, sem que pudessem demiti-los e recontratá-los, ocasionando-se assim algumas irregularidades, principalmente no critério de escolaridade, em virtude dos salários que já recebiam anteriormente;” (fls. 27).

25. Mais tarde, no Processo Administrativo Disciplinar (autos principais, fls. 31/32), (...) esclareceu mais:

a) “Respondeu que houve algumas irregularidades no que diz respeito aos cargos por ocasião das contratações, deixando claro que as irregularidades a que se refere era (sic) em virtude da autonomia da Administração à época, que tinha autonomia para contratar para o cargo que fosse conveniente a Instituição, e como havia necessidade de pessoal especializado para determinados cargos, a Administração contratava, não querendo dizer que havia má fé por parte da Administração e sim dificuldade. Em virtude disso, a Administração não exigia escolaridade do candidato e sim experiência profissional.” (fls. 31, autos principais).

b) “Que perguntado sobre as declarações prestadas com referência ao Plano de 1978 se existia uma exigência rígida sobre escolaridade, respondeu que não existia tal exigência e sim experiência profissional para ingresso nos referidos cargos, tais como Assistente Administrativo Financeiro I, Coordenador de Treinamento I, Assistente Contábil Financeiro II e III, Técnico de Planejamento II e Coordenador de Projetos; Perguntado se poderia existir oneração de custos quando de supostas demissões de servidores respondeu que certamente ocorreria elevados custos aos cofres da União, por que (sic) os contratos teriam que ser rescindidos; (...) Perguntado se com a demissão e o período de carência para recontração de servidores afetaria a atividade fim {da Instituição} respondeu que certamente afetaria; (...). Concedida a palavra ao Sr. (...) perguntou ao (sic) 1º Membro se há diferença de escolaridade quanto à nomenclatura dos níveis referente aos cargos citados respondeu que anteriormente não era exigido, antes do Plano de 1985, conforme foi citado pelo depoente acima.” (fls. 32, autos principais).

26. Reinquirido em 22/8/97, às fls. 98/101 dos autos principais, o mesmo servidor (...) prestou outros esclarecimentos dos quais ressaltou os trechos abaixo:

a) “que não pode afirmar, mas no entanto supõe que no Regulamento de Pessoal anterior ao de 1985, como também o Plano de Cargos anterior, não previam (sic) como pré-requisito a escolaridade compatível para esses cargos específicos da Funabem;” (fls. 99)

b) “Como não podia ter custo, pegaram a situação anterior e enquadraram no mesmo nível salarial;” (fls. 99)

c) “O que ocorreu foi que o servidor já vinha exercendo aquela função que deveria ser de nível superior, mesmo sem ter escolaridade compatível, foi enquadrado em razão do salário referente a sua função, como Técnico de Nível Superior;” (fls. 99)

d) “eram erros existentes do passado, isto em virtude da necessidade do Órgão em contratar pessoas para cargos específicos da Instituição;” (fls. 99).

e) “Perguntado se o depoente participou da elaboração do Plano de Cargos e Salários de 1985? respondeu que não (...) esclarecendo que o depoente participou apenas do enquadramento do pessoal, fazendo todo o trabalho manualmente, juntamente com {cita servidores que o auxiliaram}; Perguntado ao depoente quando o mesmo declarou às fls. 31 destes autos, que haviam (sic) irregularidades nas contratações quis dizer que a Administração Superior da Funabem, não obedecia critérios estabelecidos no Regulamento de Pessoal e Plano de Cargos e Salários ? Respondeu que não pode afirmar, mas, no entanto supõe que no Regulamento de Pessoal anterior ao de 1985, como também no Plano de Cargos anterior, não previam como pré-requisito a escolaridade compatível para esses cargos específicos da Funabem;” (fls. 99)

f) “Perguntado ao depoente como os servidores da ex-CBIA tomaram conhecimento de sua nova situação funcional com a implantação do Plano de 1985; Respondeu que foi divulgada uma circular no quadro de avisos do Órgão, além de terem sido enviadas cópias do enquadramento dos servidores para as respectivas chefias tomarem ciência, tendo o depoente tomado conhecimento que o setor de Cadastro e Pagamento solicitou as CTPS dos servidores para atualização da nova situação funcional; Perguntado ao depoente se após a implantação do Plano de 1985 os servidores que foram enquadrados em cargos que exigiam como um dos pré-requisitos a escolaridade acima da que possuíam, procuraram o Setor de Cargos e Salários para esclarecimento e possíveis correções? Respondeu que o depoente se lembra, não;”

27. (...) trabalhou na Funabem de 1982 a 1993, na Direção de Recursos Humanos que abrangia setores de Cargos e Salários e Benefícios, Recrutamento e Seleção, dentre outros. Participou, não só dos trabalhos de elaboração do Plano de Cargos e Salários de 1985, inclusive com reuniões no Ministério do Trabalho, mas, também, participou da implantação, da execução do Plano. Em seu depoimento de fls. 82/86 dos autos principais, informa:

a) “Perguntado se foi correto o enquadramento dos servidores não obedecendo o critério quanto à escolaridade? Respondeu que não foi, até porque acredita que o Plano não estivesse correto neste aspecto, porque faltaria a ele possuir um item mencionando esses casos que seriam possíveis naquela época; Perguntado porque não foram obedecidos os critérios do Plano quanto à escolaridade? Respondeu que considerando que não podiam mudar os salários dos servidores, e também não podiam enquadrar uma pessoa com nível médio, visto que o seu salário estava acima dos demais enquadrados naquele nível (...) decidiram por enquadrá-los basicamente num cargo que tivesse aquele mesmo salário, vindo a figurar no quadro de Técnico de Nível Superior.” (fls. 84);

b) “que reconhece que foi feito errado, embora naquela ocasião não tivesse outra alternativa, sendo que decisão esta foi tomada entre a equipe que trabalhou na aplicação do Plano, de comum acordo com a Administração Superior.” (fls. 84);

c) “Perguntado ao depoente quando do enquadramento dos servidores que não tinham escolaridade compatível no quadro permanente nos cargos correspondentes, porque a equipe de trabalho não compôs um quadro específico? Respondeu que na época o prazo era exíguo, por isso não tinha tempo em vislumbrar todas as situações, procurando os casos específicos. Ademais, quando o Plano voltou, já aprovado, {a Resolução nº 457/84} tinham apenas que resolver as situações existentes, com o que o Plano permitia;” (fls. 85);

d) “...no exemplo dado de desvio de função, já que não foi o critério de escolaridade que pesou, poder-se-ia afirmar que somente a experiência técnico profissional foi levada em conta? Respondeu que a principal razão do acerto de desvios de função, realmente era a comprovação do que a pessoa executava, com o cargo que detinha, por isso era mencionado como de utilização eventual, podendo assim o critério escolaridade não ter sido considerado fundamental, pelo menos para o caso apresentado como exemplo;” (fls. 86)

28. Às fls. 119/121, quando foi reinquirido, o mesmo (...) esclareceu mais: “... esclarecendo no entanto que se houve erro considerando que quando foi feito o enquadramento não se tratava de pessoas e sim de cargos, não havendo preocupação com indivíduos naquele momento e sim com a correspondência dos cargos anteriores com os novos propostos; (...) Perguntado ao depoente se foi remetido algum documento ao CNPS, pela equipe que trabalhou no plano, mais propriamente no enquadramento, consultando àquele Órgão se o enquadramento dos servidores poderia ser feito sem atender o critério da escolaridade? Respondeu que como já foi dito, naquela ocasião a equipe não se preocupou em nenhum momento com o enquadramento individual e sim, repetindo, com a transformação dos cargos em novos títulos, conseqüentemente trazendo a reboque os ocupantes daqueles cargos anteriores, ressaltando que a preocupação da Fundação na época foi com os salários já que o custo tinha que ser zero, visto que a Instituição não tinha disponibilidade orçamentária (...) perguntou ao depoente, por meio da Sra. Presidente, o seguinte: Todo órgão público tem um setor de auditoria, certamente tal órgão deveria ter se manifestado em relação aquele trabalho. Houve manifestação formal desse órgão a respeito do resultado dessa implantação? Respondeu que não tem lembrança se o Órgão de Auditoria tenha se manifestado, mas se recorda que o chefe da Auditoria era um dos membros do Colegiado, Órgão este onde era apresentado todos os trabalhos desta natureza.” (fls. 120).

29. Do que foi dito até agora, percebe-se claramente que tanto as contratações como o enquadramento atenderam às necessidades da entidade e não rigorosamente aos Planos de Cargos e Salários de 1978 e 1985. As Administrações da entidade se preocupavam mais com a experiência profissional do candidato e menos com a escolaridade. Pode-se repetir o que já foi dito no item 23 deste trabalho: para as contratações se exigia a experiência e não a escolaridade. Para o enquadramento, observou-se a equivalência entre os antigos e os novos salários e não o grau de escolaridade do empregado.

30. As servidoras em questão vinham desempenhando há bastante tempo, e não só na entidade, atribuições próprias de cargos de nível superior e todas elas mereceram elogios (Apenso 4, fls. 25, 92, 94, 98. 99, 100, 101, 144, 174, 182; Autos principais, fls. 242/247, etc.) por sua atuação. É extensa a lista de suas participações em trabalhos importantes. Satisfaziam elas os requisitos valorizados pela Funabem para a contratação, sempre realizada no interesse da entidade. A isso se acrescenta que não podiam ter conhecimento de normas que não foram publicadas. Apresentaram os documentos que se lhes exigiram. Era de presumir-se legal e correto o ato dos Administradores que as contrataram, que as

promoveram e as reequadraram. A denominação dos cargos para os quais foram contratadas e/ou promovidas não evidenciava a necessidade de curso superior.

Poder-se-ia dizer que, com o enquadramento em 1985, para o cargo de Técnico de Nível Superior, era presumível o conhecimento de que para tal cargo se exigia o terceiro grau de escolaridade. Ainda assim, não vislumbro qualquer ato desonesto no silêncio das acusadas, não só porque o nível superior não implica necessariamente em escolaridade superior (tome-se, como exemplo os atuais cargos Grupo-DAS, Direção e Assessoramento Superiores, para os quais não é imprescindível a existência de escolaridade de nível superior). Igualmente, em diversas ocasiões, ao criar novas categorias, a Administração reclassificou funcionários de nível médio para cargos de nível superior, como por exemplo, à mesma época da implantação do Plano de Cargos e Salários de 1985 da extinta CBIA, o Decreto nº 90.740, de 20/12/84, criou o Grupo-Arquivo junto ao Serviço Público Federal e, em virtude disso, e do disposto na Lei nº 6.546, de 04/7/78, inúmeros servidores de nível médio foram reclassificados como Arquivistas, cargo para o qual se exigia escolaridade de nível superior. A conclusão, evidentemente, não poderia ser a mesma se houvesse nos autos prova irrefutável de que o Plano foi publicado ou distribuído, mediante recibo, aos servidores da entidade. E isso não foi provado e nem mesmo afirmado em qualquer peça do Processo e seus cinco apensos.

31. As servidoras declararam (ver, por exemplo, nos Autos principais, fls. 125 e 129) que, para o enquadramento tiveram que preencher um questionário relativamente às tarefas executadas. De fato, no Apenso 4, às fls. 157/168, juntou-se cópia do documento por elas respondido. Dentre as orientações para a resposta ao extenso questionário consta: *“As tarefas a serem discutidas, são aquelas que você realmente vem executando. Não registre tarefas simplesmente porque pertencem ao seu cargo, registre somente as tarefas que de fato, você realiza.”* (fls. 157).

32. Ora, se era procedimento costumeiro na Administração da entidade a contratação de empregados dando-se preferência, muitas vezes, à experiência e não à comprovação de escolaridade, e se isso era do conhecimento de todos, se não havia publicação que tornasse conhecidos os requisitos para preenchimento de cada cargo, não vejo como possa ser atribuído às quatro servidoras qualquer procedimento desonesto. Saliente-se que no Apenso nº 1, relação de fls. 263/265, aponta irregularidades na situação de 69 servidores de nível superior, e às fls. 270/272, irregularidades na situação de 82 servidores de nível médio. Num total, portanto, de cento e cinquenta e um servidores em situação irregular, relativamente ao nível de escolaridade. E nenhum deles (Autos principais, fls. 99, depoimento do servidor responsável pelo enquadramento) procurou o Setor de Cargos e Salários para “esclarecimento e correções”. E não o fizeram porque entenderam normal e corriqueiro o procedimento administrativo.

33. Quanto à servidora (...), uma observação em separado, uma vez que detentora de escolaridade de segundo grau, foi a única a ser contratada inicialmente já para cargo de nível superior. Foi admitida, em 18/01/83, para o cargo de Técnico de Planejamento II (contrato de trabalho, às fls. 3 do Apenso 4), cuja denominação, por si só, não indicava a necessidade de curso superior. Conforme declaração de (...), responsável pelo Setor de Cargos e Salários (ver Apenso 1, fls. 27, e autos principais, fls. 31 e fls. 99), na vigência do Plano de 1978, para o cargo de Técnico de Planejamento II, a “Administração não exigia escolaridade do candidato e sim experiência profissional... (ver trechos transcritos nos itens 24, “a”, 25 “a” e “b”, e 26, “a”, deste trabalho).

Demonstrou a servidora possuir experiência profissional de mais de trinta anos na área pedagógica (Apenso 4, fls. 5/11 e 38/41) tendo sido, dentre outras funções, Diretora do

Ensino Primário na Secretaria de Educação do Rio de Janeiro, assessora pedagógica da Secretaria de Educação do antigo Estado da Guanabara (1965 e 1975/1979), além de ter colaborado com o Conselho Estadual de Educação (1972) e com o Conselho Federal de Educação (1976). Foi nomeada pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação, para exercer função de confiança, código LT-DAS-101.1, no Ministério (Portaria nº 403, de 9/6/86; DOU 10/6/86, Seção II, p. 2.884. Apenso 4, fls. 29).

Além de tudo isso, acrescenta-se que a servidora concluiu o curso normal pelo Instituto de Educação do antigo Distrito Federal em 29/12/48. Nessa época, os detentores de diploma semelhante podiam ser diretores, inspetores, supervisores, etc., cargos que, mais tarde pela Lei nº 5.692, de 11/8/71, que fixou *“Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus ...”*, passaram a ser exercidos privativamente pelos detentores de diploma de terceiro grau, de licenciatura plena ou curta em áreas específicas. Mas esta Lei, no art. 84, declarou *“ressalvados os direitos dos atuais diretores, inspetores, orientadores e administradores de estabelecimentos de ensino, estáveis no serviço público, antes da vigência da (...) Lei.”* Em virtude dessa ressalva, os que ocupavam tais funções foram, no Estado do Rio de Janeiro (Decreto/RJ nº 4.632, de 30/9/81; fls. 172 do Apenso 1), enquadrados na Categoria Funcional de Supervisor Educacional, para a qual se exigia curso superior completo. Lei Estadual posterior nº 1.026, de 06/9/86 assegurou aos portadores daqueles antigos diplomas de curso normal a classificação de *“Especialista em Educação”*, cargo para o qual se exigia e se exige curso superior completo. E foi nessa categoria que a servidora foi aposentada no serviço público carioca (fls. 199, Apenso 1).

34. Também quanto à servidora (...), um registro a propósito da controvérsia, no curso do Processo Administrativo, quanto à sua declaração, já à época da contratação para cargo de nível médio, de possuir curso superior. Tal dado, ou a inexistência dele, como foi demonstrado nos itens acima, não era considerado relevante pela entidade, quer para a contratação, a promoção ou o enquadramento. Não se deve atribuir valor além do devido à sua obstinação em reiterar possuir formação superior, inobstante o curso não ter sido reconhecido, assim como a Faculdade que o ministrara. Essa sua obstinação se deveu ao *animus defendendi* e não se podia exigir dela, enquanto acusada, comportamento que não fosse de defesa. Cópias do diploma, da declaração de conclusão do curso e aproveitamento expedida pela Faculdade, do histórico escolar com as notas obtidas, da carga horária e do conteúdo das disciplinas cursadas (Apenso 4, fls. 109/122) foram anexadas aos autos, para comprovar, pelo menos, que ela havia freqüentado e concluído curso superior. Se não era detentora de diploma válido, tinha, pelo menos a experiência e formação cultural de nível superior. E a experiência, na vigência do Plano de 1978, era o que importava para a Administração. A denominação do cargo para o qual foi promovida em 1982, Assistente Contábil Financeiro II, não evidenciava a necessidade do terceiro grau de escolaridade. O enquadramento, como ficou demonstrado, teve como parâmetro, a equivalência salarial entre o antigo e o novo cargo, sem qualquer atenção ao grau de escolaridade.

35. O contrato de trabalho assinado pelas servidoras não especificava as exigências para a contratação. E exigiam delas a execução, inclusive de tarefas que não se enquadrassem nas atribuições dos cargos para os quais eram contratadas. Na inexistência, repito, de publicação dos Planos de Cargos e Salários de 1978 e 1985, cabia, exclusivamente à Direção avaliar o preenchimento dos requisitos. Às servidoras não pode ser imputada a conivência na prática dos atos irregulares. Aliás, frise-se, as irregularidades administrativas constatadas foram tantas que levaram a Presidente da Comissão encarregada do Processo Administrativo Disciplinar a consignar em seu Relatório: *“Os parágrafos estratificados do depoimento de (...), anteriormente mencionado demonstram claramente o despreparo dos dirigentes e/ou chefes do Setor de Recursos Humanos da ex-FCBIA, bem como deixam patente o total*

desrespeito as normas vigentes à época, principalmente no que se refere à contratação, promoção e enquadramento de pessoal. Desta forma, é que s.m.j. a comissão sugere que o Sr. (...) e os outros que à época faziam parte de administração da ex-FCBIA, sejam também responsabilizados em procedimento apuratório cabível.” (fls. 261 dos autos principais.)

36. Para que não se pense terem sido apenas as quatro servidoras de que tratam estes autos enquadradas incorretamente, saliente-se, uma vez mais, que no Apenso nº 1, relação de fls. 263/265, aponta irregularidades na situação de 69 servidores de nível superior, e às fls. 270/272, irregularidades na situação de 82 servidores de nível médio. Num total, portanto, de cento e cinquenta e um servidores em situação irregular, relativamente ao nível de escolaridade. Mas, com o término do prazo de inventariança da extinta CBIA, encaminhados os autos ao Ministério da Justiça, a Consultoria Jurídica constatou que, dentre os 69 servidores sem o diploma de nível superior, oito deles haviam sido redistribuídos para o Ministério. Em 27/6/97, pela Portaria/SE/MJ nº 362, o Sr. Secretário Executivo do Ministério determinou a instauração de Processo Administrativo Disciplinar para apurar a responsabilidades apenas das quatro servidoras em questão pela prática das irregularidades constatadas.

V - CONCLUSÃO

37. De todo o exposto, embora compreenda a lisura do procedimento da Comissão processante e os altos propósitos de que estavam imbuídos seus membros, embora mereça registro o perfeito cumprimento das normas processuais e as diversas diligências determinadas, não posso concordar com a sua conclusão. Faltou à Comissão a exata percepção do conceito da infração de improbidade que exige do infrator o conhecimento real ou presumido das normas ditas violadas. Não vislumbro procedimento desonesto nem amoral na conduta das servidoras acusadas.

38. Em suma, cabe registrar que a conclusão da Comissão não está de acordo com as provas coletadas, sobretudo quando patentes a não publicação dos Planos de Cargos e Salários de 1978 e 1985 e a inexistência, no contrato de trabalho ou em qualquer outro documento entregue às servidoras, de menção aos requisitos exigidos para os cargos para os quais foram contratadas e/ou promovidas e enquadradas; quando inequivocadamente demonstrado o modo de atuar das diversas Administrações da entidade, que, tendo em vista a necessidade da instituição, valorizavam mais o requisito de experiência em detrimento da exigência de escolaridade. Não tendo ficado provada a desonestidade ou imoralidade no procedimento das servidoras, não se lhes há de aplicar a punição extrema.

39. Por último um registro: os atos irregulares eram passíveis de anulação independentemente do curso do processo administrativo. E isto foi sugerido ainda durante a Sindicância. Pela proposta encaminhada à Presidência da República, as servidoras continuam titulares do cargo de Técnico de Nível Superior (Autos principais, fls. 313/322). Os atos eram passíveis de anulação. Não o são mais. Visando à segurança das relações jurídicas, o art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º. Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

40. No caso, não ficou evidenciada a má-fé das servidoras. O último ato, o enquadramento ocorreu em 1985. Qualquer que seja a medida administrativa a ser tomada

como exercício do direito de anular, não resta dúvida o decurso do prazo estabelecido. A decadência já se operou.

41. Pelo arquivamento dos autos.

À consideração superior.

Brasília, 19 de agosto de 1999.

Mirtô Fraga
Consultora da União

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento em improbidade administrativa requer avaliação da natureza e da gravidade da infração. Improbidade por ato atentatório contra princípios. Aplicabilidade do art. 128 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na gradação da pena.

PARECER AGU Nº GM-17

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 5/2/2001”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23000.002353/2000-12

ORIGEM: Casa Civil da Presidência da República

ASSUNTO: Aplicação de penalidades a servidores da Escola Agrotécnica Federal de Catu, Estado da Bahia.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-10/2000, de 08 de novembro de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 02 de fevereiro de 2001

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-10/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-17)

EMENTA: À caracterização de falta disciplinar como ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios que regem o Serviço Público é imprescindível considerar a natureza da infração e sua gravidade.

PARECER

Divergem a Consultoria Jurídica no Ministério da Educação e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República a respeito da graduação da penalidade a ser infligida a (...), dirigente da Escola Agrotécnica Federal de Catu, Estado da Bahia, e ocupante do cargo efetivo de Professor do mesmo estabelecimento de ensino, por haver efetuado a nomeação de dois candidatos para o cargo de professor, observada a ordem de classificação obtida em concurso público, todavia *“sem a devida titulação, tendo, inclusive, sido a matéria objeto do Mandado de Segurança nº 1998.33.00.014882-8, cujo julgamento foi no sentido da nulidade das nomeações e de que a autoridade administrativa, no caso, teria infringido os mais basilares princípios de Administração Pública, favorecendo os Impetrantes em detrimento dos outros candidatos classificados”, situação para a qual, aliás, fora devidamente alertado pela Assistente Jurídico (...).* A propósito, compartilhou-se, parcialmente, da conclusão posta no Relatório final da Comissão, quanto à aplicação da penalidade de demissão ao nominado servidor, por desrespeito ao contido no inciso IV do art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990. Quanto a seu enquadramento no inciso VIII daquele dispositivo legal, entendeu-se que agira o servidor em conformidade à orientação dada pela própria Conjuração (Informação nº 227/99-CAC/Conjur/MEC - fls. 1014/1015), em função da situação fática, momentaneamente ocorrida, ou seja, valeu-se o dirigente de Procuradores de outras instituições vinculadas ao MEC, para desempenharem as atividades de contencioso da Escola, não podendo, por isso, ser acusado de aplicação irregular de dinheiro público,

diante dos gastos realizados com diárias e transporte necessários ao atingimento do fim colimado - patrocínio da defesa dos interesses daquela entidade, em Juízo” (E.M. nº 51/2000, de 14/6/2000, do Ministro de Estado da Educação).

2. A comissão de inquérito entendeu escorreita a indicição do aludido servidor e propugnou pela inflição da penalidade de expulsão, nos seguintes termos:

“Ao atestar, irregularmente, a frequência da Assistente Jurídica, infringiu o artigo 116, inciso I e III a Lei 8.112/90, cabendo-lhe a aplicação da pena de advertência; ao deixar de tomar providências contra os invasores dos prédios federais, infringiu o artigo 116, incisos I e III da Lei 8.112/90, cabendo-lhe a pena de advertência; ao nomear professores irregularmente, infringiu o artigo 132, IV da Lei 8.112/90, cabendo-lhe a pena de demissão, prevista no *caput* do mesmo artigo 132; ao destituir irregularmente a Assistente Jurídica, infringiu o artigo 116, inciso III e artigo 132, inciso VIII da Lei 8.112/90, cabendo-lhe a aplicação da pena de demissão.”

3. No relatório final, em virtude da nomeação irregular dos candidatos, a c.i. justifica a fundamentação do ato expulsivo sob a alegação de que a conduta funcional do indiciado importou inobservância de *“normas legais vigentes”*, nada obstante o disposto no art. 116, I e III, e tipificou a falta disciplinar enumerada no art. 132, IV, todos da Lei nº 8.112, de 1990, pois *“o ato de improbidade administrativa que se constitui, no caso, na definição ínsita na Lei nº 8.429/92, art. 11, incisos I e V, porquanto, com as malfadadas nomeações, praticou ato diverso daquele previsto na regra de competência, frustrando a licitude de concurso público”*.

4. Exculpa-se o indiciado no tocante à utilização de servidores de outras instituições de ensino para praticar atos jurídicos de que deveria se incumbir (...), porque, para tanto, foi autorizado pela Consultoria Jurídica no Ministério da Educação, conforme o reconhecem o Ministro de Estado da Educação (cfr. a E.M. nº 51/2000, de 14/6/2000) e a mesma unidade jurídica (v. o Parecer MEC/Conjur/RLMC/Nº 99/2000, de 28/1/2000, e o Encaminhamento nº 25/2000, de 4/2/2000).

5. O colegiado propôs a demissão por haver o indiciado feito as nomeações sem observância do requisito da escolaridade, donde teria resultado a caracterização de ato de improbidade administrativa especificado no art. 11, incisos I e V, da Lei nº 8.429, de 1992.

6. A configuração do ato de improbidade administrativa acarreta, *de lege lata*, conseqüências graves para o servidor que o pratica, tais como a demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens, impossibilidade de retorno ao serviço público, o ressarcimento dos danos sofridos pelo Tesouro Nacional e a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, com responsabilidade de sucessor civil (arts. 132, IV; 134; 136; e 137, parágrafo único, todos da Lei nº 8.112/90; 5º a 8º da Lei nº 8.429/92; e o § 4º do art. 37 da Constituição), além da responsabilidade criminal.

7. Em face dessas implicações e considerando que o direito abriga-se sob o pálio do bom senso, afigura-se imperativa a avaliação da abrangência do conceito de ato de improbidade administrativa, posto que delineado com elasticidade considerável, no que pertine ao sentido literal dos arts. 9º, 10 e 11, sem descuidar da abrangência dos destinatários sublinhada nos arts. 1º a 3º, todos da Lei nº 8.429/92.

8. Esse Diploma consubstancia sentidos conceptuais para o ato de improbidade administrativa em vista das conseqüências dos atos irregulares, distinguindo-os segundo o enriquecimento ilícito (art. 9º), o prejuízo para o Erário (art. 10) e a violação de princípio que preside os misteres da Administração Pública (art. 11) e enumera quanto a essas categorias

aqueles atos cuja atipia já os qualifica como de improbidade, independentemente de sua adequação ao sentido genérico de cada conceito.

9. Os arts. 9º e 10izam concepções razoavelmente precisas e especificam condutas funcionais, cuja caracterização prescinde de considerável dose de subjetividade de autoridade julgadora e de tamanha gravidade que as decorrências punitivas, assinaladas no item 6 deste expediente, podem reputar-se com elas condizentes.

10. Entretanto, essa facilidade de visualização jurídica e de enquadramento da ação delituosa do agente público não é proporcionada ao examinarem-se os elementos constitutivos dos ilícitos qualificados como atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios que norteiam a Administração Pública. Por isso, insinua-se a necessidade de balizar as conotações das faltas disciplinares, de modo a entendê-las compreendidas nesse conceito de ato de improbidade, motivo pelo qual segue reproduzido o art. 11 da Lei nº 8.429, tido como transgredido pelo indiciado, na maneira de pensar da comissão de inquérito.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

11. A considerar-se tão-só a acepção literal do preceptivo supra, tem o resultado de que sua amplitude não se adequa à gravidade das conseqüências advinda da apenação do agente público com supedâneo nessa configuração de improbidade.

12. Tampouco a sensibilidade perceptiva dos limites dos conceitos inseridos nos arts. 9º e 10 emana da literalidade do art. 11. Com efeito, revestem-se de sentidos léxicos genéricos os termos “honestidade”, “legalidade” e “lealdade”, podendo ser qualificadas, em decorrência, como ato de improbidade administrativa tanto faltas sem gravidade quanto aquelas mais graves e capazes de revelar alto grau de periculosidade. Os efeitos nocivos ou danos advindos dessas irregularidades, dependendo de sua natureza, são igualmente variáveis. Na mesma linha de intensidade de faltas ou de danos vários, podem ser detectados atos *“visando fim diverso daquele previsto, na regra de competência”* ou a atuação indesejada do servidor implicar em *“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”*. Em ambas as hipóteses, podem ser diversificadas as peculiaridades da atuação funcional e as conseqüências desta provenientes, caso em que haver-se-á de emitir juízo de valor sobre as variáveis dos fatos ilícitos e a graduação da penalidade, na faina de efetuar o julgamento. Fê-lo a c.i. sob a ótica da improbidade, ao propor as penalidades a (...) (efetuiu a nomeação dos candidatos) e a (...) (na sua defesa, ela reconhece que, como dirigente da unidade de recursos humanos, *“procedeu a formação de expediente administrativo, recebeu as documentações respectivas, e posteriormente foram*

concretizadas as nomeações”), concluindo pela irrogação da penalidade de demissão ao primeiro e, à segunda, a de advertência.

13. A avaliação da gravidade de transgressões percebe-se e diferem até no âmbito da legislação. Tanto que há preceituações na Lei nº 8.429, de 1992, que, em sua literalidade, consideram como improbidade administrativa a falta de lealdade às instituições, podendo decorrer a penalidade expulsiva com as consequências drásticas supra referenciadas, ao passo que a Lei nº 8.112, de 1990, impõe esse dever de o servidor ser leal, todavia prevê o castigo de advertência, desde que o ilícito “*não justifique imposição de penalidade mais grave*” (arts. 116, II, e 129).

14. Na mesma forma de graduar a penalidade em razão da gravidade do ilícito, exemplificativamente, a Lei nº 8.112 veda que o servidor oponha “*resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço*” (art. 117, IV) e viabiliza a apenação com advertência (arts. 117, IV, e 130), conduta que importa omissão em praticar ato de ofício que a Lei nº 8.429 considera ato de improbidade administrativa, no sentido literal de sua concepção.

15. Repugnaria à consciência de todos, a opinião mais generalizada não toleraria e o senso comum do povo tornaria inadequada, ao cânone constitucional da moralidade administrativa (art. 37 da C.F.), a exegese conducente à viabilidade de punir-se com mesma intensidade o servidor que, a título de exemplo, omite-se em cumprir o dever regulamentar de comunicar ao superior hierárquico a entrada tardia de pessoal na repartição (descumprimento de norma regulamentar e falta de lealdade ao órgão a que pertence) e aquele que pratica lesão aos cofres públicos, enriquecendo-se ilicitamente.

16. A tipificação do ato de improbidade administrativa não pode ser dissociada da natureza da infração e da gravidade desta. Por si só, a desonestidade, ilegalidade ou deslealdade é insuficiente à configuração desse ilícito, dada a abrangência dos sentidos léxicos.

17. Sob outro prisma, é razoável caracterizar-se a conduta consistente em “*frustrar a licitude de concurso público*” (art. 11 da Lei nº 8.429) como ato de improbidade, por isso que dela provém generalizado dano para a moralidade administrativa e prejuízos pecuniários conseqüentes da necessidade de refazer-se o processo seletivo, total ou parcialmente.

18. Entretanto, em face da natureza do seu conteúdo, não se pode dilargar o alcance do art. 11, V, da Lei nº 8.429: é necessário que se fixe o limite conceptual da improbidade administrativa, estabelecido de maneira a tê-la como tipificada no caso de o servidor “*frustrar a licitude de concurso público*”. Em sintonia com os motivos determinantes da antevisão, em lei, dessa ação anti-social como ato de improbidade, assinalados no item anterior, sobreleva-se o aspecto de que essa falta disciplinar é praticável durante o processo seletivo que compreende a divulgação dos editais de abertura do certame e de homologação do seu resultado.

19. Essa ilação emana do sentido que o legislador quis imprimir ao ilícito quando utilizou o vocábulo “frustrar”, referindo-se à ação do agente público que venha a obstar o regular desenvolvimento do processo seletivo, obtendo resultado não condizente com a seleção esmerada, suscetível de ser alcançado no curso das atividades administrativas de aferição do feixe de conhecimentos que os candidatos devem possuir para credenciá-los à investidura no cargo ou emprego público, conduta possível na fase que medeia o início da realização do concurso e a homologação do correspondente resultado.

20. É acepção consentânea com o sentido léxico do termo “frustrar”.

“frustrar. [Do lat. Frustrare] V. t. d. 1. Enganar a expectativa de; iludir, defraudar. 2. Baldar; inutilizar. P. 3. Não ter o resultado que se esperava; não sair como se pretendia; malograr-se, falhar: Frustraram-se todas as suas ambições” (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*).

21. No caso, a nomeação dos dois candidatos observou a ordem de classificação obtida no certame, consistindo a irregularidade em que, na data do provimento, ainda não haviam apresentado a tese do curso que freqüentaram. Esse fato é inconteste e reconhecido por (...) (o dirigente do estabelecimento que expediu o ato de provimento) e (...) (a dirigente de unidade de recursos humanos que preparou o processo e o ato de nomeação), advindo o desfazimento do ingresso.

22. Esses servidores assim justificam as nomeações:

a) *“... com a proximidade do início do ano letivo de 1997, a preocupação era enorme quanto à carência de Professores na Escola Agrotécnica Federal de Catu, existia a extrema necessidade de docentes e objetivando evitar prejuízos para os educandos, a exemplo de paralisação ou atraso no início das atividades escolares, motivaram de boa fé do Diretor Geral em efetuar a nomeação dos referidos professores, reiterando o objetivo principal, ou seja, preservar os educandos e por conseqüência não prejudicar o ano letivo. Conforme se apresenta nos autos, em nenhum momento existiu qualquer preterição de nomeação de candidatos na ordem de classificação, pois todos os concursados com ordem classificatória superior aos Professores (...) e (...) já haviam sido anteriormente nomeados para exercerem suas atividades, faltando somente estes serem realizadas tais nomeações”* (defesa apresentada por (...) à f. 972);

b) a *“depoente não lembra bem, mas ao que tem presente a nomeação só ocorreu porque a Direção Geral precisava de professores para a área e não tinha mais professores concursados a serem nomeados e o início do ano letivo aproximava-se”* (depoimento de (...), constitutivo da f. 704).

23. A contradita da comissão encontra-se registrada no relatório final e baseou-se exclusivamente em que:

a) *“para a contratação de professores, em caso de carência comprovada, tinha o indiciado caminhos legais de procedimentos, exemplificando-se com a contratação de professor substituto, de forma perfeitamente prevista nas normas vigentes”;*

b) o indiciado havia tentado efetuar a contratação dos mesmos candidatos anteriormente, tendo sido obstado por ação de unidades fiscalizadoras.

24. A admissão de professores substitutos é autorizada pelos arts. 8º e 9º do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos das instituições federais de ensino, aprovado pelo Decreto nº 94.664, de 1997, a fim de:

a) *“atender a programa especial de ensino, pesquisa e extensão, de acordo com as normas estabelecidas pela IFE”;* e

b) viabilizar *“substituições eventuais de docente das carreiras de Magistério”*, assim consideradas *“realizadas para suprir a falta de docentes de carreira, decorrente de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para tratamento de saúde ou licença à gestante”*. Verificado o afastamento definitivo do docente, *“após a admissão do Professor Substituto, será realizado concurso público para provimento da respectiva vaga”*.

25. Depreende-se que não eram essas as hipóteses com que se defrontaram os indiciados à época em que foram decididas as admissões, porquanto as vagas estavam

destinadas ao provimento efetivo e realizara-se o concurso público. Portanto, amparou-se a c.i. em pressuposto falso para refutar a justificativa dos indiciados.

26. Pelo que se expendeu nos itens 16, 18 a 20 deste expediente, a nomeação da espécie não se subsume na noção de ato de improbidade administrativa expressa em “*frustrar a licitude de concurso público*”, nem a natureza e a gravidade da falta em que incorreram (...) e (...) revestir-se-iam de elementos intrínsecos e de intensidade capazes de caracterizar essa falta disciplinar.

27. Afinal, veja-se a participação da (...), confessada até na própria defesa (f. 942), *verbis*:

“Por consequência, ao serem determinadas pelo Sr. Diretor Geral, as nomeações dos Professores (...) e (...), a ora Indiciada adotou as medidas de praxe em situação semelhantes, procedeu a formação de expediente administrativo, recebeu as documentações respectivas, e posteriormente foram concretizadas as nomeações.”

28. Dúvida não subsiste que (...) descumpriu seu dever de pontualidade e, em dissenso com o art. 24 da Lei nº 9.651, de 1998, atuou em reclamação trabalhista “*que tramitou na primeira Junta de Conciliação e Julgamento de Alagoinhas, envolvendo os ex-funcionários da Firma Floral Ltda. e que haviam prestado trabalhos profissionais para a Escola Agrotécnica Federal de Catu. Ademais, o horário da audiência certamente foi o do expediente forense quando a indiciada deveria estar prestando seus serviços para sua empregadora - a Escola Agrotécnica Federal de Catu e não participando de audiência representando interesses de clientes particulares*” (v. o relatório final).

29. A indiciada, no afã de demonstrar a impropriedade de sua apenação, asseve no item 17 da defesa de fls. 955/963, *ipsis litteris*:

“Assim, se está em questão, com fundadas razões, a própria constitucionalidade do art. 24, da Lei nº 9.651, não se afigura adequado punir-se o servidor público que apenas atuou, episodicamente, em uma ação trabalhista, logo após a promulgação do ato normativo, quando ainda se encontrava na crença legítima de que a Constituição não vedava a advocacia privada. Aliás se pudesse haver vedação, em relação à Advocacia da União, ela só podia decorrer de lei complementar (CF, art. 131), e não de lei ordinária.”

30. A Lei nº 9.651, de 1998, presumidamente constitucional, vedou o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais aos ocupantes dos cargos especificados nos seus arts. 1º e 14.

31. A vedação de os servidores advogarem antevista em lei, em sentido formal, coaduna-se com o princípio da legalidade, cuja observância é determinada no art. 37 da Carta.

32. De igual sorte, o art. 131 da C.F. reservou à lei complementar os assuntos de organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União, em que não se insere a proibição de os servidores exercerem a advocacia, em decorrência da percepção da vantagem em exame. Portanto, não encontra respaldo nesse dispositivo a tese de que o último tema versaria matéria própria de lei complementar.

33. Em vista do exposto e de imputações a seguir especificadas e suficientemente apuradas no presente processo disciplinar, deve-se infligir as penalidades:

a) de suspensão, por sessenta dias, a (...), em virtude de haver efetuado a nomeação irregular de que se cuida e atestado, de maneira irregular, a frequência de (...), acrescendo-se a omissão em adotar medidas imediatas quanto a atos de invasão de bem público;

b) de suspensão, por trinta dias, a (...), em virtude de haver atuado na admissão de candidatos, na qualidade de dirigente de unidade de recursos humanos, como exposto acima;

c) de suspensão, por trinta dias, a (...), considerando que não cumpriu com seu dever de pontualidade e exerceu a advocacia fora de suas atribuições institucionais. Com apoio no art. 130, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, essa penalidade deve ser convertida em multa: a indiciada é ocupante única de cargo privativo de Bacharel em Direito na Escola Agrotécnica Federal de Catu;

d) de advertência a (...) e (...), por terem assinado a *“folha de frequência do livro-ponto da médica (...), sem verificar a correção do seu preenchimento”* (cfr. a conclusão do relatório final).

34. Incumbe ao Ministro de Estado da Educação a aplicação das penalidades acima enumeradas, em razão de haver instaurado o processo disciplinar.

Sub censura.

Brasília, 8 de novembro de 2000.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-165, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS; e PARECER Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*.

Assuntos abordados neste Parecer: As alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, não retroagem em relação às penas já aplicadas ao tempo anterior às inovações. Aos atos ímprobos cometidos antes das citadas alterações legais e ainda não julgados aplica-se a nova redação, se benéfica ao acusado.

PARECER AGU Nº BBL-8

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se para os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 9 de novembro de 2022”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 10/11/22, pg. 8 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00688.000720/2019-10.

INTERESSADO: CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES.

ASSUNTO: APLICAÇÃO TEMPORAL DA LEI Nº 14.230, DE 2021, AOS PROCESSOS DISCIPLINARES

PARECER Nº BBL - 08

ADOTO, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00583/2022/GAB/CGU/AGU, de 27 de setembro de 2022, do Despacho nº 00474/2022/DECOR/CGU/AGU, de 26 de setembro de 2022, e do Despacho nº 00007/2022/CNPAD/CGU/AGU, de 15 de setembro de 2022, o Parecer nº 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

BRUNO BIANCO LEAL
Advogado-Geral da União

DESPACHO n. 00583/2022/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Aplicação temporal da Lei nº 14.230, de 2021, aos processos disciplinares

Exmo. Senhor Advogado-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 474/2022/DECOR/CGU/AGU e do Despacho nº 7/2022/CNPAD/CGU/AGU, o Parecer nº 5/2022/CNPAD/CGU/AGU, da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.
2. Caso acolhido, expeça-se ofício, pelo Gab/CGU, à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Após, restitua-se o feito ao DECOR/CGU para adoção das providências remanescentes.

Brasília, 27 de setembro de 2022.

(assinado eletronicamente)

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União
Consultor-Geral da União

DESPACHO n. 00474/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Aplicação temporal da Lei nº 14.230, de 2021, aos processos disciplinares

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho n. 7/2022/CNPAD/CGU/AGU (seq. 584), o Parecer n.5/2022/CNPAD/CGU/AGU (seq. 583), da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, com amparo na competência conferida pelo art. 28, inciso I, e parágrafo único do art. 30, da Portaria Normativa AGU n. 24, de 2021¹.

2. Caso acolhido, **(a)** encaminhe-se o feito ao Departamento de Informações JurídicoEstratégicas da Consultoria-Geral da União para os fins do § 3º do art. 2º da Portaria CGU/AGU nº 3, de 2019², encarecendo, ainda, que se considere a possibilidade de conferir ampla divulgação da manifestação ora acolhida, inclusive via informativo "Mundo Consultivo" e outros meios pertinentes; **(b)** confira-se ciência ao Coordenador da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União; e **(c)** confira-se ciência à Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral Federal, à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, ao Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da Consultoria-Geral da União, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no município de São José dos Campos.

Brasília, 26 de setembro de 2022.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Notas

1. Art. 28. Incumbe às Câmaras Nacionais: I - propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas; (...) Art. 30. As Câmaras Nacionais ficarão vinculadas ao órgão da Consultoria-Geral da União, a ser indicado no ato de sua criação. Parágrafo único. As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais serão submetidos à apreciação do órgão supervisor competente, do Consultor-Geral da União e, quando necessário, do Advogado-Geral da União.

2. Art. 2º Observado o seu âmbito temático de atuação, incumbe às Câmaras Nacionais: (...) § 3º Cabe ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF) promover adequada divulgação e consolidação dos trabalhos jurídicos das Câmaras Nacionais, podendo ser divulgados no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU) ou pela Escola da AGU.

DESPACHO n. 00007/2022/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

Sr. Diretor do DECOR.

1. Submeto para conhecimento e providências desse Departamento, o PARECER nº 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU, produzido pela Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares CNPAD.
2. O tratado parecer enfrenta especificamente a questão da aplicação da norma no tempo em razão das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992.
3. Destaco tratar-se de matéria de significativa relevância para a atuação de Consultoria e Procuradorias Jurídicas da Advocacia-Geral da União. E, para além da importância das diretrizes do parecer para os trabalhos da Advocacia Pública Federal, o tema interessa e afeta diretamente atuação e decisões de todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.
4. Dessa forma, sugiro, conforme entendimento colhido no âmbito da CNPAD, que a matéria seja submetida ao Advogado-Geral da União e para posterior aprovação pelo Presidente da República, na forma do artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 15 de setembro de 2022.

Kleber Alexandre Balsanelli

Advogado da União

Subcorregedor de Apoio a Julgamento Disciplinar - CGAU/AGU

PARECER n. 00005/2022/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO DE IMPROBIDADE. DEMISSÃO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IRRETROATIVIDADE DA NORMA A CASOS JULGADOS. ART. 132, IV. DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990.

1. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) possui natureza cível, sendo destinada à responsabilização dos agentes públicos e terceiros, integrando o sistema que tutela a probidade, respaldado no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal (CF) e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.
2. A aplicação do direito sancionador à tutela da probidade administrativa, não retira sua natureza cível, por isso não cabe a aplicação de todos os princípios e reservas do direito penal à tutela civil da probidade.
3. Reconhece-se a retroatividade da lei benéfica, instituto atinente ao Direito Penal, no Direito Administrativo Sancionador. Entretanto, a retroatividade deve respeitar os pressupostos do sistema constitucional que tutela a probidade.
4. A tipicidade da improbidade extrai-se do artigo 37, § 4º, da CF e a não retroatividade também é retirada do mesmo dispositivo constitucional que especifica a sua regulamentação por lei.

5. As inovações na LIA merecem interpretação sistemática a ser amparada principalmente no preceito constitucional de tutela da probidade. Considerando essa premissa, a retroatividade das novas disposições não pode levar a uma retroação irrestrita, pois significaria violação ao princípio da vedação do retrocesso e perda de eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º, da CF, bem como extinguiria o poder de autotutela da Administração, com grave reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo, na proteção ao patrimônio público e no direito da sociedade à gestão pública proba.

6. A probidade administrativa foi alçada a direito difuso fundamental no sistema de combate à corrupção definido pela CF, o que impede a retroatividade da norma de forma irrestrita, sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso no enfrentamento de irregularidades.

7. A retroatividade das alterações da LIA não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, reconhecendo-se no caso a aplicação da retroatividade temperada ou mitigada, por meio da qual a lei nova alcança e atinge os efeitos "futuros" de situações passadas consolidadas sob a vigência da lei anterior. As situações consolidadas na vigência da norma anterior submetem-se ao regime vigente ao tempo do seu processamento e decisão.

8. As inovações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior.

9. Aos atos ímprobos anteriores às inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados aplica-se as diretrizes da nova norma, diante a análise do caso em concreto, desde que a nova redação seja mais benéfica ao acusado.

10. No caso de atos praticados em momento anterior ao advento da Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados pela autoridade competente até a edição da referida lei, aplica-se a norma incidente ao tempo da prática dos respectivos atos (*tempus regit actum*), se, diante da análise do caso concreto, extrair-se que a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, apresenta-se mais maléfica ao acusado, em comparação com a redação anterior, insculpida na Lei nº 8.429, de 1992.

Referências: Artigo 37, § 4º da CF. Artigo 142, inciso I e § 2º da Lei nº 8.112, de 1990. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Artigos 6º e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Senhor Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

I - Relatório.

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares - CNPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União, cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019.

2. Em reunião realizada em 9 de novembro de 2021, a CNPAD deliberou se manifestar sobre o impacto das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, em especial sobre a retroatividade das inovações legislativas.

3. A orientação objetiva conferir segurança jurídica às unidades correcionais, tendo em vista a multiplicidade de interpretações possíveis diante das modificações introduzidas pela novel legislação. Tal escopo atende ao mandamento legal previsto no art. 30 da LINDB.

4. A presente manifestação abordará os princípios que incidem no Direito Administrativo Sancionador e a interpretação sistemática a ser dada às novas disposições da tutela da probidade administrativa.

II - Do Direito Administrativo Sancionador

5. A inovação legislativa trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, trouxe a necessidade de manifestação pela Câmara Nacional acerca da aplicação intertemporal da norma, especialmente sobre a sua aplicação a favor dos acusados para os casos que já foram objeto de processo de responsabilização no âmbito administrativo ao final de processo disciplinar.

6. A responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa pode ser administrativa, cível e penal ou mesmo ética. A esfera de responsabilização ocorrerá conforme a natureza do ato e sua lesividade, podendo alcançar a aplicação de sanções variáveis em grau e em essência.

7. Convém ressaltar que a responsabilização em diversas esferas decorre da proteção da probidade, a qual tem respaldo no artigo 37, § 4º da CF.

8. A Lei nº 14.230, de 2021, incluiu no artigo 1º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, o § 4º, para consignar expressamente a aplicação do Direito Administrativo Sancionador à improbidade:

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

9. O Direito Administrativo Sancionador submete-se ao regime de direitos e garantias fundamentais, fundando em tais preceitos a legitimidade e a juridicidade de seu poder punitivo.

10. Inequivocamente, há semelhança entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal, pois decorrentes do poder punitivo do Estado. Entretanto, tal semelhança não significa completa identidade, não podendo a transposição de conceitos e estruturas ser feita sem a observância e harmonização do arcabouço normativo vigente.

11. O princípio da legalidade é estrutura básica do Direito Penal, sendo o princípio da anterioridade desdobramento da legalidade. Dessa forma, a correlação entre legalidade e anterioridade confere apoio para a interpretação das normas subjacentes e dela decorre que a lei penal incriminadora deve ser anterior ao fato; ninguém pode ser apenado se, no momento da ação, a conduta não estava tipificada; e o autor não pode ser prejudicado com o agravamento quantitativo ou qualitativo diante de posterior gravame do fato em razão de nova lei.

12. Nesse panorama, a extratividade da lei penal é medida excepcional, admitida em situações específicas e delimitadas.

13. Em razão da semelhança do caráter repressivo entre o Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, embora haja certa mitigação da legalidade no âmbito administrativo disciplinar, há exigência da descrição do núcleo da conduta vedada para permitir eventual efeito da anterioridade e da retroatividade da lei mais benéfica.

14. A CF confere a garantia ao devido processo legal (artigo 5º, LIV), ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV), havendo garantias que a Lei Maior delimita particularmente ao Direito Penal, tal como se dá com a legalidade estrita, tipicidade e anterioridade (artigo 5º, XXXIX) e com a irretroatividade, ressalvada a retroação da lei penal mais benéfica (artigo 5º, XL).

15. No campo da improbidade administrativa, a exigência de tipicidade, legalidade estrita e irretroatividade da lei sancionatória decorre do artigo 37, § 4º, da CF, que, além de fixar a tutela da probidade administrativa, determina que os seus tipos e sanções serão previstos em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

16. Convém ressaltar que o fato de a inovação legislativa especificar a aplicação do Direito Administrativo Sancionador à improbidade administrativa, não retira sua natureza cível, por isso não cabe a aplicação de todos os princípios e reservas do direito penal à tutela civil da probidade.

17. Nesse sentido leciona o professor Ricardo de Barros Leonel^[1]:

“Disso se extrai que a disciplina específica do Direito Sancionador na tutela da probidade administrativa não se identifica completamente com a disciplina do Direito Penal. Existe uma área em que as garantias são comuns, mas existe uma outra em que há distinção. O regime do Direito Penal não se aplica automaticamente e sem reservas à tutela da probidade.

O quadro acima resulta de normas constitucionais originárias. Não pode ser alterado pela lei infraconstitucional.

Ademais, no cotejo entre garantias que têm diferente regime e diversos campos de aplicação (artigo 5º, XXXIX e XL, e artigo 37, § 4º), não são aceitáveis soluções que não promovam sua harmonização.

Uma das regras de hermenêutica mais conhecidas diz que a lei não tem palavras inúteis. Inclusive a "lei" constitucional.

(...)

A correta exegese indica que a retroatividade da lei mais benéfica se circunscreve ao Direito Penal (artigo 5º, XL da CF). Não se aplica à tutela da probidade. O artigo 37, § 4º, da CF não tem tal previsão.

Raciocinar com premissas do Direito estrangeiro, aqui, é desconhecer a ordem constitucional brasileira.

Não convence, por outro lado, dizer que a retroação, na tutela da probidade, se funda na isonomia, evitando injustiças. Essa é uma forma de fraudar a aplicação da lei sem declará-la inconstitucional.

A isonomia quanto a certo regime jurídico deve ser verificada em relação ao seu tempo de incidência e àqueles (sujeitos) que, então, se submetiam a ela. Não quanto à disciplina superveniente. Comparar o que ocorreu no passado (vigência da lei anterior) com o que se verifica no presente (lei nova) é por lado a lado situações heterogêneas. Seria como cotejar água e vinho esperando que a ambos ocorram as mesmas reações químicas.

Todos que no passado incorreram em ilícitos devem ter o mesmo tratamento. Segue-se a lei vigente na época em que a conduta foi praticada.”

18. No mesmo sentido ensina Rafael Munhoz de Mello:

“Como ensinam Carlos Enrico Paliero e Aldo Travi, é o princípio do favor *libertatis* que justifica a retroatividade da lei penal mais benigna, considerando-se a gravidade da pena de prisão e os efeitos que tal medida produz sobre o condenado, só superados pelos efeitos da pena de morte. No direito administrativo sancionador não há espaço para o argumento, sendo certo que a sanção administrativa não pode consistir em pena de prisão. [...] Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva.” (Princípios Constitucionais do Direito Sancionador". Editora Malheiros, 2007. p. 153-156).”

19. Fábio Medina Osório^[2] defende que o dado o dinamismo inerente ao Direito Administrativo Sancionador não se equipararia, de maneira irrestrita, ao Direito Penal em matéria de retroatividade da lei mais benéfica.

20. Dessa maneira a disciplina do Direito Administrativo Sancionador na tutela da probidade administrativa não se iguala à disciplina do Direito Penal, certo que há garantias comuns a ambos regimes, mas há também pontos de distinção, não se aplicando automaticamente e sem reservas à tutela constitucional da probidade a inteireza do Direito Penal.

21. A LIA possui natureza cível, sendo destinada à responsabilização dos agentes públicos e terceiros, integrando o sistema que tutela a probidade, respaldado no artigo 37, § 4º, da CF e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 2006.

22. Reconhece-se a retroatividade da lei benéfica, instituto atinente ao Direito Penal, no Direito Administrativo Sancionador, considerando a similitude de ambas esferas. Entretanto, a retroatividade deve respeitar os pressupostos do sistema constitucional que tutela a probidade. De maneira que a interpretação das novas disposições deve observar as consequências da opção hermenêutica e sua interferência na realidade subjacente. Além disso, é preciso considerar que as inovações trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, possuem abrandamento e agravamento, não sendo possível apenas a retroação de parte da lei benéfica, o que não é admitido pela jurisprudência e doutrina dominantes.

23. As novas disposições possuem aplicação imediata da lei no que se refere aos seus aspectos processuais, em relação aos processos pendentes de julgamento, mantendo-se os atos processuais já praticados sob a égide da lei anterior, a teor do artigo 14 do Código de Processo Civil (CPC).

24. Dada a natureza híbrida da Lei nº 14.230, de 2021 (material e processual), conforme jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal (STF), não é possível a conjugação de dispositivos mais benéficos das normas para criar-se uma terceira hipótese, ainda que em matéria penal (HC 100.437/MG e HC 100.122/SP, Min. Ricardo Lewandowski; HC 98.766/MG, Rel. Min. Ellen Gracie; RHC 94.806/PR e RHC 101.278/RJ, Rel. Min. Carmen Lúcia; RHC 94.802/RS e RHC 95.615/PR, Rel. Min. Menezes Direito).

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. RETROATIVIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. COMBINAÇÃO DE LEIS. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STF. PACIENTE QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática da conduta tipificada no art. 12, c/c o art. 18, I, ambos da Lei 6.368/76. 2. Requer o impetrante a concessão da ordem de *habeas corpus* para a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que não é possível a combinação de leis no tempo. Entende a Suprema Corte que agindo assim, estaria criando uma terceira lei (*lex tertia*). 4. Com efeito, extrair alguns dispositivos, de forma isolada, de um diploma legal, e outro dispositivo de outro diploma legal, implica alterar por completo o seu espírito normativo, criando um conteúdo diverso do previamente estabelecido pelo legislador. (...). 6. Diante do exposto, denego a ordem" (HC 96.430/SP, Relator Min. Ellen Gracie).

"Habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime cometido sob a vigência da Lei nº 6.368/76. Impossibilidade de aplicação da redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/06). Ordem concedida de ofício. (...) 3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, é inadmissível a conjugação da pena-base prevista na Lei nº 6.368/1976 e a causa de diminuição contida na Lei nº 11.343/2006, visto que, agindo deste modo, o juiz atuaria como legislador positivo, criando uma terceira lei, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico. 4. Habeas corpus denegado (...)" (HC 97.977/MG, Rel. Min. Dias Toffoli.)"

25. Importante observar que, ao tratar da irretroatividade da lei penal incriminadora e da excepcional retroatividade, dispõe o artigo 5º, inciso XL da CF de forma taxativa ao se referir à "lei penal". Nesse panorama, considerando que a tipicidade da improbidade extrai-se do artigo 37, § 4º da CF e que a não retroatividade também é retirada do mesmo dispositivo constitucional que especifica a sua regulamentação por lei, por consequência não se pode tratar como sinônimo Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, ainda mais quando se está a tratar de improbidade, a qual possui tutela constitucional com garantias próprias e específicas.

26. Vem a fortalecer a irretroatividade ampla da inovação legislativa na LIA o fato de o tema da retroatividade ter sido proposto e não avançado na Casa Legislativa^[3], o que é uma clara demonstração que o legislador não pretendeu com a alteração normativa retroceder ao já decidido sob a égide legal anterior.

27. Isto posto, reconhece-se a retroatividade da lei nova mais benéfica apenas para alcançar os casos ainda não julgados no âmbito administrativo, pois a lei não retroagirá para atingir o ato jurídico perfeito, conforme artigo 5º, inciso XXXVI da CF.

III - Estabilização das relações jurídicas no âmbito administrativo

28. No âmbito administrativo disciplinar deve-se entender por situação constituída sob a égide de lei anterior os casos já processados e julgados pela autoridade competente, ou seja, aqueles em que foram aplicadas sanções disciplinares (publicação do ato sancionador) nos termos do artigo 141 da Lei nº 8.112, de 1990.

29. Nesse sentido cabe trazer precedente do Superior Tribunal de Justiça que bem fixou o entendimento de que a sanção aplicada a servidor faltoso não está sujeita aos sabores de superveniente legislação, mas aquela vigente no momento de sua aplicação:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRAZO PRESCRICIONAL. REMISSÕES GENÉRICAS. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE ESPECÍFICA. PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE.

1. O ora recorrente, Oficial de Justiça à época, foi investigado por exigir custas excessivas em processo judicial. O Conselho da Magistratura demitiu-o em 1986, após o regular processo administrativo, em decisão ratificada pelo Órgão Especial. Pleiteou-se a revisão do processo, em 1994, que, rejeitada por maioria de votos, ensejou a impetração de Mandado de Segurança, o qual foi denegado.

2. A demissão a bem do serviço público do recorrente foi confirmada pelo órgão especial em 1987, e o ato demissório deu-se em 1989. O pedido de revisão ocorreu mais de cinco anos depois, porquanto admissível sua propositura, uma única vez, a qualquer tempo (art. 249 da Lei 10.098/1994).

3. *In casu*, quando julgado o processo administrativo (1986), não havia norma sobre prescrição no Código de Organização Judiciária (Lei Estadual

5.256/1966), que tratou da Ação Disciplinar (arts. 756 e ss.). O acórdão recorrido valeu-se de dupla remissão para aplicar a prescrição prevista na legislação penal. Essa lacuna normativa perdurou até a edição da LCE 10.098/1994, que passou a regulamentar expressamente a prescrição da Ação Disciplinar em prazo mais curto, favorável ao recorrente.

4. Caso a lacuna da legislação local tivesse sido suprida ao longo do PAD mediante edição de lei nova que regulasse a prescrição no âmbito administrativo, estar-se-ia diante de norma superveniente que seria levada em consideração no julgamento do processo administrativo e poderia resultar na sua extinção.

5. Contudo, o pedido de revisão tem prazo aberto e pode ser apresentado a qualquer momento. A valer a proposição do recorrente, passados 5, 10, 20 ou 40 anos, havendo mudança na lei a respeito dos prazos prescricionais, todos os processos administrativos que ensejassem de advertência a demissão poderiam ser rejuizados, adotando-se a legislação eventualmente mais benéfica.

6. A diferença ontológica entre a sanção administrativa e a penal permite a transpor com reservas o princípio da retroatividade. Conforme pondera Fábio Medina Osório, "se no Brasil não há dúvidas quanto à retroatividade das normas penais mais benéficas, parece-me prudente sustentar que o Direito Administrativo Sancionador, nesse ponto, não se equipara ao direito criminal, dado seu maior dinamismo".

7. No âmbito administrativo, a sedimentação de decisão proferida em PAD que condena servidor faltoso (acusado de falta grave consistente na cobrança de custas em arrolamento em valor aproximadamente mil vezes maior) **não pode estar sujeita aos sabores da superveniente legislação** sobre prescrição administrativa sem termo *ad quem* que consolide a situação jurídica. Caso contrário, cria-se hipótese de instabilidade que afronta diretamente o interesse da administração pública em manter em seus quadros apenas os servidores que respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções, respeitadas as garantias do *due process*.

8. Precedente em situação similar indica: "quanto à alegação de prescrição administrativa, questão que em tese poderia determinar a anulação do ato que cassou a nomeação do recorrente na função de Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Palhoça/SC, verifica-se que as leis apresentadas (9.873/99 e 9.784/99) foram editadas após a ocorrência da nomeação do recorrente em 1992 e após o próprio ato de cassação ocorrido em 1998, não podendo retroagir para alcançar a situação do recorrente. Precedentes: RESP nº 646107/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 14/03/2005; MS 9092/DF, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 25.09.2006 e EDcl no AgRg no RESP nº 547668/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 02/05/2005" (AgRg no AgRg no REsp 959.006/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 7.5.2008).

9. Recurso Ordinário não provido. (STJ. RMS 33.484. Relatór Ministro Herman Benjamim.

Segunda Turma. DJe: 01/08/2013) grifos nossos."

30. Oportuno citar precedente do Supremo Tribunal Federal que, mesmo diante de lei penal mais benéfica, entendeu que a retroatividade não se opera para alcançar pena já cumprida:

"EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário. Matéria criminal. 2. Possibilidade de fixação da pena acima do mínimo legal. Precedentes. 3. Perda automática da função pública, com base no art. 68, II, do Código Penal, com redação anterior à Lei 7.209/84. Precedente. 4. Não

retroatividade da lei mais benigna para alcançar pena já cumprida. Precedente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. AGRE 395.269. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ 05/03/2004).”

31. Extraí-se do voto do Ministro Gilmar Mendes:

“No que concerne a retroatividade da lei mais benigna, o agravante também não logrou êxito em afastar os argumentos da decisão agravada, posto que esta retroatividade não se opera para alcançar a pena já cumprida, conforme o Rel. Néri da Silveira, no julgamento do RE 100.530, 1ª T., DJ 13.12.85, consignou em seu voto:

‘Penso, *data venia*, que a lei nova (Lei nº 7.209/1984) não pode ser aplicada à presente espécie. Não há falar, aqui, em execução de pena. A pena imposta ao recorrente foi executada, já faz muito tempo. Não se encontra o feito em fase de execução de sentença. Não cabe inovar a lei mais benigna, a fim de reduzir a pena imposta, em face de novos limites estabelecidos ou de nova classificação - Se coubesse admitir tal, então estaria aberto, a todos aqueles no País, que, na vigência do Código de 1940, revogado na Parte Geral, foram punidos por peculato, (com imposição de pena acessória de perda de cargo transitada a decisão em julgado e já executada) viessem pedir a aplicação da Lei nº 7.209/1984. Não se trata, aqui, de pleitear qualquer providência, no juízo de execução de pena, porque esse já exauriu sua competência, desde o momento em que as penas se cumpriram. *Data Venia*, a lei mais benigna pode ser invocada, como se tem entendido, perante o juízo das execuções, não depois de já finda a execução da pena.

De outra parte, não estabelece a lei nova qualquer anistia, quanto aos punidos, em casos anteriores, em que já se deu a execução integral das penas impostas. Se se entendesse, diferentemente, todos os que perderam o cargo público por pena acessória, desde que não tenham sido condenados a mais de quatro anos de reclusão, estariam intitulado a pedir revisão criminal, qualquer que fosse o tempo passado, em ordem a ver cancelada essa sanção acessória. Todos os casos de peculato poderiam ser submetidos a revisão, com vistas ao cancelamento da pena acessória, já executada, juntamente com a pena principal’.”

32. Embora tecnicamente o instituto da coisa julgada não exista na via administrativa, e sim somente na via judicial, haja vista a adoção do sistema de jurisdição única pelo ordenamento jurídico pátrio, tal fato não significa que no Direito Administrativo Sancionador inexistam respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, sendo estes princípios aplicáveis ao processo administrativo.

33. Assim, no âmbito administrativo disciplinar, adota-se como decisão final aquela que termina o processo em seu mérito. Embora o mérito possa ser revisto na via judicial ou até mesmo pela própria Administração no seu poder de autotutela, tal circunstância não retira o seu caráter de decisão definitiva no âmbito administrativo.

34. Quanto à estabilização das relações jurídicas no âmbito administrativo, cabe trazer à colação precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entendeu que a decisão administrativa exaure aquela instância, podendo o ato ser revisto pelo Poder Judiciário:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDICAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXCLUSÃO DE

APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO.

(...)

5. 'A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída'. (STJ. Resp 472399. Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. DJ 19/12/2002 p. 351)."

35. Registra-se que o pedido de revisão não é propriamente um recurso, mas um requerimento a partir de fatos novos ou circunstâncias que visa desconstituir o ato administrativo deliberado em processo administrativo sancionador já findo, que inaugura um novo processo. Por essa razão, tal previsão não deve ser tida como ausência de término do processo disciplinar, mas como possibilidade de rescindir decisão anterior diante de outros fatos não analisados no processo decidido anteriormente.

36. Assim, tendo havido tempestiva intervenção sancionadora disciplinar sob a égide da norma anterior com o julgamento e aplicação da sanção pela autoridade competente, deve-se prestigiar o interesse público resguardado sob a norma anterior.

37. O interesse público é um conceito recepcionado na CF, estando presente no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (artigo 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública (artigo 37, inciso IX), na disciplina das leis (artigo 66, § 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (artigo 93, inciso VIII, e artigo 95, inciso II) e no Ministério Público (artigo 128, § 5º, inciso I, alínea "b"). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional, sendo o Direito Administrativo Sancionador um dos instrumentos dedicados a otimizar a realização do interesse público.

38. No resguardo do interesse público, muitas vezes torna-se imperioso a Administração utilizar o seu poder sancionador disciplinar, com a aplicação de sanção de demissão do cargo público ou cassação de aposentadoria contra aqueles que atentam contra bens jurídicos basilares e que atuam em total desconformidade com as condutas exigidas legalmente à época dos fatos.

39. A sanção administrativa disciplinar não tem finalidade única, sendo uma das mais relevantes a proteção do interesse público, com o concomitante resguardo dos direitos fundamentais dos administrados. Nesse cenário, considerando que a sanção disciplinar é um meio de gestão institucional, e não um fim em si mesmo, bem como que o corpo funcional deve sempre se adequar às exigências impostas no ordenamento vigente da época, não é aceitável que determinados ilícitos tipificados, praticados e sancionados sob norma anterior, sejam plenamente exculpados por força de retroação de nova lei. Admitir-se tal hipótese é negar subordinação do Direito Administrativo Sancionador aos princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade e economicidade, bem como negar o direito de os cidadãos usufruírem de uma Administração com moralidade administrativa.

40. Com esta compreensão, o Direito Administrativo Sancionador não está submetido ao Direito Penal, não podendo esse desnaturar a índole administrativista dos sistemas sancionadores administrativos.

41. O Direito Administrativo Sancionador tem a função de promover o atendimento aos valores de coerência, racionalidade e segurança jurídica na tutela dos objetivos de interesse público. Não pode eventual alteração legislativa ser utilizada para rever ato disciplinar

aplicado sob lei anterior que teve adequada legitimidade e eficiência na indispensável tutela do interesse público, sendo ato jurídico perfeito.

42. O ato jurídico perfeito é o já consumado, que seguiu a norma vigente ao tempo em que se efetuou e que o tornou apto a produzir efeitos, sendo expressão da garantia à segurança jurídica, a qual assegura que as situações disciplinadas por uma lei continuarão protegidas mesmo que essa lei seja revogada ou substituída por outra.

43. A vedação à retroatividade plena dos dispositivos inaugurados pela Lei nº 14.230, de 2021, guarda submissão à tutela constitucional da probidade administrativa fixada no artigo 37, § 4º da CF. De maneira que a consolidação de decisão proferida em processo disciplinar que condena servidor faltoso não pode estar sujeita à superveniência da legislação, sob pena de causar instabilidade no relevante interesse público de a Administração Pública manter em seus quadros apenas os servidores que respeitem as normas constitucionais e infraconstitucionais no exercício de suas funções.

44. O princípio da segurança jurídica no seu aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas, e no seu aspecto subjetivo, da proteção à confiança, leva em conta a boa-fé da sociedade que acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração, ainda quando se está a falar do direito difuso que é a probidade administrativa.

45. E nesse diapasão, o Direito Administrativo acabou por influenciar o contido no art. 927, §§ 3º e 4º do CPC, o qual tem menção expressa à proteção da confiança para determinar que "na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica". E ainda que "a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

46. Na espécie, é preciso realçar que a improbidade na esfera disciplinar possui previsão específica no artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, sendo a utilização da Lei nº 8.429, de 1992, apenas subsidiária. Além disso, as sanções administrativas aplicadas se deram em consonância com a firme interpretação dada à norma pelos Tribunais Superiores acerca dos requisitos legais necessários para definição do ato de improbidade.

47. A existência de jurisprudência consagrada nos Tribunais Superiores acerca da probidade administrativa criou na sociedade e na Administração Pública a crença de que os seus comportamentos e as suas decisões, desde que em conformidade com essa jurisprudência uniformizada, são lícitas, adequadas, bem como vieram a atender o interesse difuso da probidade. Nessa dimensão, para que se observe a segurança jurídica, é necessário que as inovações acerca da probidade administrativa só produzam efeitos *ex nunc*, permanecendo válidas as decisões tomadas diante da norma anterior.

48. Nesse panorama, convém trazer à colação a LINDB, ao preceituar, nas revisões administrativas, a observância das orientações vigentes à época de sua prática:

"Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança

posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.”

49. A norma acima vem proteger a segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (confiança legítima quanto à validade dos atos emanados do poder público).

50. No que concerne à sanção a servidores públicos, é oportuno destacar que a Lei nº 8.112, de 1990, em seu artigo 132, inciso IV, previu, desde sua redação original, a pena de demissão para quem tenha incidido em improbidade administrativa. A redação do Estatuto é anterior à Lei 8.429, de 1992, mas isso não significa ausência de tipicidade da conduta, pois, desde 5 de outubro de 1988, a CF prevê o repúdio a atos que atentem contra os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (no seu artigo 37, *caput*). E o repúdio à improbidade administrativa não foi inaugurado pela Lei nº 8.429, de 1992. No passado, as Leis Pitombo Godoy Ilha e Bilac Pinto (Leis nºs 3.164, de 1º de junho de 1957 e 3.502, de 21 de dezembro de 1958) instituíram a responsabilização por improbidade.

51. O ato ímprobo é fato jurídico passível de apuração e penalização nas esferas penal, civil e administrativa. A diretriz constitucional estampada no artigo 37, 4º criou um sistema de combate a atos ímprobos e, no que concerne ao servidor público, a sanção é devida uma vez atendida a exigência constitucional fixada no artigo 41, § 1º, inciso II.

52. As inovações na LIA merecem interpretação sistemática a ser amparada principalmente no preceito constitucional de tutela da probidade. Considerando essa premissa, a retroatividade das novas disposições não pode levar a uma retroação irrestrita, pois significaria violação ao princípio da vedação do retrocesso e perda de eficácia ao comando constitucional previsto no art. 37, § 4º da CF, bem como extinguiria o poder de autotutela da Administração, com grave reflexo na autonomia administrativa do Poder Executivo, na proteção ao patrimônio público e no direito da sociedade à gestão pública proba, sendo inconcebível admitir a interpretação de que uma lei editada para coibir com maior rigor a improbidade administrativa venha a enfraquecer a tutela da probidade.

53. A corroborar a não aplicação da retroatividade das novas disposições da LIA aos casos disciplinares já julgados no âmbito administrativo, convém trazer o entendimento do STJ de que a previsão na lei estatutária de sanção disciplinar por ato de improbidade (artigo 132, IV) não é idêntica e não segue a mesma natureza do previsto na Lei nº 8.429, de 1992 (MS 15.054/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2011, DJe 19/12/2011), tendo concluído a Corte Superior que o tipo previsto no artigo 132, inciso IV da Lei nº 8.112, de 1990, continua válido sendo sanção disciplinar autônoma em relação à LIA. Isso porque, no procedimento administrativo, o servidor responde por transgressão ao dispositivo legal que determina ser seu dever proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública.

“MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVOGAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES FEDERAIS. NÃO-OCORRÊNCIA. DESVIO DE FUNÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ATOS ILÍCITOS APURADOS QUE NÃO DEPENDIAM DE CONHECIMENTO TÉCNICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DEFESA ESCRITA APRESENTADA POR ADVOGADO REGULARMENTE CONSTITUÍDO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ATOS

DE NATUREZA GRAVE. ARGUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A chamada "Lei de Improbidade Administrativa", Lei 8.429/92, não revogou, de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Aquele diploma legal tão somente buscou definir os desvios de conduta que configurariam atos de improbidade administrativa, cominando penas que, segundo seu art. 3º, podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Em consequência, nada impede que a Administração exerça seu poder disciplinar com fundamento em dispositivos do próprio Regime Jurídico dos Servidores, tal como se deu no caso vertente.

(...)

(MS 12.262/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 461)"

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REMESSA DE VALORES PARA O EXTERIOR, SEM DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CONDUTA ÍMPROBA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. PROVA EMPRESTADA DO JUÍZO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. PENA DE DEMISSÃO IMPOSTA PELA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INDEMONSTRADO.

(...)

4. Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa.

5. A pena de demissão não é exclusividade do Judiciário. Na realidade, é dever indeclinável da Administração apurar e, eventualmente, punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar. (...)

7. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado. (MS 12.536/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 26/9/2008)"

54. Extraí-se do voto da Ministra Relatora Laurita Vaz no MS 12.536:

"Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

A legislação aplicável, no caso, foi a Lei nº 8.112/90, que dispõe:

'Art. 116. São deveres do servidor:

[...]

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;'

'Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;'

E, como a Lei do Regime Jurídico Único não esmiúça as condutas passíveis de configurar improbidade administrativa, o Administrador, validamente, se utilizou, de forma subsidiária, dos conceitos e definições contidas na Lei nº 8.429/92, de onde se lê:

‘Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições [...]’.

Conforme bem anotado pela Autoridade Impetrada, *litteris*:

‘A conduta do autor foi tipificada no artigo 132, inciso IV, da Lei n.º 8.112/90. A CI, seguindo entendimento já expresso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - Parecer PGFN/ CJU/N.º 155/2000, utilizou-se tão-somente dos conceitos contidos na lei n.º 8.429, de 1992.

[...]

Como se vê, a Lei nº 8.112/90, de 1990 apenas se socorre subsidiariamente da Lei nº 8.429, de 1992 para conceituar o que é improbidade administrativa. Ademais, inclusive o processamento do apuratório, atém-se ao rito definido na própria Lei nº 8.112/90, de 1990’.”

55. Cabe trazer trecho do voto do Ministro Gilson Dipp no MS 15054 que bem distinguiu a infração disciplinar do ato de improbidade sujeito a processo judicial, afirmando a autonomia da sanção disciplinar:

“Em resumo, é possível admitir que uma infração disciplinar possa ser reconhecida como ato de improbidade e sujeitar-se ao processo judicial correspondente, assim como reconhecê-la como crime e sujeitá-la à ação penal, sem que, por uma ou outra circunstância, seja inviabilizada a autonomia da investigação administrativa disciplinar.

O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar, quando coincidentes na hipótese de fato, é a natureza da infração pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo um regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, bem assim no interesse da preservação e integridade do patrimônio público.

Tanto é assim que a Constituição dispôs no art. 37, § 4º, com relação aos servidores, que os atos de improbidade importarão na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade (e perda) de bens e ressarcimento ao erário.

Embora a lei estatutária do servidor também tenha previsto como causa de demissão o ato de improbidade (art. 132, IV), daí não se segue que tenham uma só e mesma natureza como propõe o Ministro Relator, visto que a infração disciplinar e o ato de improbidade legalmente submetem-se cada qual a regime peculiar, e sobretudo, por essa mesma razão, não se excluem.

(...)

Isso significa dizer que as improbidades não previstas ou fora dos limites da Lei nº 8.429/92, continuam sujeitas à lei estatutária funcional, ou até mesmo quando identificadas na lei de improbidade, mas que pela importância ou envergadura não se sujeitem às penas ali cogitadas admitem a sanção administrativa.

Assim, quando se pretende a caracterização de ato de improbidade previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas além da demissão, a investigação deve ser judicial. Ao contrário, **se a improbidade é de menor importância que não resulte na penalização da Lei de Improbidade ou não constitua improbidade**

contra a administração ou o erário, a pena administrativa, inclusive de demissão poderá ser imposta em processo administrativo.”

56. No mesmo sentido é o entendimento do STF. Extrai-se do voto do Ministro Roberto Barroso:

“3. Anoto que a Lei nº 8.429/1992 não derogou os dispositivos da Lei nº 8.112/1990 no que tange à improbidade administrativa. Isso porque aquela lei trata de responsabilidade civil, enquanto a segunda regula o regime jurídico-administrativo dos servidores públicos. Isto é, as normas disciplinam responsabilidades distintas, pelo que não se confundem a pena administrativa de demissão por improbidade, do estatuto dos servidores públicos, e a sanção civil de perda da função pública, da lei de improbidade administrativa. São normas que convivem pacificamente no ordenamento jurídico, tendo em vista a independência das instâncias. (...)

4. No caso, ao contrário do alegado, o agravante não foi punido com base na Lei nº 8.429/1992. A autoridade administrativa apenas utilizou a definição de improbidade administrativa prevista na Lei nº 8.429/1992 para enquadrar as condutas do agente, mas ao fim, e dentro de suas atribuições administrativas, aplicou-lhe a sanção prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/1990. Friso que, prevista a prática de improbidade administrativa como ilícito disciplinar, com a respectiva penalidade, não poderia a Administração Pública deixar de aplicá-la após regular processo administrativo. Seja como for, a demissão do impetrante pautou-se também no art. 132, XIII, por transgressão ao art. 117, IX ("valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública"), ambos dispositivos da Lei nº 8.112/1990. (STF. RMS 33865 AGR/DF. Relator Ministro ROBERTO BARROSO. Primeira Turma. DJE 23/09/201).”

57. Dessa forma, considerando que a apuração disciplinar não se confunde com a ação de improbidade probidade, por consequência tendo a falta disciplinar devidamente apurada em processo disciplinar que acarretou sanção ao servidor, não cabe a revisão da penalidade com base na alteração legislativa da LIA.

58. Importante ressaltar que é dever indeclinável da Administração apurar e punir os servidores que vierem a cometer ilícitos de natureza disciplinar, por força do artigo 143 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo certo que, nos termos da remansosa jurisprudência do STJ, a Administração, diante de conduta administrativa tipificada na Lei Estatutária, não tem discricionariedade na aplicação da sanção de demissão, sendo ato vinculado:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. AUDITORA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. ATRIBUIÇÃO DE IRREGULARIDADES NA EMISSÃO DE CND'S PARA A REGULARIZAÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIDORA FEDERAL POR ISSO DEMITIDA. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PAD. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS NO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. FALTA DE PROVA PRÉCONSTITUÍDA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
(...)

6. Assentado o cometimento de infração punível exclusivamente com a demissão, não cabe ao órgão censor aplicar sanção diversa ao servidor, dado que o comando do art. 132 da Lei n. 8.112/1990 se apresenta como norma vinculante para a autoridade administrativa julgadora. Como já decidido em hipótese análoga, 'Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é firme o entendimento

desta Corte Superior de Justiça de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação de determinada penalidade, não há para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa' (MS 14.667/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 17/12/2014); ainda no STJ e no mesmo sentido, MS 16.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 02/02/2017; já no STF, RMS 33.911/DF, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 20/06/2016.

(...)

8. Ordem denegada (STJ. MS 17.868/DF. Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO. DJe de 23/03/2017)."

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONVERSÃO DA EXONERAÇÃO EM DESTITUIÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADES NÃO CONSTATADAS. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DESTITUIÇÃO DO CARGO. SUBSUNÇÃO DOS FATOS APURADOS AOS TIPOS LEGAIS. ATO VINCULADO. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

11. Não obstante os procedimentos administrativos estarem sujeitos a controle judicial amplo quanto à legalidade, uma vez verificado que a conduta praticada pelo servidor se enquadra em hipótese legal de demissão (art. 132 da Lei 8.112/1990), a imposição dessa sanção é ato vinculado, não podendo o administrador ou o Poder Judiciário deixar de aplicá-la ou fazer incidir sanção mais branda amparando-se em juízos de proporcionalidade e de razoabilidade. Na mesma linha: AgInt no RMS 54.617/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.3.2018; AgInt nos EDcl no RMS 50.926/BA, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 27/11/2017; MS 21.197/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 10.2.2016; EDcl no REsp 1.283.877/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 8.9.2014; MS 18.504/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 18.122/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20.2.2013; MS 15.690/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011; MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26.11.2010; MS 11.093/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 2.6.2015; RMS 35.667/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.9.2013, e AgRg no REsp 1.279.598/SP, Rel. Ministro 10/11/2022 Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31.10.2014. 12. No caso dos autos, o raciocínio é o mesmo, pois a destituição de cargo em comissão será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão, nos termos do art. 135 da Lei 8.112/1990.

(...)

17. Mandado de Segurança denegado (STJ. MS 24672/DF. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Primeira Seção. DJe 05/08/2020)."

59. No esteio da jurisprudência firme do STJ, as sanções disciplinares de demissão e cassação de aposentadoria aplicadas sob a égide da norma anterior decorreram da apuração em processo disciplinar e se subsumiram à tipificação da Lei nº 8.112, de 1990, em razão da quebra do princípio da confiança e da ofensa aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, que deve regular a relação entre a Administração Pública e os seus servidores.

IV - Proibição Administrativa: direito difuso fundamental.

60. A proteção do patrimônio público e uma gestão pública honesta integra o rol de direitos fundamentais, pois é o meio que se alcança o bem comum e a justiça social. Nesse panorama, para admitir a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador na tutela da probidade administrativa é necessário partir do pressuposto de que a retroação guarde compatibilidade com a CF e observe o princípio da concordância prática.

61. A probidade administrativa foi alçada a direito difuso fundamental no sistema de combate à corrupção definido pela CF, o que impede a retroatividade da norma de forma irrestrita, sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso no enfrentamento de irregularidades.

62. Leciona José Antonio Remedio^[4] acerca do direito difuso probidade administrativa:

“Os direitos difusos possuem como uma de suas principais características a indeterminabilidade absoluta dos seus titulares. A probidade administrativa, por sua vez, exige a total observância pelos agentes públicos de zelo, eficiência, cuidado, honestidade, competência, transparência, dentre outros aspectos, em relação à utilização do patrimônio material ou imaterial do Estado, focando, assim, o direito que todos os cidadãos, indistinta e indeterminadamente, ostentam frente aos agentes públicos e ao próprio Estado, objetivando uma administração proba e correta. Assim, a probidade administrativa contempla, de forma concomitante, a presença da indivisibilidade do objeto e de um fator comum para a formação do elo entre todos os titulares, ainda que indetermináveis.

A propósito, considera Pedro Roberto Decomain (2014, p. 27) que ‘tanto o patrimônio público quanto o direito a que, no exercício de suas atividades funcionais, os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos’. Sobre o tema, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2016, p. 701-702) afirmam que:

Não é difícil perceber, pois, que a tutela da probidade administrativa, interesse jurídico titularizado por toda a sociedade, se insere na órbita dos interesses difusos, apresentando as suas características marcantes, quais sejam:

- a) a indeterminação dos sujeitos: a defesa da probidade administrativa não pertence a uma pessoa isolada, nem a um grupo delimitado de pessoas, mas sim à coletividade como um todo;
- b) a indivisibilidade do objeto: o interesse no respeito à probidade administrativa é a um só tempo de todos e de cada qual;
- c) o fato de agregação dos sujeitos: os titulares do direito à probidade administrativa estão agregados em função de uma situação de fato em comum, à circunstância de estarem sujeitos aos efeitos da lesão à probidade administrativa.

(...)

Com o estabelecimento da natureza difusa da probidade administrativa, afastam-se as dúvidas de que a probidade acarreta efeitos diretos na realização dos objetivos fundamentais do país previstos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, assim como nos fundamentos da República preconizados no artigo 3º da Carta Magna.

Assim, a probidade administrativa resta caracterizada como um direito difuso intrinsecamente relacionado ao Estado Democrático de Direito, na

medida em que não há titularidade individualizada, uma vez que sua efetivação atrela-se à integralidade do povo e da população brasileira, conforme previsto no parágrafo único do art. 1º da Carta Constitucional.

Desse modo, estar-se-ia caracterizada a probidade administrativa como um direito fundamental pertencente a todo o universo da coletividade, denotando, pois, sua transindividualidade, característica da terceira dimensão dos direitos fundamentais, até por força das diretrizes constitucionais sobre o tema.

Num olhar normativo-constitucional, é latente a concepção de que o direito fundamental à probidade administrativa se encontra inserido fora do catálogo inerente aos direitos fundamentais expressamente previstos no Título II da Constituição Federal, denominado "Dos direitos e garantias fundamentais". Isso se conclui, inclusive, em razão do previsto no artigo 5º, § 2º, do Texto Constitucional, diante da fundamentalidade material inerente à própria moldura estabelecida pela Constituição Federal de 1988, pois decorrente do regime e dos princípios adotados no texto constitucional, notadamente o republicano.

É inegável, nesse prisma, o direito fundamental do povo a um governo probo. A esse respeito, considera o saudoso Teori Albino Zavascki (2017, p. 100):

O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual - decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente: o seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido."

63. O Estado, na aplicação dos direitos fundamentais, também deve garantir à sociedade a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. O dever de garantir a segurança não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais, mas também na apuração do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável.

64. Dessa forma, não obstante a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador, eventual eliminação de infração administrativa não induz, por si só, à revogação da conduta, sendo essencial análise da questão sob o aspecto da proteção contra o retrocesso referente aos atos de corrupção, conforme prevê o artigo 65, item 2, da Convenção de Mérida, bem como do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais são linhas a serem utilizadas contra a proteção insuficiente dos direitos fundamentais, sendo a proteção ao patrimônio público e o direito à gestão pública prova inequivocamente abarcados nessa proteção.

65. Nesse sentido é a ORIENTAÇÃO Nº 12/5ª CCR lavrada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção:

"Da Não Retroatividade e Tipicidade

01. Não se aplicam os novos dispositivos dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA alterados pela Lei 14.230/2021 a atos de improbidade ocorridos anteriormente ao início de sua vigência, pois, sendo as regras originais parâmetros de garantia e efetividade da probidade, as novas condutas típicas, se retroagirem, promoverão retrocesso no sistema de improbidade, cujas bases são constitucionais (artigo 37 - §4º), atentando também contra os compromissos assumidos pelo Brasil nas Convenções Internacionais contra a Corrupção (OCDE, OEA e ONU), internalizadas como normas supralegais."

66. Portanto, uma vez aplicada a sanção administrativa, no exercício do Direito Administrativo Disciplinar e na vigência da norma anterior não se aplica a retroatividade, pois a tutela constitucional da probidade administrativa possui a eficácia para o futuro, sem a retroatividade da lei mais benéfica.

67. Assim, a mudança dos elementos normativos não incide sobre os processos administrativos já julgados e as inovações condicionam o direito-dever de agir estatal somente daqui para frente.

68. A interpretação sistemática das inovações legislativas na LIA indica que não se estabeleceu uma derrogação de todo e qualquer dispositivo presente em outra esfera que estabeleça sanção por ato ímprobo, tampouco foi o objetivo criar lei mais benéfica ao acusado, pois seria inconcebível que uma lei redigida para punir com rigor a improbidade administrativa no nosso País tenha terminado por enfraquecer seu repúdio.

69. A retroatividade da nova lei de improbidade não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, reconhecendo-se no caso a aplicação da retroatividade temperada ou mitigada, por meio da qual a lei nova alcança e atinge os efeitos "futuros" de situações passadas consolidadas sob a vigência da lei anterior. Em relação às situações consolidadas na vigência da norma anterior submetem-se ao regime vigente ao tempo do seu processamento e decisão.

70. A proximidade entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal habilita a aplicabilidade do instituto da retroatividade da lei mais benéfica, porém a tutela de direitos individuais do cidadão não pode frustrar a segurança e justiça, tampouco prejudicar o interesse público e de toda a coletividade na tutela da probidade, que é direito difuso, devendo ser observando o princípio *tempus regit actum*.

71. Cabe mencionar precedentes do STF que, mesmo diante de lei penal mais benéfica de natureza mista (material e processual), reconheceram a validade de atos praticado sob a égide de lei anterior, de forma que a aplicação da lei penal não necessariamente retroagirá em seu grau máximo, observando-se o postulado do *tempus regit actum*:

Ementa: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 ("PACOTE ANTICRIME"). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no § 5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira "condição de procedibilidade da ação penal".

3. Inaplicável a retroatividade do § 5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como

pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem. (STF. HC 187.341. Primeira Turma. Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES).”

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO (ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). ACUSADO CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. JULGAMENTO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

(...)

3. A condenação proferida pelo Conselho Permanente de Justiça não apresenta ilegalidade, já que realizada à luz da legislação vigente à época, forte no *princípio tempus regit actum* (CPPM, art. 5º).

4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC 170.305 AgR/PR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, j. 16/08/2019, DJe de 03/09/2019)”

72. A reforçar que os princípios do Direito Penal não se aplicam ao caso em debate sem temperamento e que nas causas de natureza cível se regulam pelo princípio do *tempus regit actum*, colaciona-se precedente do STF em que ficou assentado que a retroação da norma mais benéfica é um princípio exclusivo do Direito Penal e que para causas de natureza cível se aplica a norma vigente à época:

“Ementa: ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS PARTIDÁRIAS DO EXERCÍCIO DE 2009. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (LEI 13.165/2015) NA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONTAS REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DA NORMA CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - O processo de análise de contas partidárias está contido no conjunto da jurisdição cível, na qual impera o princípio do *tempus regit actum*. Ou seja, na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época.

II - O caráter jurisdicional do julgamento da prestação de contas não atrai, por si só, princípios específicos do Direito Penal para a aplicação das sanções, tais como o da retroatividade da lei penal mais benéfica.

III - Questão que se interpreta com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), sendo esta a norma que trata da aplicação e da vigência das leis, uma vez que não há violação frontal e direta a nenhum princípio constitucional, notadamente ao princípio da não retroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/1988).

IV - Eventual violação ao texto constitucional, que no presente caso entendo inexistente, se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário.

V - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. ARE 1019161 AgR, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma. DJe de 12/5/2017).”

73. A probidade administrativa está ligada à realização do interesse público, limitando à atuação dos agentes estatais, bem como deve nortear a prática de todos os atos

administrativos, constituindo-se como direito fundamental difuso em virtude de sua transindividualidade e da indeterminabilidade de seus titulares.

74. Assim, eventual atipicidade superveniente resulta apenas que em relação a eventos passados praticados na vigência da lei anterior e que não foram à época sancionados não mais podem ser punidos, pois a nova lei mais benéfica torna inviável a aplicação da sanção, que deixou de existir no momento do julgamento, sendo a inovação legislativa aplicável para situações futuras.

75. A repressão à improbidade goza de proteção contra o retrocesso legislativo, conforme artigo 65, nº 2 da Convenção da ONU de Combate à Corrupção (Convenção de Mérida), de modo que a revogação dos tipos outrora existentes ou a mudança dos elementos normativos não incide sobre os processos já julgados.

76. Na espécie, o tema enseja a mitigação do garantismo hiperbólico monocular^[5], expressão dada pelo Professor Douglas Fischer, que é a proteção exagerada e desproporcional ao réu levando à impunidade diante da supervalorização dos direitos individuais com a consequente repressão da proteção dos interesses coletivos e sociais, situação que ocasiona insegurança jurídica e desproteção de relevante.

77. Por fim, em reforço argumentativo, convém trazer parte da NOTA TÉCNICA Nº 01/2021 - 5ª CCR lavrada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção que bem resumiu os fundamentos que impedem a retroação absoluta das inovações promovidas na LIA:

“4.4 O princípio da culpabilidade (artigo 5º, inciso LIV, e artigo 37, § 4º da CF) demanda que lei nacional indique ou afaste, na estrutura das condutas típicas, de forma expressa ou implícita, a forma de elemento subjetivo (dolo, culpa, e suas modalidades, incluindo a voluntariedade), e, de forma excepcional e justificada, explicita a configuração de responsabilidade objetiva na atividade sancionadora.

4.5 O princípio da irretroatividade (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, § 4º da CF) exige que normas nacionais materiais, ao disciplinar ilícitos e sanções, de forma mais gravosa, somente sejam aplicados para atos de improbidade praticados após o início de sua vigência.

4.6 O princípio da retroatividade de norma mais benéfica (artigo 5º, inciso XL, e artigo 37, § 4º da CF) aplica-se de forma diferenciada no campo do direito administrativo sancionador, que não busca primariamente a reprovabilidade de condutas ilícitas, sob a perspectiva retrospectiva, mas, ao contrário, constitui modelos normativos que tutelam bens jurídicos públicos (interesses públicos), de forma prospectiva, valorando em grau superior a prevenção, dissuasão e repressão de atos ilícitos, exigindo que a retroatividade seja disciplinada expressamente pela lei.

4.7 Demais disso, no campo da tutela da probidade administrativa, o artigo 37, § 4º da CF impede a retroatividade de novas normas mais benéficas como instrumento de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas (em sentido amplo), e, mesmo que lei nacional disponha sobre a retroatividade, é necessário juízo sobre a manutenção da conduta ilícita no ordenamento jurídico como atentado ao princípio da moralidade administrativa.

4.8 Quando a lei nacional nada dispõe sobre a retroatividade - como foi o caso da Lei nº 14.230/2021, a alteração de tipos gerais e especiais exige igualmente este juízo sobre a continuidade típica do ilícito, seja na própria Lei nº 8.429, seja à luz do artigo 37, § 4º da CF.

4.9 Além da expressa previsão legal e da análise da continuidade típica, a retroatividade será vedada quando as modificações legislativas nos elementos do sistema de responsabilização (ilícito e sanção) foram relevantes e extensas, acarretando normas desfavoráveis e favoráveis e resultando na reformulação complexa de tipos e sanções - como foi o caso da Lei nº 14.230/2021, de forma que não é dado ao Poder Judiciário optar pela aplicação de um ou outro segmento do sistema de responsabilidade, apenas para beneficiar os infratores, sob pena de o juiz competente acabar por instituir sistema não criado pelo Poder Legislativo. Nesta hipótese, o Poder Judiciário deverá aplicar o sistema reconfigurado a partir da vigência das modificações relevantes nele engendradas por lei nacional.

(...)

6. Não se aplicam os novos dispositivos alterados pela Lei nº 14.230/2021, que constam dos artigos 9º, 10 e 11 da LIA, a atos de improbidade ocorridos anteriormente ao início de sua vigência, na medida em que, constituindo parâmetros de garantia e efetividade da probidade, as novas condutas típicas podem retroagir, promovendo retrocesso no sistema de improbidade, que mantém suas bases constitucionais (artigo 37, § 4º), retrocesso que igualmente atenta contra os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, nas Convenções Internacionais contra a Corrupção (OCDE, OEA e ONU), internalizadas no ordenamento brasileiro como normas supralegais.

(...)

8. Não cabe a aplicação direta de princípios formulados no Direito Penal no campo normativo da improbidade administrativa, por expressa disposição constitucional (artigo 37, § 4º) e legal (artigo 1º, § 4º da LIA).

(...)

14. As normas de exclusão de responsabilidade, previstas no novo artigo 1º, §§ 3º e 8º, aplicam-se somente para fatos ocorridos após a vigência da Lei nº 14.230/2021.”

78. Portanto, diante da vedação do retrocesso na tutela da probidade, do princípio *tempus regit actum*, da segurança jurídica e das orientações da LINDB, as inovações da Lei nº 14.230, de 2021, não retroagem para autorizar revisão de sanção disciplinar aplicada na vigência da norma anterior.

79. Por fim, cabe acrescentar que às alterações da LIA não se aplica o princípio penal do *abolitio criminis*. Isso porque improbidade administrativa não se equipara a crime, conforme distinção feita pela CF em seu artigo 37, § 4º. Dessa maneira, continuam regidas pela antiga normativa vigente à época em que praticadas as condutas *dolosas* ou *culposas*, bem como as suas respectivas sanções, que se adequavam às tipologias e seus respectivos sancionamentos constantes da redação anterior da Lei nº 8.429, de 1992. Por sua vez, as inovações da Lei nº 14.230, de 2021, serão aplicáveis somente aos fatos cometidos após a entrada em vigor daquela Lei, isto é, a partir de 26 de outubro de 2021, bem como aqueles que, ainda que praticados sob a norma anterior, não foram devidamente sancionados.

V - Conclusão

80. Diante do exposto, conclui-se que:

a) as inovações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei nº 8.429, de 1992, não retroagem em relação às sanções disciplinares aplicadas pela autoridade competente por ato improbidade administrativa na vigência da norma anterior;

b) aos atos ímprobos anteriores às inovações legislativas trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados aplica-se as diretrizes da nova norma, diante a análise do caso em concreto, desde que a nova redação seja mais benéfica ao acusado.

c) aos atos ímprobos anteriores ao advento da Lei nº 14.230, de 2021, e não julgados até a edição da referida lei, aplica-se a norma incidente ao tempo da prática dos respectivos atos (*tempus regit actum*), se, diante da análise do caso concreto, extrair-se que a nova redação trazida pela Lei nº 14.230, de 2021, apresenta-se mais maléfica ao acusado, em comparação com a redação anterior, insculpida na Lei nº 8.429, de 1992.

À consideração superior.

LUZIA FONSECA AZEVEDO

Relatora

¹ Nova Lei de Improbidade: atipicidade, prescrição e direito superveniente <https://www.conjur.com.br/2021-nov-29/leonel-lia-atipicidade-prescricao-direito-superveniente>.

² OSORIO, Fabio Medina. Direito administrativo sancionador. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³ Emenda 40 PL 2505/2021 apresentada pelo Senador Dário Berger foi rejeitada na 12ª Reunião Extraordinária realizada em 30/09/2021 no Senado. Eis o teor da proposta rejeitada:

"Acrescente-se ao Projeto de Lei (PL) nº 2.505, de 2021, onde couber, o seguinte artigo, dando-lhe a numeração devida: "Art. Aplicam-se integralmente as disposições desta Lei aos processos em andamento".

JUSTIFICAÇÃO

A presente emenda tem o objetivo de deixar expresso que as disposições da lei que resultar da aprovação do PL nº 2.505, de 2021, que altera a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), serão aplicadas integralmente aos processos em andamento. BRASIL. Senado Federal, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer SF nº 14, de 2021, 29 de setembro de 2021, Relator Senador Weverton, p. 44. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&ts=1635251854642&disposition=inline>. Acesso em: 12 abril 2022.

⁴ Remedio, J. A., & Lopes, T. H. T. (2019). A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIFUSO. Revista Paradigma, 28(2), 154-176. Recuperado de <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>

⁵ Expressão dada por Douglas Fischer - FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09-2022 14:23.

Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09-2022 14:23. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-09-2022 15:02. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 13-09-2022 15:02. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-09-2022 13:40. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por PATRÍCIA LIMA SOUSA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PATRÍCIA LIMA SOUSA, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-09-2022 14:48. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09-2022 10:14. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-

09- 2022 08:56. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-09- 2022 08:56. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-09- 2022 12:08. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-09-2022 13:22. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHÃES PISCITELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHÃES PISCITELLI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09- 2022 08:49. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-09-2022 11:28. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09-2022 16:16. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado Al institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-09-

2022 16:16. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-09-2022 18:24. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 984485047 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-09-2022 18:24. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Assuntos abordados neste Parecer: As alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, no inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, apenas ratificaram os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sempre empregados acerca do enriquecimento ilícito em razão de desproporção patrimonial. Presunção legal relativa e distribuição estática do ônus da prova entre Administração e servidor na apuração do enriquecimento ilícito por desproporção patrimonial. Possibilidade de o servidor comprovar origem do incremento patrimonial desvinculada do cargo. Dever de transparência do servidor acerca de sua situação patrimonial em razão de sua relação especial de sujeição. Desnecessidade de se demonstrar o dolo específico de enriquecer ilicitamente, bastando a prova da desproporção patrimonial com descumprimento do dever funcional de transparência. Desnecessidade de demonstração do ato funcional antecedente, bastando a prova de que o enriquecimento ilícito se deu ao tempo da investidura no cargo. A probidade administrativa é um direito fundamental do regime republicano constitucional e as convenções internacionais que versam sobre combate à corrupção têm efeito suprallegal, sendo vedado o retrocesso nesta área.

PARECER Nº 1/2022/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO Nº 160

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00688.000720/2019-10.

INTERESSADO: CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

ASSUNTO: ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DESPROPORCIONAL AOS RENDIMENTOS LÍCITOS E DECLARADOS. ART. 9º, INCISO VII, DA LEI Nº 8.429, DE 1992, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 14.230, DE 2021.

APROVO, nos termos do Despacho do Subconsultor-Geral da União nº 00206/2022/GAB/CGU/AGU, de 27 de abril de 2022, do Despacho nº 00164/2022/DECOR/CGU/AGU, de 25 de abril de 2022 e do Despacho nº 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, de 1º de abril de 2022, o Parecer nº 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, de 22 de março de 2022.

Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União para as providências decorrentes.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

BRUNO BIANCO LEAL

Assinado de forma digital por BRUNO BIANCO LEAL Dados: 2022.08.24 20:02:18 -03'00'

DESPACHO n. 00206/2022/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: Enriquecimento ilícito. Improbidade Administrativa. Evolução patrimonial desproporcional aos rendimentos lícitos e declarados. Art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, com a redação conferida pela Lei n. 14.230, de 2021.

1. Aprovo, nos termos do **DESPACHO n. 1/2022/CNPAD/CGU/AGU** e do **DESPACHO n. 00164/2022/DECOR/CGU/AGU**, o **PARECER n. 1/2022/CNPAD/CGU/AGU**, da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares desta Consultoria-Geral da União.
2. Ao Gabinete do Senhor Advogado-Geral da União para deliberação conclusiva.
3. Depois, solicito devolução à Consultoria-Geral da União para providências subsequentes.

Brasília, 27 de abril de 2022.

(assinado eletronicamente)

GIORDANO DA SILVA ROSSETTO

Advogado da União Subconsultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por GIORDANO DA SILVA ROSSETTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 873188183 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GIORDANO DA SILVA ROSSETTO. Data e Hora: 27- 04- 2022 15:45. Número de Série: 17347821. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

DESPACHO n. 00164/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Enriquecimento ilícito. Improbidade Administrativa. Evolução patrimonial desproporcional aos rendimentos lícitos e declarados. Art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, com a redação conferida pela Lei n. 14.230, de 2021.

Exmo. Senhor Subconsultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho n. 1/2022/CNPAD/CGU/AGU (seq. 553), o Parecer n. 1/2022/CNPAD/CGU/AGU (seq. 552), da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, com amparo na competência conferida pelo art. 28, inciso I, e parágrafo único do art. 30, da Portaria Normativa AGU n. 24, de 2021 ^[1].
2. Consolide-se, por conseguinte, o entendimento no sentido de que para fins de posse e exercício de cargo público é dever funcional do servidor ser transparente quanto à sua evolução patrimonial, cabendo-lhe, sob pena de demissão, anualmente e ao término do exercício do cargo, disponibilizar a "*declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente*", consoante preconiza o art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992 (com a redação conferida pela Lei n. 14.230, de 2021), o art. 1º da Lei n. 8.730, de 1993; e o § 5º do art. 13 da Lei n. 8.112, de 1990.
3. A evolução patrimonial significativa e desproporcional aos rendimentos lícitos declarados enquadra-se como infração disciplinar de improbidade administrativa, na forma do art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, combinado com art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, com a redação conferida pela Lei n. 14.230, de 2021, caracterizando-se nas

hipóteses em que, de fato, há uma relevante e efetiva incompatibilidade entre os rendimentos legítimos e o patrimônio declarado.

4. A infração disciplinar de improbidade administrativa correspondente à variação patrimonial significativa e sem lastro do servidor, apesar de intrinsecamente relacionada, não se confunde com a infração *per se* do dever funcional de transparência a que se refere o art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992, e o art. 1º. da Lei n. 8.730, de 1993, pois a improbidade administrativa caracteriza-se pela efetiva demonstração da evolução patrimonial desproporcional aos rendimentos lícitos do servidor, contemporânea ao exercício do cargo, emprego, função ou mandato, e a infração do dever do art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992, configura-se com a recusa da disponibilização à repartição da declaração de imposto de renda e proventos apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, ou com a prestação de declaração falsa (§ 3º do art. 13 da Lei n. 8.429, de 1992), sendo irrelevante para sua caracterização a ocorrência ou não de uma efetiva e significativa evolução patrimonial sem lícito lastro.

5. Para fins de caracterização da infração disciplinar de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito de que cuida o art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, desnecessário se faz demonstrar eventual ilícito antecedente, ou seja, dispensada está a comprovação de um específico ato comissivo ou omissivo de desvio funcional que porventura tenha ensejado a aquisição, para si ou para outrem, de bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; uma vez que na espécie, para fins de enquadramento como infração disciplinar de improbidade, é bastante e suficiente a falta de conformidade patrimonial e de transparência do servidor, que corresponde à variação substancial (e não insignificante) dos seus bens e movimentações financeiras no curso do exercício do cargo e sem demonstração de idônea razão.

6. Nos casos em que restar comprovada a ação ou omissão dolosa que ensejou o enriquecimento ilícito do servidor, a infração disciplinar poderá ser enquadrada em algum dos demais incisos do art. 9º da Lei n. 8.429, de 1992, que caracteriza como ato de improbidade administrativa, por exemplo: "*perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado*" (inciso III); "*receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem*" (inciso V); "*perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza*" (inciso IX); e "*receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado*" (inciso X).

7. O dolo, exigido para fins da caracterização da infração disciplinar de que cuida art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, constitui-se pela ausência justificativa idônea e de lastro legítimo para a titularidade de patrimônio significativamente incompatível com os rendimentos lícitos que foram declarados à Administração, violando-se a essência do dever de transparência relacionado à lisura da evolução patrimonial e da movimentação financeira pessoal. Nos precisos termos do Parecer n. 1/2022/CNPAD/CGU/AGU, ora acolhido, "*o dolo é um elemento anímico, aferível pelas circunstâncias externadas pela conduta, como a omissão de rendas, a falsidade da declaração de bens, a sonegação de informações, sua prestação incompleta, a aquisição de bens ou direitos, a realização de depósitos ou aplicações financeiras em evidente desconformidade com as rendas lícitas e conhecidas do servidor,*

entre outras, tudo isso a denotar o interesse do agente em dissimular a origem ilícita do patrimônio e enriquecer indevidamente".

8. Em resumo, pois, para fins de enquadramento da conduta na infração disciplinar de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito de que cuida art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei n. 8.429, de 1992, faz-se necessário que a variação patrimonial desproporcional seja contemporânea ao exercício do cargo público; que a variação seja relevante e significativa; que não haja compatibilidade entre o patrimônio e os rendimentos auferidos pelo servidor de forma legítima; e o dolo correspondente ao enriquecimento desproporcional, sem adequada demonstração pelo agente da compatibilidade do seu patrimônio com as fontes lícitas de renda, configurando uma falta substancial à obrigação funcional de conformidade patrimonial e de perspicuidade quanto à regularidade das movimentações financeiras, dos valores e dos bens titularizados pelo agente público, nas hipóteses em que as rendas informadas não representem lastro suficiente e bastante para justificar idoneamente o patrimônio ostentado, consoante determina a parte final do inciso VII do art. 9º da Lei n. 8.429, de 1992, que resguarda expressamente *"a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução"*.

9. Cumpre à Administração demonstrar que há relevante incompatibilidade entre os rendimentos lícitos do servidor e a sua evolução patrimonial, facultando-lhe, evidentemente, a possibilidade de comprovar a conformidade da significativa variação patrimonial que lhe é imputada, sempre sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. Não há que se falar, pois, em responsabilidade do servidor sem a devida comprovação da infração, uma vez que cabe à Administração avaliar, fundamentadamente, as provas carreadas ao processo e formar segura convicção a respeito da desproporcionalidade ou não da evolução patrimonial à luz da instrução probatória, produzida mediante estrita observância ao devido processo legal.

10. Na espécie, pois, o entendimento ora consolidado apenas enseja responsabilização funcional do servidor caso haja demonstração da infração disciplinar, uma vez que nas hipóteses em que as declarações e rendimentos informados à repartição foram considerados desproporcionais em relação ao patrimônio do servidor, a Administração, sob o palio do devido processo legal, do contraditório, e da ampla defesa, deverá apurar se, de fato, há uma variação patrimonial relevante e sem lastro legítimo por parte do servidor, o que caracterizaria violação substancial do dever estatutário de transparência patrimonial. Assim, instaurado o procedimento administrativo, caberá à Administração demonstrar a variação patrimonial a descoberto, e conferir ao servidor a oportunidade de comprovar a licitude e compatibilidade entre os rendimentos lícitos, a movimentação financeira e o patrimônio correspondente, de maneira que, ao final da instrução probatória, e apresentados os meios de defesa cabíveis, deverá a Administração apreciar e valorar motivadamente as provas produzidas, as razões e elementos de defesa porventura apresentados, e aplicar ou não a penalidade cabível, a qual, evidentemente, apenas poderá ser fixada caso reste devidamente demonstrada a evolução patrimonial significativa e relevante, desproporcional e sem fundamento em rendimentos lícitos, contemporânea ao exercício do cargo, mandato, emprego ou função pública, resultante de dolosa violação do dever de transparência patrimonial do servidor, correspondente à obrigação funcional de apresentação de elucidativas justificativas que devidamente comprovem a idoneidade da evolução do seu patrimônio pessoal.

11. Caso acolhido, **(a)** encaminhe-se o feito ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da Consultoria-Geral da União para os fins do § 3º do art. 2º da Portaria CGU/AGU nº 3, de 2019 ^[2], encarecendo, ainda, que se considere a possibilidade de conferir ampla divulgação da manifestação ora acolhida, inclusive via informativo "Mundo

Consultivo" e outros meios pertinentes; **(b)** confira-se ciência ao Coordenador da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União; e **(c)** confira-se ciência à Procuradoria-Geral da União, encarecendo que considere a possibilidade de conferir acompanhamento estratégico aos processos judiciais que versem a respeito da temática uniformizada, comunicando esta Consultoria-Geral da União a respeito dos julgamentos correspondentes, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Brasília, 25 de abril de 2022.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

1. - Art. 28. Incumbe às Câmaras Nacionais: I - propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas; (...) Art. 30. As Câmaras Nacionais ficarão vinculadas ao órgão da Consultoria-Geral da União, a ser indicado no ato de sua criação. Parágrafo único. As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais serão submetidos à apreciação do órgão supervisor competente, do Consultor-Geral da União e, quando necessário, do Advogado-Geral da União.

2. - Art. 2º Observado o seu âmbito temático de atuação, incumbe às Câmaras Nacionais: (...) § 3º Cabe ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas (DEINF) promover adequada divulgação e consolidação dos trabalhos jurídicos das Câmaras Nacionais, podendo ser divulgados no sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União (AGU) ou pela Escola da AGU.

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 866101330 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 25-04- 2022 14:33. Número de Série: 26215298677875712250412663380. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO DE IMPROBIDADE POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO PUNIDO COM DEMISSÃO. PATRIMÔNIO A DESCOBERTO. ART. 132, IV. DA LEI Nº 8.112, DE 1990 C/C ART. 9º, INCISO VII, DA LEI Nº 8.429, DE 1992. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO TIPO DE IMPROBIDADE PELA LEI Nº 14.230, DE 2021. INCORPORAÇÃO DE ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL. SEGURANÇA JURÍDICA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR ACRÉSCIMO PATRIMONIAL NÃO JUSTIFICADO.

DEVER DO SERVIDOR DE APRESENTAR DECLARAÇÃO DE BENS AO SERVIÇO DE PESSOAL. ART. 13, § 3º, DA LEI Nº 8.429, DE 1992 COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 14.230, DE 2021, E ART. 1º DA LEI Nº 8.730, DE 1993. DISTRIBUIÇÃO EQUÂNIME DO ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE ILICITUDE DA VARIAÇÃO NÃO JUSTIFICADA. PREVISÃO LEGAL NO ART. 2º, § 5º, DA LEI Nº 8.730, DE 1993 E NOS ARTS. 373 E 374, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERPRETAÇÃO QUE PRESERVA A UTILIDADE DO TIPO INFRACIONAL. PROIBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO POR PATRIMÔNIO A DESCOBERTO EM CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. VEDAÇÃO AO RETROCESSO E GARANTIA DE PROTEÇÃO EFICIENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À ADMINISTRAÇÃO PROBA

Senhor Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares – CNPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União, cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019, e pela Portaria Normativa AGU nº 24, de 27 de setembro de 2021.

2. Em reunião realizada em 9 de novembro de 2021, a CNPAD deliberou por se manifestar sobre o eventual impacto das alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, na infração designada como “enriquecimento ilícito decorrente de patrimônio a descoberto”, tipificada no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, à qual se comina pena de demissão, nos termos do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

3. A orientação objetiva conferir segurança jurídica às unidades correcionais, tendo em vista a multiplicidade de interpretações possíveis diante das modificações introduzidas pela nova legislação. Tal escopo atende ao mandamento legal previsto no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) bem como as competências previstas na Portaria Normativa AGU nº 24, de 27 de setembro de 2021.

4. A presente manifestação iniciará com a apresentação do tipo infracional, seguida de um breve histórico sobre sua evolução hermenêutica. Na sequência, será abordado o contexto ensejador das modificações na Lei de Improbidade Administrativa, seguido da explicitação das inovações introduzidas no tipo infracional em comento. Ao fim, serão abordadas as interpretações possíveis do tipo, apontando-se a exegese mais adequada.

II - ANÁLISE JURÍDICA

1. O tipo infracional de improbidade administrativa

5. O regime disciplinar dos servidores públicos federais se ampara, em grande extensão, na Lei nº 8.112, de 1990, o denominado Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União. Esse diploma legislativo contempla os deveres, as proibições, as responsabilidades, as penalidades e as normas aplicáveis ao processo disciplinar. Portanto, pode-se referir à Lei nº 8.112, de 1990, como a norma geral do regime disciplinar ^[1].

6. Mas a centralidade da Lei nº 8.112, de 1990, não exclui a aplicação de outros diplomas normativos. Integram o regime disciplinar normas de diversas matizes e status, normas principiológicas de cunho constitucional ^[2], mandamentos de normatização previstos em tratados internacionais ^[3], leis materiais ^[4] e procedimentais ^[5] e uma extensa gama de atos normativos infralegais ^[6]. Todas essas normas orientam e dão concretude ao

regime, muitas vezes adensando os conceitos abertos utilizados pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

7. É o que ocorre com a infração de improbidade administrativa, prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, tipo ao qual se comina a pena de demissão. Veja-se que a Lei nº 8.112, de 1990, não conceitua o ato de improbidade.

8. A Lei nº 8.429, de 1992, por sua vez, trouxe definições acerca das condutas que caracterizam improbidade administrativa, as quais, entre outras, são utilizadas, no âmbito disciplinar, para especificar o conceito de improbidade previsto no art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990.

9. A respeito do assunto, confira-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. 1. É inviável examinar a questão relativa à suposta ausência de motivação da decisão anulatória do processo administrativo, não só por ser inovação recursal, mas também porque já foi objeto de anterior mandado de segurança, extinto em razão da decadência da impetração. 2. A instauração do processo disciplinar interrompe o prazo prescricional, que volta a correr integralmente a partir da decisão final da autoridade competente ou do esgotamento do prazo de 140 dias para conclusão do procedimento (Lei nº 8.112/1990, art. 142, §§ 3º e 4º). 3. A Administração tomou ciência do fato em 23.02.2001 e o processo disciplinar foi instaurado em 15.10.2001, interrompendo o curso da prescrição até 04.03.2002. A partir daí o prazo voltou a correr por inteiro, findando-se em 04.03.2007, depois, portanto, do ato de demissão do recorrente em 20.12.2006. **4. Ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.112/1990 (art. 132, IV) remete às condutas tipificadas na Lei nº 8.429/1992, incorporando-as ao seu sistema como infrações funcionais, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração.** 5. Recurso a que se nega provimento. (STF - RMS: 30010 DF - DISTRITO FEDERAL 0072038-77.2007.3.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/12/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-029 17-02-2016) (destacou-se)

10. Assim, a especificação dos atos de improbidade contida na Lei nº 8.429, de 1992 ^[7] é utilizada para melhor definir o tipo infracional de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.112, de 1990.

2. Enriquecimento ilícito por aquisição de bens desproporcional aos rendimentos ou à evolução patrimonial (art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1990)

11. A Lei nº 8.429, de 1992, estabeleceu três categorias de atos de improbidade administrativa: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, relacionados no art. 9º; b) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, arrolados no art. 10; e c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, descritos no art. 11.

12. Para fins deste trabalho, interessam os atos de improbidade administrativa que **importam em enriquecimento ilícito**. Para melhor compreensão da questão, interessante transcrever o conceito de Marcelo Figueiredo sobre os atos de improbidade administrativa que causam enriquecimento ilícito:

(...) enriquecimento ilícito é o acréscimo de bens ou valores que ocorre no patrimônio do agente público ou de terceiros a ele vinculados, por ação ou omissão, mediante condutas ilícitas, em detrimento da administração pública nas suas mais variadas manifestações. Manifesta-se preponderantemente através do acréscimo (proveito) patrimonial. (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 2ª ed. São Paulo; Malheiros, 1997, pág. 32)

13. Wallace Paiva, por sua vez, classificou as subespécies de enriquecimento ilícito conforme segue:

a) o auferimento de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da função pública em sentido amplo, por ação ou omissão legal ou ilegal (art. 9º, *caput*, V, IX e X); b) a percepção de vantagem econômica de quem tenha potencial interesse a ser satisfeito por ação ou omissão de agente público (art. 9º, I e VIII); c) a percepção de vantagem econômica indevida aliada à causação de prejuízo ao erário (art. 9º, II, III, IV, VI, XI e XII) mediante fraude, uso, desvio, apropriação etc.; d) a aquisição de bens de qualquer natureza de valores desproporcionais à evolução do patrimônio ou renda (art. 9º, inciso VII). (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231)

14. É essa última subespécie de enriquecimento ilícito, prevista no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, que será analisada, tendo em vista a recente alteração do dispositivo promovida pela Lei nº 14.230, de 2021. Confira-se o teor da redação original e a versão em vigor a partir de 26 de outubro de 2021:

Redação original constante na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; (...)

Alteração introduzida pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, **mediante a prática de ato doloso**, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, **e em razão deles**, bens de qualquer natureza, **decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo**, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, **assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução**; (...) (destacou-se)

15. A Nova Lei inseriu o dolo no *caput* do art. 9º como elemento subjetivo. Nos termos do art. 1º, §§1º, 2º e 3º e art. 11, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, o dolo constitui a vontade livre e consciente de alcançar o

resultado ilícito, com o especial fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

16. No corpo do inciso VII a Nova Lei exige que a vantagem ilícita se relacione com o cargo (*“em razão deles”*) e configure o enriquecimento ilícito doloso (*“decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo”*). Também incorporou ao dispositivo a garantia de contraditório quanto à origem da evolução patrimonial (*“assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução”*). Mas, como se demonstrará, esses requisitos vinham sendo exigidos, conforme entendimento há muito pacificado na jurisprudência.

17. As inovações legislativas trazidas no inciso VII do art. 9º resumem-se, portanto, a explicitar a exigência do dolo para a tipificação da infração e ressaltar o direito ao contraditório ao agente imputado. Assim concluiu o Relatório Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal acerca do Projeto de Lei:

No art. 9º, que trata dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e, nos termos da alteração proposta pelo presente PL para o caput desse artigo, fica expresso que os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, arrolados no dispositivo, requerem a prática de ato doloso. Quanto aos incisos I a XII que compõem o art. 9º e que descrevem as práticas que tipificam atos de improbidade que importa enriquecimento ilícito, estão sendo mantidos nos termos atuais os incisos I a III, V e VIII a XII. E estão sendo alterados os incisos IV, VI e VII. Os incisos VI e VII, com mudanças de redação e forma. **E o inciso VII, com alteração de conteúdo, para acrescentar que é assegurada ao agente público a demonstração da licitude da origem de sua evolução patrimonial ou de renda, quando incurso por ato de enriquecimento ilícito mediante aquisição de bens cujo valor seja desproporcional à evolução do referido patrimônio ou renda.** (Parecer da Comissão De Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal sobre o Projeto de Lei nº 2.505, de 2021 - nº 10.887, de 2018, na Câmara dos Deputados -, do Deputado Roberto de Lucena, que altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa). (destacou-se)

18. **As alterações, contudo, não se mostram ociosas, pois cumprem o relevante desiderato de incorporar à descrição típica as construções hermenêuticas consolidadas na doutrina, na jurisprudência e na *praxis* administrativa, atendendo ao princípio da segurança jurídica.** É o que registra a Justificativa do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 10.887/2018, que originou a Lei nº 14.230, de 2021:

Após o seu jubileu de prata, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais. (...)

O texto apresentado representa revisão redacional de adaptação de linguagem, retificando pequenas falhas perceptíveis, além de correções de técnica legislativa, principalmente no Capítulo I que cuida das Disposições Gerais. (...)

Neste sentido, a estrutura e a abrangência dos artigos 9º e 10º da LIA permanecem em essência inalterados, subtraindo-se a possibilidade da ocorrência de improbidade administrativa por atos culposos.

O trabalho da Comissão foi guiado pelo desejo de avançar no aperfeiçoamento de uma legislação contributiva para a probidade pública, para a moralidade e para a honestidade da administração – jungida pela

racionalidade – e somando esforços na construção de uma sociedade melhor.

A moralidade pública é princípio constitucional da mais elevada importância para o cumprimento da boa administração pública e zelo ao bem comum do povo. Diante de sua grande relevância e do que expomos acima, reconhecendo a necessidade e conveniência do teor deste não só à administração pública, mas a toda sociedade brasileira, principalmente levando em consideração o atual cenário econômico e político em que o Brasil se encontra, é que apresentamos a presente proposição legislativa; solicitando de nossos nobres pares o apoio para aprovação desse projeto. (Justificativa do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 10.887/2018) (destacou-se)

19. Mas, a despeito da clareza da proposta, algumas vozes na doutrina têm arguido modificações substanciais no tipo em questão, algumas sustentando, inclusive, o ônus da Administração de provar o nexo de causalidade entre o enriquecimento a descoberto e o ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública (prova do fato antecedente) ^[8]. Em face da potencial incerteza provocada pela alteração legislativa, cumpre revisitar a evolução hermenêutica do tipo e, na sequência, verificar se e como as alterações legislativas impactaram na exegese do tipo infracional.

3. Evolução hermenêutica do tipo infracional do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1990

20. A infração descrita no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, em sua redação original, tipifica o enriquecimento ilícito manifestado pela aquisição de bens de qualquer natureza em valor desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

21. O tipo objetivo descreve uma das formas de enriquecimento ilícito, o que se infere da expressão “*e notadamente*” aposta ao final do *caput*. Vale dizer, o enriquecimento ilícito se manifesta de diversas maneiras, como o recebimento de bens de quem possa ser amparado por ação ou omissão do agente (inciso I), a percepção de vantagem econômica para facilitar a contratação desvantajosa para a Administração (incisos II e III), a utilização de bens públicos para fins particulares (inciso IV), entre outras. Na hipótese em comento, o tipo objetivo se resume à aquisição de bens em valor desproporcional à renda e patrimônio conhecidos.

22. Objetiva-se com a prescrição analisar a compatibilidade do patrimônio do agente com suas fontes lícitas e conhecidas de renda, mesmo que não decorrentes do cargo (v.g. aluguéis, participação nos lucros de pessoa jurídica, receitas de investimentos, pensões, etc). Havendo desproporção relevante entre a evolução patrimonial e as fontes de renda conhecidas, o agente será chamado a esclarecer a origem dos recursos a descoberto, haja vista, inclusive, a obrigação de declarar os bens e rendimentos, conforme art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e art. 1º da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.

23. Note-se, porém, que, mesmo se amparando no dever de transparência e de conformidade patrimonial, os tipos do art. 9º e 13 da Lei de Improbidade são diversos, como aponta o Advogado da União Rafael Dubeux:

7. De início, porém, esclareça-se certa mixórdia jurídica quando alguns órgãos da Administração cuidam do assunto. Freqüentemente, são versadas simultaneamente duas questões distintas, ainda que conexas. Refiro-me ao art. 9º, inciso VII, e ao art. 13, § 3º, ambos da Lei de Improbidade. Trata-se de duas hipóteses legais diferentes. Embora seja possível praticar tais condutas conjuntamente, os fatos – e as consequências – são diversos. (...)

6. O primeiro dispositivo (art. 9º, inciso VII) constitui tipificação de ato de improbidade administrativa, consistente na aquisição, durante o exercício do cargo, de bens desproporcionais à renda. O segundo preceito (art. 13, § 3º), por seu turno, representa um descumprimento de dever funcional, consistente na recusa da apresentação de declaração de bens ou na sua apresentação falsa. Embora a demissão seja uma penalidade aplicável a ambos os casos, as demais sanções são distintas.

7. Na primeira situação, estará configurado um ato de improbidade administrativa, sujeito, no âmbito de incidência da Lei nº 8.429, de 1992, às sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, etc. (art. 12, inciso I), todas elas aplicáveis pelo Poder Judiciário. À Administração caberá aplicar, com fundamento no Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, a penalidade de demissão (art. 132, inciso IV).

8. No segundo caso, haverá essencialmente um grave descumprimento de dever funcional, o que tornará o agente público passível tão-somente de demissão, salvo se constatado outro ilícito. (DUBEUX, Rafael Ramalho. Enriquecimento ilícito de servidor e a Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em:

<https://pt.scribd.com/document/360476758/Enriquecimentolilcito-Rafael>)

24. A doutrina, ao comentar o dispositivo previsto no art. 9º, inciso VII, na redação original, leciona:

A teor do art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/1992, constitui ato de improbidade, importando em enriquecimento ilícito, “adquirir para si ou para outrem, no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

A evolução patrimonial do agente público deve ser compatível com os rendimentos percebidos em razão do exercício de sua atividade junto ao Poder Público e, em não sendo esta sua única fonte de receitas, com as demais de origem lícita que aufera (v.g.: receitas locatícias, lucros oriundos de participações societárias etc.). Em conformidade com o preceito legal ora analisado, tem-se uma verdadeira presunção *juirs tantum* de ilegitimidade do patrimônio adquirido em dissonância de tais circunstâncias. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4 .ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 325)

25. A descrição típica prevista no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, ensejou controvérsias doutrinárias, que podem ser reunidas em três correntes, cujos argumentos são bem delineados por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Consoante a primeira, trata-se de nítida hipótese de inversão do ônus da prova, cabendo ao agente provar que os bens de valor desproporcional à sua renda foram adquiridos com numerário de origem lícita.

De acordo com a segunda corrente, ao autor caberia o ônus de provar não só a desproporção entre os bens adquiridos e a renda auferida pelo agente, como também a prática de conduta ilícita no exercício da função e o nexo de causalidade existente entre esta e referida aquisição. Esse entendimento possui os seguintes alicerces: a) a Lei nº 8.429/1992, diferentemente da legislação fiscal, não faz referência a sinais exteriores de riqueza; b) o *caput* do art. 9º dispõe que os bens devem ter sido adquiridos “em razão do exercício do cargo...”, o que é extensivo ao inciso VII, devendo o autor provar o nexo causal; c) o art. 26 do projeto que originou a Lei nº

8.429/1992 previa a inversão do ônus da prova, não tendo sido aprovado, o que demonstra a vontade do legislador em sentido diverso.

A terceira corrente, que entendemos mais consentânea com o espírito e a letra da lei, sustenta que: a) ao autor incumbe comprovar a desproporção entre os bens e a renda do agente, inexistindo inversão do ônus da prova; b) a Lei nº 8.429/1992 refere-se à aquisição de bens de valor desproporcional à renda, o que representa efetivo sinal exterior de riqueza; c) a *mens legislatoris* não guarda sinonímia com a *mens legis*, tendo relevância meramente histórica; e d) o *caput* do art. 9º contém conceito jurídico indeterminado, enquanto os diversos incisos do referido preceptivo abrangem situações fáticas autônomas e específicas. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 325/326)

26. A terceira corrente foi encampada pela jurisprudência, como se nota nos seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUDITORA DA RECEITA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INSTAURAÇÃO DO PAD. CAUSA INTERRUPTIVA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. VIOLAÇÃO DE SIGILO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 198, § 1º, II, DO CTN. SINDICÂNCIA PATRIMONIAL. INAPLICABILIDADE. DECRETO QUE REGULAMENTA A LEI 8.429/92, NÃO A LEI N. 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FALTA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO TEMPO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL QUANDO A IMPETRANTE SE ENCONTRAVA PRESA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE DO PAD. EXERCÍCIO DE AMPLA DEFESA. FALTA DE INTIMAÇÃO A CADA DOCUMENTO NOVO JUNTADO AO PAD. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. INDEFERIMENTO DE PROVAS E DILIGÊNCIAS POR SEREM PROTELATÓRIAS. REGULARIDADE. ALEGAÇÕES DE DOAÇÕES RECEBIDAS DE GENITOR, DEVIDAMENTE CONSIDERADAS PELA COMISSÃO PROCESSANTE. PATRIMÔNIO A DESCOBERTO EM ÉPOCA EM QUE A IMPETRANTE EXERCIA CARGO JUNTO À RECEITA FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado da Fazenda, que aplicou a pena de demissão a Auditora da Receita Federal, nos termos do 132, IV da Lei n. 8.112/90 combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92, por ostentar patrimônio a descoberto, ou seja, na comparação entre a renda líquida e a variação patrimonial do contribuinte, no ano calendário de 2002. (...) **10. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes. (...) 12. A improbidade administrativa consistente em o servidor público amealhar patrimônio a descoberto independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto. Espécie de improbidade em que basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público.** Precedente: MS n. 19782- DF, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 06/04/2016. 13. Segurança denegada. (STJ - MS: 20765 DF 2014/0019045-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/02/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/02/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VARIAÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. Trazem os autos mandado de segurança atacando ato do Ministro de Estado da Fazenda consistente na demissão do impetrante do cargo de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, com fundamento no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, eis que apurado em Processo Administrativo Disciplinar o recebimento de rendimentos em valor incompatível com a sua renda lícitamente conhecida, caracterizada pela evolução patrimonial a descoberto nos anos-calendário de 2001 e 2006, nos valores de R\$ 88.948,50 (= 29% dos rendimentos conhecidos no ano) e de R\$ 21.070,28 (= 14% dos rendimentos conhecidos no ano), respectivamente. 2. Sustenta o impetrante que a demissão é nula em razão da atipicidade da conduta que lhe foi atribuída pela Administração, pois: (i) não há desproporcionalidade na variação patrimonial a descoberto; (ii) não houve aquisição de bens; (iii) não houve dolo; (iv) não foi apontada a existência de ato funcional vinculado à variação patrimonial a descoberto. **3. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes.** 4. No caso, restou comprovado no âmbito do PAD a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados tinham origem lícita. Por outro lado, não há falar em atipicidade da conduta atribuída pela Administração porque as variações patrimoniais apontadas não podem ser consideradas irrisórias, a exemplos das que decorrem de mera desorganização fiscal do servidor. **5. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), "a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público".** 6. Segurança denegada, ressalvadas as vias ordinárias. (STJ - MS: 19782 DF 2013/0042239-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 09/12/2015, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 06/04/2016)

27. Consolidou-se, assim, sob a vigência da redação original do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1990, o entendimento segundo o qual, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa.

28. Tal entendimento foi alvo de críticas. Alegou-se que o tipo infracional do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa não poderia ser interpretado isoladamente do *caput* que, já na redação original, condicionava o enriquecimento ilícito à obtenção de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo. Alegou-se, ademais, que o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o cargo não poderia ser presumido, sob pena de inversão do ônus da prova sem previsão legal.

29. Porém, as críticas não se sustentaram diante da interpretação sistemática da norma. A relação entre a ilicitude e o exercício do cargo sobressai quando se nota a quebra do dever

de transparência pelos servidores públicos positivado nas normas que atribuem a eles o ônus de justificar o incremento patrimonial incompatível com as fontes de renda declaradas, bem como do dever de conformidade patrimonial.

30. Os servidores públicos, por lidarem com bens e interesses coletivos, devem prestar contas não só dos seus atos funcionais, mas da sua evolução patrimonial. É o que prescrevem o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e o art. 1º da Lei nº 8.730, de 1993, *in verbis*:

Lei nº 8.429, de 1992 (com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) ^[9]

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à **apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza**, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. (destacou-se)

Lei nº 8.730, de 1993

Art. 1º É obrigatória a **apresentação de declaração de bens**, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados: (...) (destacou-se)

31. O dever de transparência quanto à evolução patrimonial é de tal modo relevante que a legislação comina a pena de demissão aos servidores faltosos e até mesmo crime de responsabilidade aos agentes políticos, como se infere do art. 13, §3º, da Lei nº 8.429, de 1992, e do art. 3º da Lei nº 8.730, de 1993:

Lei nº 8.429, de 1992 (com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Art. 13. (...)

§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa.

Lei nº 8.730, de 1993

Art. 3º A **não apresentação da declaração** a que se refere o art. 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses, a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:

a) **crime de responsabilidade**, para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e demais autoridades previstas em lei especial, observadas suas disposições; ou

b) infração político-administrativa, **crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função**, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica. (destacou-se)

32. Observe-se, ainda, que a Lei nº 8.730, de 1993, atribui ao servidor o dever de indicar a origem dos recursos que tenham propiciado eventual acréscimo apurado em variação patrimonial e faculta ao órgão de controle exigir provas da legitimidade da procedência dos bens e rendas no período relativo à declaração:

Art. 2º A declaração a que se refere o artigo anterior, excluídos os objetos e utensílios de uso doméstico de módico valor, constará de relação

pormenorizada dos bens imóveis, móveis, semoventes, títulos ou valores mobiliários, direitos sobre veículos automóveis, embarcações ou aeronaves e dinheiros ou aplicações financeiras que, no País ou no exterior, constituam, separadamente, o patrimônio do declarante e de seus dependentes, na data respectiva. (...)

§ 5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo. (...)

§ 7º O Tribunal de Contas da União poderá:

a) expedir instruções sobre formulários da declaração e prazos máximos de remessa de sua cópia;

b) exigir, a qualquer tempo, a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período relativo à declaração.

33. Como visto acima, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, não é o mesmo ilícito previsto no art. 9º, inciso VII. Todavia, o art. 13, §3º, da Lei nº 8.429, de 1992, e o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, não deixavam margem de dúvida sobre o ônus do servidor de indicar a origem dos recursos que sustentam sua evolução patrimonial, mesmo antes da Lei nº 14.230, de 2021. Eles reforçam a corrente dominante na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual o enriquecimento ilícito tipificado no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade não implica em inversão do ônus da prova, mas em distribuição equitativa desse ônus, com amparo legal. É o que sustentam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante o art. 13 da Lei nº 8.429/1992, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evoluir de forma correlata, sendo **indício veemente de enriquecimento ilícito e, ipso facto, de improbidade**, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa.

Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art. 333, II, do CPC). Essa conclusão é robustecida pelo disposto no art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730/1993, segundo o qual, "relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo". (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 327) (destacou-se)

34. O que se extrai da interpretação sistemática das Leis nº 8.429, de 1992, e nº 8.730, de 1993, é a justa distribuição do ônus probatório. Enquanto a primeira parte do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, atribui à Administração o ônus de provar o patrimônio a descoberto durante o exercício do cargo, o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, cumulado com a parte final do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429, de 1992, impõe ao servidor o ônus de provar a origem lícita da variação patrimonial. Outorga-se, assim, ao servidor uma segunda chance de cumprir o dever de transparência imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, do qual não se desincumbiu a tempo e modo.

35. **A ilicitude do enriquecimento, portanto, decorre da violação ao dever de conformidade patrimonial que lhe é imposto pela relação de especial sujeição. Essa violação ocorre com o fim específico de aumentar desproporcionalmente o seu patrimônio (ou ter uma variação substancial) frente às suas fontes conhecidas e legítimas de renda.** Assim, o agente realiza de forma consciente e livre conduta também contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, bem como da conformidade de sua renda com aqueles.

36. Os bens desproporcionais à renda ou à normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo, presumem-se decorrentes de vantagem indevida em razão do cargo e, portanto, configuram ato de improbidade. Mas se trata de presunção relativa, sendo possível ao servidor comprovar a licitude dessa evolução. Vale enfatizar que o legislador disciplinou essa hipótese porque é da experiência comum que quem exerce uma função pública e enriquece de forma desproporcional aos seus ganhos (sobretudo se em tempo integral e com dedicação exclusiva), muito provavelmente o faz por meios ilícitos. Outrossim, sabe-se que é difícil, senão impossível, no âmbito do processo administrativo disciplinar, detectar o “fato antecedente”, gerador do enriquecimento ilícito ^[10].

37. Esse patrimônio a descoberto, por sua vez, deve ser provado pela Administração mediante o cotejo das fontes de renda conhecidas com o patrimônio do servidor, tenham sido eles declarados ou desvelados pela Administração. Desse ônus probatório jamais se furtou a Administração, tendo, inclusive, regulamentado o procedimento de análise e sindicância patrimonial sobre tal premissa. É o que já se inferia do revogado Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005 ^[11], e se infere dos vigentes arts. 11 a 14 do Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020. Também cumpre à Administração provar que o enriquecimento ocorreu ao tempo da ocupação do cargo pelo servidor.

38. **Assim, em matéria de enriquecimento ilícito, a questão probatória assume contornos específicos que tornam ainda mais rigorosa a apuração dos fatos, eis que: 1º) Cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor, ao tempo da ocupação do cargo pelo servidor, e verificar se esse acréscimo tem lastro em outros rendimentos lícitos e conhecidos; 2º) Caso não se identifique uma causa válida, presume-se ilícito o acréscimo patrimonial incompatível; 3º) Cabe ao servidor, então, apresentar justificante que exclua a ilicitude do enriquecimento; 4º) Se o servidor não apresentar excludentes, confirma-se a presunção legal. Contudo, se ele as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.**

39. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto da ementa do Mandado de Segurança nº 18.460/DF e do Mandado de Segurança nº 21.708/DF:

(...) “6. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito.

7. No caso, restou comprovado no processo administrativo disciplinar a existência de variação patrimonial a descoberto (e desproporcional à remuneração do cargo público); e que o indiciado não demonstrou que os recursos questionados - recebidos de pessoas físicas e do exterior - advieram de aluguéis e de prestação de serviços como *ghost writer*.

8. Ademais, conforme já decidiu a Terceira Seção no MS 12.536/DF (Min. Laurita Vaz, DJe 26/09/2008), "**A conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público**".

9. Saliente-se, por fim, que a existência de fato superveniente consistente na improcedência da ação civil pública por improbidade administrativa é situação que não socorre o impetrante, pois, conforme jurisprudência do STJ e do STF, as instâncias administrativa e civil são independentes.

10. Segurança denegada." (MS 18.460/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 02/04/2014)

(...) 9. "A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito" (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). Com a mesma compreensão: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 548.901/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.2.2016; MS 13.142/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 4.8.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e AgRg no AREsp 187.235/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 16.10.2012. (...) (MS 21.708/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 11/09/2019) (destacou-se)

40. A atribuição do ônus probatório da licitude da variação patrimonial ao servidor atende ao princípio da justa distribuição dos encargos no processo, corolário do princípio da paridade de armas ^[12], haja vista a excessiva dificuldade da Administração de provar a prática de ato ilícito, frente à facilidade do servidor de reunir provas da licitude do acréscimo patrimonial. Nesse sentido, confira-se entendimento consagrado desde 2006 pela instância máxima da Advocacia-Geral da União ^[13]:

'Pede o Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional esclarecimentos sobre a deliberação exarada a f. 93 visto que a aprovação "nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 361/2006, [d] o Parecer nº AGU/RA nº 01/2006" importou na conjugação de manifestações em parte discrepantes a merecer explicação para a exata compreensão e aplicação de seus termos. É que, neste, assentou o parecerista não haver na Lei nº 8.112/90 espaço para presunção de modo que cabe à Administração o ônus da prova dos fatos que alegar sem inversão do ônus da prova "sendo indispensável, para a aplicação da penalidade inserta no art. 132, IV da Lei nº 8.112/90 a prova do nexo de causalidade entre o enriquecimento do agente público e a prática do ato de improbidade."

2. Já o Despacho CGU nº 361/2006 sustenta comportar o art. 9º, VII da Lei nº 8.429/92 uma presunção de fato, definida então como uma presunção legal, havendo-se por certo que "adquirir, para si ou para outrem, no

exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”, constitui certeza no que respeita à desproporção.

3. Em outros termos, se há prova da evolução da renda do patrimônio do servidor e a do valor da aquisição do bem e daí resultar desproporção, há presunção de fato da desproporção cuja prova então não depende mais de iniciativa da Administração. Quer dizer, a desproporção prova o tipo material da improbidade, podendo no entanto o interessado desfazer a presunção desse fato pela justificação da desproporção. Aliás, não se cuida de inversão do ônus da prova até porque cabe ao servidor, logicamente, demonstrar a compatibilidade de sua renda e patrimônio com a aquisição de bem de valor desproporcional, em face do regime disposto no art. 13 e §§ da Lei nº 8.429/92 que disciplina a apresentação ordinária de declaração de bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, seu e da sua família, e que deve ser atualizada anualmente constituindo infração grave recusar-se a fazê-lo. Assim, nestas circunstâncias a desproporção constitui presunção natural produzida pelo próprio servidor a quem cabe a obrigação funcional de desde logo declará-la justificadamente ou, quando instado, demonstrá-la.

4. Aliás, a própria disposição do caput do art. 9º da Lei nº 8.429 estabelece a definição de ato de improbidade, acrescentando, em reforço, notadamente, as hipóteses dos incisos I a XII (dentre elas o discutido inciso VII) a dizer que quanto a estas não há dúvida de que configuram hipótese material dessa conduta. Mas não há aí, como se pretendeu assentar na manifestação aprovada e agora reafirmada, presunção objetiva da culpa, posto que tanto cabe ao servidor desfazer a presunção de fato criada pela desproporção em favor da Administração quanto a esta ainda caberá a prova do propósito ímprobo sem cuja demonstração não é possível a imposição da penalidade. Em resumo, deve a Administração sempre, além da presunção do fato da desproporção, provar o vínculo psicológico do agente com o resultado da improbidade para a punição.’ (sem grifos no original)

41. No que toca o elemento subjetivo do tipo infracional, a norma original não exigia o dolo na conduta do servidor. Ainda assim, **sedimentou-se na seara administrativa o entendimento segundo o qual a infração disciplinar de improbidade administrativa do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, em qualquer de suas manifestações (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública), exigia vontade e consciência da ilicitude, o chamado elemento subjetivo doloso.** A Advocacia-Geral da União, inclusive, exarou parecer nesse sentido:

PARECER AGU Nº GQ-200 - Ementa: Improbidade administrativa - Conceito - Dolo do agente. I - **Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta.** II - Não provada a improbidade administrativa das servidoras, por conivência com as irregularidades praticadas pela Administração da entidade, não se há de aplicar as penas extremas de demissão às que se encontram na ativa e de cassação de aposentadorias às inativadas. III – Pelo arquivamento. (Parecer AGU Nº GQ-200, de 19 de agosto de 1999) (destacou-se)

42. Também a Controladoria-Geral da União, ainda sob a vigência da redação original da Lei de Improbidade, orientava as unidades correcionais a provar o dolo no enquadramento da infração disciplinar de improbidade, seja qual fosse o tipo:

Nesse sentido, por expressa determinação, em sede de reparação cível, é aceitável o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário de forma culposa. **No entanto, pelo menos na esfera disciplinar, somente é reconhecível a prática de ato de improbidade administrativa doloso, nunca culposos.** (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília: Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<https://basedoconhecimento.cgu.gov.br/handle/1/9670>>, p. 230) (destacou-se)

43. No que se refere ao enriquecimento ilícito, o entendimento encontrava amparo na jurisprudência pátria, que havia se consolidado no sentido de que o dolo é elementar dos tipos de improbidade, admitindo-se a modalidade culposa apenas para as infrações que importassem em lesão ao erário. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA EM RAZÃO DO CARGO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CULPA E DOLO GENÉRICO. ELEMENTO SUBJETIVO. DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. INAPLICABILIDADE. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. **O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário).** 3. A jurisprudência do STJ, quanto ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em princípio, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário público. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1320315/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon, publicado em 20/11/2013) (destacou-se)

44. Por fim, cumpre registrar o entendimento ainda prevalecente na Administração Federal, segundo o qual é necessário que o enriquecimento ilícito seja significativo, realmente desproporcional, para tipificar a conduta descrita no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992. Nesse sentido se firmou o posicionamento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN):

(...) 14. Embora a incompatibilidade entre renda auferida e patrimônio deva partir de cálculos aritméticos, a caracterização da infração em questão não pode prescindir de um juízo de proporcionalidade sobre essa discrepância.

15. Com efeito, não se pode admitir incluídos no dispositivo legal condutas que, por sua inexpressividade, estejam a indicar meras desorganizações fiscais, simples questões compreendidas na relação entre fisco e contribuinte. 16. A própria Lei Federal nº 8.429, de 1992, diploma no qual a Administração tem buscado os conceitos que complementam o art. 132, inciso IV, do seu Estatuto Disciplinar, ao tipificar como ato de improbidade a evolução patrimonial incompatível com a renda, agrupa-a entre aqueles atos que “importam enriquecimento ilícito” (art. 9º).

17. Assim, se esse ato de improbidade importa enriquecimento ilícito do servidor, percebe-se que não é qualquer incompatibilidade que está compreendida no conceito, mas somente aquela que se apresenta significativa, realmente desproporcional. (...)

22. Conclui-se, pois, o seguinte:

- **tratando-se de uma incompatibilidade significativa entre a renda auferida e o patrimônio do servidor, caso este não comprove a aquisição lícita, fica aperfeiçoada a infração disciplinar de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990, combinado com o art. 9º, inciso VII, da Lei Federal nº 8.429, de 1992;**

- **tratando-se, diferentemente, de uma incompatibilidade irrelevante, menor, indicativa de mera desorganização fiscal do servidor, ou de outra circunstância que elida a desonestidade própria dos atos de improbidade, resolve-se a questão, para os fins disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990, na atipicidade material da conduta. (...)**

26. Superados esses esclarecimentos, denota-se que as condutas imputadas aos acusados subsomem-se, formal e materialmente, ao arquétipo legal proibitivo do enriquecimento ilícito, porquanto objetivamente demonstrado no conjunto probatório, de maneira robusta, segura e suficiente, a relevância e a desproporcionalidade dos incrementos patrimoniais sem origem justificada, aperfeiçoando o conceito de ato de improbidade administrativa. (PARECER PGFN/CDI/Nº 1986/2006) (destacou-se)

45. No mesmo sentido é a recomendação da Controladoria-Geral da União de que além de se observar a existência do dolo também se verifique a desproporcionalidade do patrimônio:

Além da existência de dolo do agente, questão relevante a ser verificada no caso concreto é o grau de desproporção na aquisição de bens para com os rendimentos auferidos. Deve-se levar em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na formação do juízo da conformação ou não da conduta no ilícito em questão. Inconsistências de pequena relevância e vinculadas exclusivamente à seara fiscal não devem ser importadas para a seara disciplinar.

No plano prático, há infrações fiscais ou erros nas declarações prestadas ao fisco que não implicam em patrimônio a descoberto do agente, consistindo em mera infração tributária ou simples erro de preenchimento. Assim, recomenda-se evitar apressada imputação de irregularidades disciplinares indevidas, devendo a comissão apuradora agir com cautela no apontamento de referida infração, a partir da análise de indicadores precisos e elucidativos de possível variação patrimonial a descoberto (não declarada). (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília: Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<https://basedeconhecimento.cgu.gov.br/handle/1/9670>>, p. 230) (destacou-se)

46. Demonstrada, assim, a interpretação conferida à infração do art. 9º, inciso VII, sob a vigência da redação original da Lei nº 8.429, de 1990, cumpre agora analisar as alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, e seus eventuais impactos na exegese do tipo.

4. As alterações legislativas promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na exegese do tipo infracional do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1990

47. A Lei de Improbidade Administrativa completou dezenove anos de vigência em 2021. Desde sua publicação, em 3 de junho de 1992, a lei sofreu diversas alterações. Nenhuma delas, contudo, se dedicou tão a fundo a rever as premissas sobre as quais se assenta o regime de improbidade e a adequar a lei ao entendimento jurisprudencial e doutrinário há muito consolidados como a Lei nº 14.230, de 2021.

48. A Lei nº 14.230, de 2021, alterou tão profundamente a Lei de Improbidade, que se fala em uma Nova Lei de Improbidade Administrativa. De fato, as mudanças tocaram questões fundamentais, como o conceito de improbidade, as elementares típicas, sanções, procedimento e até mesmo a natureza da ação de improbidade ^[14].

49. O tipo de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito decorrente de patrimônio a descoberto não escapou à reforma, como demonstrado acima. O art. 9º, VII, da Nova Lei de Improbidade ^[15] sofreu quatro alterações, a saber: **i)** passou a exigir expressamente o dolo (*caput*); **ii)** incorporou a expressão “*em razão do cargo, mandato, emprego ou função*” ao tipo (inciso VII); **iii)** correlacionou o patrimônio a descoberto ao conceito de enriquecimento ilícito, ao prescrever que as condutas devem ser “*decorrentes dos atos descritos no caput*”; e **iv)** assegurou a demonstração pelo agente da licitude da origem da evolução patrimonial apurada.

50. Passa-se, pois, ao exame das elementares introduzidas no tipo infracional do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1990.

i. Do elemento subjetivo “dolo”

51. Um dos pontos de maior relevo nas alterações promovidas na Lei de Improbidade diz respeito ao elemento subjetivo das infrações. Objetivando reservar as severas sanções da improbidade ao agente desonesto, deixando o agente imprudente, imperito ou negligente fora do âmbito de aplicação da Lei, o art. 1º e seus §§1º, 2º e 3º deixaram claro que o regime de improbidade tutelar a Administração contra atos ímprobos praticados dolosamente. A Lei também exige nos §§ 1º e 2º do art. 11 o especial fim de agir direcionado à obtenção de proveito ou benefício para si ou terceiros. Veja-se a redação dos dispositivos:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as **condutas dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º **Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito** tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de **ato doloso com fim ilícito**, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (...)

Art. 11. (...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o **fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade**.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (...)

52. **A exigência do dolo também foi inserida no tipo do art. 9º, inciso VII, como demonstrado alhures. Mas, a despeito da relevante alteração feita pelo legislador, a sua introdução na base hipotética do ilícito não altera a interpretação da infração, posto que doutrina e jurisprudência há muito vinham exigindo o referido elemento subjetivo para sua configuração. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado do STJ:**

(...) 4. Em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor, competindo, a este, por outro lado, o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes. 5. **A prática do Ato de Improbidade Administrativa previsto nos arts. 9º, VII, e 11, da Lei 8.429/1992, dispensa a prova do dolo específico, bastando o dolo genérico, que, nos casos de variação patrimonial a descoberto resta evidenciado pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, bem como que a conduta do servidor tida por ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público.** Precedentes: MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção do STJ, julgado em 13/08/2014, DJe 22/08/2014; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma do STJ, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015; AgRg no REsp 1400571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma do STJ, julgado em 06/10/2015, DJe 13/10/2015. (...) (MS 21.084/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 01/12/2016)

53. **Tendo em vista o disposto no art. 1º, §§1º, 2º e 3º, e no art. 11, §§ 1º e 2º, há corrente doutrinária defendendo que a Lei de Improbidade passou a exigir a demonstração de dolo específico. Por outro lado, há corrente doutrinária entendendo que nem toda figura da Lei de Improbidade reclama dolo específico, mas somente as que fazem alusão expressa a um especial fim de agir. Sobre essa segunda corrente, transcreve-se o seguinte artigo do Juiz Federal Tiago do Carmo Martins:**

“Voltando-se os olhos para a LIA, nota-se que não exige dolo específico de modo indiscriminado, contemplando tanto figuras de dolo genérico como algumas de dolo específico. Veja-se dois exemplos:

"Artigo 10, V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; Artigo 11, VI — deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades".

No primeiro caso, basta lesionar o erário através de negócio imobiliário destoante do preço de mercado, com consciência, voluntariedade e a má-fé essencial ao ato de improbidade ^[4]. No segundo, não basta omitir a prestação de contas; isso há de ser feito com má-fé e para a finalidade especial de ocultar irregularidades.

Assim, é preciso conciliar as figuras descritas nos artigos 9º a 11 da LIA com a enunciação do artigo 1º, parágrafo 2º (*dolo é a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*).

Nesse passo, haverá improbidade quando o agente agir de modo consciente e voluntário para se enriquecer ilicitamente, lesar o erário ou violar princípio regente da Administração, "*não bastando a mera voluntariedade do agente*" em praticar o ato sem fim ilícito; ou seja, não há improbidade sem má-fé.

Já o fim especial só deve ser buscado quando expressamente mencionado em um dos incisos dos artigos 9º, 10 ou 11. "*(O dolo na nova Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-03/tiago-martins-dolo-lei-improbidade-administrativa>)*

54. **Como se pode observar da literalidade do art. 9º, inciso VII, da LIA, este não exige em sua base hipotética um especial fim de agir, o que afastaria, segundo a corrente acima transcrita, a necessidade de prova do dolo específico.**

55. Contudo, **ainda que se adote a primeira corrente**, no sentido de ser exigido o dolo específico para a configuração do enriquecimento ilícito previsto no art. 9º, inciso VII, **há que se entender de que forma ela se configuraria**. Para melhor compreensão, transcreve-se o seguinte excerto do ensinamento de Cezar Roberto Bitencourt, que explica que o especial fim de agir denota a motivação do agente para a prática da infração:

Pode figurar nos tipos penais, ao lado do dolo, uma série de características subjetivas que os integram ou os fundamentam. A doutrina clássica denominava, impropriamente, o elemento subjetivo geral do tipo dolo genérico e o especial fim de agir, de que depende a ilicitude de certas figuras delituosas, dolo específico. (...) Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, **os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, isto é, desde que a conduta tenha sido orientada por essa finalidade específica.** (Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 456) (destacou-se)

56. Segundo posicionamento firmado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), anterior à alteração legislativa, a manifestação do dolo de enriquecer ilicitamente se dá com a vontade consciente e direcionada a omitir a fonte do acréscimo patrimonial e da movimentação financeira, em franca violação às normas de transparência (art. 13, §3º, da Lei nº 8.429, de 1992, e art. 3º da Lei nº 8.730, de 1993) ou com o fato de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa. Veja-se, a propósito, o seguinte julgado do STJ acerca do elemento subjetivo:

Destaque-se ainda que a prática do ato de improbidade previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992 dispensa a prova do dolo específico, bastando o dolo genérico, que, nos casos de variação patrimonial a descoberto resta evidenciado pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, conforme já decidiu a 3ª Seção do STJ no julgamento do MS 12.660/DF, rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), julg. em 13/8/2014, Dje 22/8/2014. (Excerto do voto no MS 19.782/DF, Rel. Ministro

MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016) (...) 5. **O mencionado dispositivo considera improbidade administrativa a conduta genericamente dolosa do agente público de aumentar o patrimônio pessoal sem justificativa legal para tanto, independentemente de sua origem ser por desvio funcional ou qualquer outro tipo de atividade.** 6. "A improbidade administrativa consistente em o servidor público amealhar patrimônio a descoberto **independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto.** Espécie de improbidade em que **basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público**" (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). No mesmo sentido: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.11.2015; AgRg no REsp 1.400.571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 13.10.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008. 7. **Não há, portanto, no fato típico ímprobo a imposição de que a origem do incremento patrimonial esteja relacionada com desvios no exercício do cargo, o que denota que a hipótese legal considera o simples ato genericamente doloso de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.** (...) (MS 21.708/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 11/09/2019)

57. Portanto, **para a infração do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, o dolo sempre fora evidenciado pela manifesta vontade do agente que, de forma livre e consciente, viola o dever de conformidade patrimonial que lhe é imposto pela relação de especial sujeição.**

58. Destarte, caso se adote a corrente doutrinária que afirma ser necessária a comprovação do dolo específico, a atual redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021, em especial aquela constante no art. 1º, §§1º, 2º e 3º, e no art. 11, §§ 1º e 2º, requer o fim de obter proveito ou benefício indevido próprio ou alheio. Mas, na prática, o entendimento não altera a práxis administrativa. **Isso porque, o dolo específico se extrai da própria configuração do ilícito, pois quem apresenta patrimônio a descoberto em face de suas rendas conhecidas, devidamente comprovado pela Administração, evidentemente o faz com o intuito de obter proveito ou benefício próprio e/ou alheio.**

59. Com efeito, **o dolo é um elemento anímico, aferível pelas circunstâncias externadas pela conduta**, como a omissão de rendas, a falsidade da declaração de bens, a sonegação de informações, sua prestação incompleta, a aquisição de bens ou direitos, a realização de depósitos ou aplicações financeiras em evidente desconformidade com as rendas lícitas e conhecidas do servidor, entre outras, tudo isso a denotar o interesse do agente em dissimular a origem ilícita do patrimônio e enriquecer indevidamente. A prova do elemento subjetivo não se infere de outro modo, haja vista a insindicalidade do pensamento. Nesse sentido é esclarecedora a posição dos tribunais pátrios:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INSERÇÃO INDEVIDA DE NÚMEROS DE TÍTULOS ELEITOR NO CADASTRO RECEITA FEDERAL. DOLO CONFIGURADO. ARTIGO 11 DA LIA. SENTENÇA REFORMADA. (...) 4. **A partir de regras de experiência comum, é possível reconhecer a presença de atuar doloso, mesmo nos casos em que testemunhas ou o próprio agente que realizou o ato digam o contrário. (...) O Homem enquanto ser racional, é dotado de uma característica de difícil apreensão e que o distingue de todos os outros seres vivos: o pensamento. No mundo interior da mente só podemos conhecer o que é transmitido para o mundo exterior, seja de uma forma expressa e directa 1 (comunicação) seja de uma maneira tácita (conduta). Conforme exposto, o dolo enquanto elemento constituído por uma representação e intenção de perpetuar o facto, pertence aos chamados factos internos ou psíquicos. Daí poder nunca vir a ser conhecido ou apreendido por outro que não o próprio sujeito. (...)** (TRF-2. Apel. Cível 01400614820144025101/RJ, Relator: Flavio Oliveira Lucas, Data de Julgamento: 13/09/2019, VICE-PRESIDÊNCIA) (destacou-se)

PENAL. ART. 334, § 1º, c DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. ERROS DE TIPO E DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DESPROVIDO. (...) IV - **A prova do dolo deve ser ele aferido pelas circunstâncias em que praticado o delito, que, no presente caso, apontam para a plena ciência por parte da acusada da ilicitude de sua conduta.** V - Recurso da defesa não provido. (TRF-2. Apel. CRim: 00000545220114025152/RJ, Relator: Marcello Ferreira de Souza Granado, Data de Julgamento: 26/02/2014, 1ª Turma Especializada, Data de Publicação: 01/04/2014) (destacou-se)

PENAL E PROCESSUAL. MOEDA FALSA. INTRODUÇÃO EM CIRCULAÇÃO. ARTIGO 289, § 1º, DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS EXTERNAS. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA PRIVILEGIADA (ART. 289, § 2º, CP). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. **Nos crimes de *falsum*, inexistente possibilidade material de se produzir ampla prova do dolo, devendo o Magistrado se orientar pelo conjunto das evidências, atendo-se aos indicativos externos que expressam a vontade do agente para aferir a presença, ou não, do elemento subjetivo.** (...). (TRF-4. Apel. CRim: 6028920084047201/SC 0000602-89.2008.4.04.7201, Relator: Salise Monteiro Sanchotene, DJ: 19/03/2013, Sétima Turma) (destacou-se)

60. Não se pode deixar de mencionar que as circunstâncias caracterizadoras do aludido dolo específico (vontade livre e consciente de obter proveito em razão do cargo) vinham sendo demonstradas pelos órgãos correccionais ainda sob a redação original da Lei de Improbidade. Tanto assim que os manuais práticos cuidaram de diferenciar a simples variação patrimonial para fins tributários do enriquecimento ilícito para fins disciplinares. É o que informa o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil Marcos Salles Teixeira, em sua obra *Anotações sobre processo administrativo disciplinar*:

Não obstante a lacuna na autodefesa possa se fazer sentir e repercutir como um elemento a mais na formação de entendimento do final do procedimento investigativo, é preciso deixar claro que, por mais que se tenha enfatizado, linhas acima, o poder estatal de intimar o investigado, impondo-lhe o dever estatutário de justificar eventuais discrepâncias em sua situação patrimonial, a insuficiência ou a ausência de informações esclarecedoras não supre e não afasta o ônus que incumbe à Administração de enrubescer os indícios iniciais de enriquecimento

ilícito. É necessário que o servidor ou a comissão responsável pelo procedimento investigativo logre instruir os autos com elementos de fato indicadores do suposto enriquecimento antes de chegar ao seu relatório com proposta de deflagração de instância disciplinar, não sendo aceitável calcar sua proposta tão somente na falta de esclarecimentos por parte do investigado. (p. 351) (...)

Aqui, então, de certa forma, se pode dizer que, na tutela de diferentes bens jurídicos e atuando sob suas próprias peculiaridades, o Estado-Administração utiliza ferramentas de cálculo patrimonial com enfoques diferentes na substância fiscal e na substância disciplinar. **Na subinstância fiscal, precipuamente busca-se a omissão de rendimentos, que pode ser detectado pela comprovação da VPD; e na subinstância disciplinar, busca-se a identificação do enriquecimento ilícito, que pode ser detectado por quaisquer dos métodos expostos em 2.5.3.2.5.** A comprovação da VPD interessa ao fisco como espécie de infração tributária de omissão de receita, mas também pode fazer mover a atuação correcional, como espécie da infração disciplinar de enriquecimento ilícito, caracterizador de improbidade administrativa.

Essa sutil distinção é relevante, pois não é toda VPD apurada na substância fiscal que representa enriquecimento ilícito na substância disciplinar. Obviamente, a detecção de VPD traz em si a suspeita de indícios de enriquecimento ilícito, mas tal fato necessita ser apurado sob ótica disciplinar, na qual assume relevância a origem da renda omitida, enquanto sob ótica fiscal este aspecto não é relevante, sendo tributável a renda, independentemente de ser de origem lícita ou ilícita. Estas diferenciações serão aprofundadas mais adiante neste texto; contudo, é pertinente introduzi-la desde já para demonstrar os distintos objetivos que movem cada uma das subinstâncias de atuação do Estado-Administração. (TEIXEIRA, Marcos Salles. Anotações sobre processo administrativo disciplinar. Set/2021. p. 1640. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/46836>) (destacou-se)

61. Em síntese, a mudança reforça entendimento já existente da Administração quanto à tipificação da conduta, cabendo a esta comprovar a existência do dolo, como já vinha fazendo, por meio das circunstâncias que envolvem a prática infracional. A inovação reitera o dever de fundamentação do elemento subjetivo, mas não proíbe o uso do raciocínio indutivo da presunção, nem tampouco limita os meios de prova a serem empregados. Em síntese, a mudança impõe a manutenção de práticas e cuidados já consagrados na Administração Federal quanto à tipificação da conduta, a fim de evitar futuros questionamentos judiciais.

62. E nem se diga que o comando constante do § 1º do art. 11 da Nova Lei de Improbidade, e estendido para todas as definições materiais no § 2º subsequente, de que deve ser *“comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido”* estaria desatendido com o que até aqui se construiu acerca da comprovação do ânimo subjetivo do autor. Afinal, conforme já exposto linhas acima, a relação estatutária exige do servidor um grau especial de sujeição, inclusive e sobretudo na demonstração de sua regularidade patrimonial.

63. **O não cumprimento do dever funcional de transparência, imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, recai e reflete-se, de forma inexorável, sobre a própria conduta funcional do servidor vinculado àqueles ditames legais, restando, portanto, atendida até mesmo a elementar inovada com o § 2º do art. 11 da Nova Lei de Improbidade.**

64. Outrossim, o dolo também pode ser inferido pela significância do enriquecimento. Com efeito, para o art. 9º, inciso VII, como visto anteriormente, é necessário que o enriquecimento ilícito seja significativo ^[16], realmente desproporcional, conforme posicionamento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional alhures citado. Para a configuração do ilícito não basta, portanto, uma variação/acréscimo inexpressiva - já que poderia se tratar de mera desorganização fiscal ou eventual conduta culposa, não enquadrável no disposto no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992.

ii) Das elementares “em razão dele [cargo, mandato, função ou emprego]” e “assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem da evolução patrimonial apurada”

65. Outra alteração textual promovida pela Lei nº 14.230, de 2021, consistiu em inserir as expressões “*em razão deles*” e “*assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem da evolução patrimonial apurada*” no inciso VII do art. 9º, referindo-se ao exercício do cargo, mandato, emprego ou função, bem como ao contraditório sobre a variação patrimonial apurada pela Administração.

66. Demonstrou-se linhas acima o posicionamento consolidado sob vigência da redação original, segundo o qual cabe à Administração provar o patrimônio a descoberto e ao servidor demonstrar a licitude dos ingressos obscuros. Também como já afirmado, esse ônus probatório imposto ao servidor tem fundamento no art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, no princípio da distribuição equânime do ônus probatório (arts. 7º e 373 do Código de Processo Civil - CPC) e na dispensa de prova dos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência (art. 374, IV, do CPC).

67. A introdução da expressão “**em razão deles**” não é ociosa. O legislador foi **intencionalmente repetitivo, pois a expressão já constava do caput do dispositivo**. Pode-se inferir que esse reforço legislativo foi necessário, por, pelo menos, dois motivos.

68. O primeiro motivo consiste em explicitar a necessidade de a Administração comprovar que o enriquecimento indevido tenha sido fruto do período em que o servidor exerce ou exerceu o cargo. Com efeito, como reiteração do comando explicitado já desde a elementar “no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública” constante da redação original, a inovação legislativa reafirma que o acréscimo patrimonial a descoberto tem que ocorrer durante o exercício do cargo, não antes do ingresso do agente público no cargo/função, nem após a vacância do cargo por ele ocupado. Assim, caso o servidor, por exemplo, se aposente, e posteriormente apresente variação patrimonial significativa, a referida variação não estará albergada na base hipotética do ilícito.

69. O segundo motivo consiste em evidenciar que o servidor público pode demonstrar a licitude da origem do acréscimo patrimonial, desvinculando o respectivo acréscimo patrimonial a descoberto do exercício do cargo, no sentido de apresentar, por outra fonte de renda lícita, como aluguéis ou recebimento de herança, o que, hipoteticamente, poderia afastar o enquadramento da situação na improbidade administrativa em apreço.

70. Dessa forma, o legislador conseguiu afastar qualquer dúvida que poderia pairar sobre eventual presunção absoluta na configuração do tipo previsto no art. 9º, inciso VII. Ou seja, mesmo quando comprovado pela Administração o incremento patrimonial significativo incompatível com as fontes de renda do servidor e sem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos –, durante o exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, tal fato não gera a presunção absoluta de enriquecimento ilícito, mas sim presunção relativa, pois o servidor pode apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, demonstrando sua licitude.

71. Com efeito, uma boa parcela da corrente doutrinária defendia que já na redação original do art. 9º, inciso VII, existia uma presunção legal relativa da ilicitude do enriquecimento quando desproporcional, cabendo ao agente público a explicação e a comprovação da legitimidade do acréscimo patrimonial, ou seja, o agente deve apontar a origem dos recursos que levaram à aquisição desproporcional. Nesse sentido, confira-se a seguinte explicação doutrinária:

18. Com efeito, o patrimônio desproporcional não pode ser considerado sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, embora permita uma presunção legal. Infere-se que os bens desproporcionais à renda ou à normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo, representam auferimento de vantagem indevida em razão desse exercício (*caput* do art. 9º) e, portanto, configuram ato de improbidade. Claro que ao servidor sempre será possível comprovar a legitimidade do acréscimo patrimonial, como uma herança, ou um prêmio, ou uma atividade lícita fora dos horários de expediente.

19. Por certo, a lei previu esse caso porque é da experiência comum, da observação do que normalmente acontece, que quem exerce uma função pública e enriquece de forma desproporcional aos seus ganhos (sobretudo se em tempo integral e com dedicação exclusiva), muito provavelmente o faz por meios ilícitos. Além disso, sabe-se que de ordinário é difícil, senão impossível, detectar o “fato antecedente”, gerador do enriquecimento ilícito. (DUBEUX, Rafael Ramalho. *Enriquecimento ilícito de servidor e a Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/360476758/Enriquecimento-Illicito-Rafael>).

72. Cabe esclarecer que a introdução da referida expressão “em razão deles” no inciso VII do art. 9º demonstra que a presunção recai apenas sobre o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o exercício do cargo. Descumprido o ônus legal de provar a origem lícita do patrimônio a descoberto, presume-se que o enriquecimento seja ilícito e tenha se dado em razão de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública. Assim, a interpretação adequada ao art. 9º, inciso VII, da LIA é a de conferir-lhe uma presunção relativa de enriquecimento ilícito, dispensando-se a prova do fato antecedente.

73. A consequente **presunção do nexo causal entre o enriquecimento ilícito e o exercício do cargo** não viola os princípios do Direito Administrativo Sancionador ou o devido processo legal. Ao contrário, **ampara-se nas regras processuais de distribuição do ônus da prova**, em especial no art. 373 e no art. 374, IV, do CPC, aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar, por força do art. 15 desse mesmo Código. Veja-se a redação dos dispositivos:

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 374. Não dependem de prova os fatos: (...)

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (destacou-se)

74. As presunções amparadas por lei não são novidade no Direito pátrio. A Lei nº 8.560, de 1992, que regula a investigação de paternidade, presume a filiação caso o réu se recuse a realizar o exame de código genético (art. 2º-A, incluído pela Lei nº 12.004, de 2009). O Código Civil (CC), por sua vez, autoriza a prova do negócio jurídico por presunção (art. 212, IV), entre outras hipóteses.

75. Mesmo na seara penal admite-se a presunção. O Código Penal (CP) presume a receptação por aquele que adquire ou recebe coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece mostra-se obtida por meio criminoso (art. 180, §3º). No caso de conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticado com menor de 14 anos, o CP presume a violência e tipifica o ato como estupro (art. 217-A). Também se faz uso da presunção no Processo Penal. De acordo com o art. 696, II, do Código de Processo Penal (CPP), não se concederá a suspensão condicional da pena quando os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a presunção de que tornará a delinquir.

76. Enfim, tendo o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, atribuído ao servidor o ônus de provar a origem lícita do patrimônio não declarado e não tendo ele justificado a fonte dos recursos, recairá sobre sua conduta a presunção de que o patrimônio a descoberto se deu em razão do exercício do cargo. Essa presunção tem lastro na distribuição equitativa do ônus probatório prevista no art. 373 e no art. 374, IV, do CPC, como já demonstrado. Tal entendimento já havia sido consolidado no Enunciado CGU nº 8, de 9 de dezembro de 2014, *in verbis*:

Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. **Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.** (Enunciado CGU nº 8, publicado no DOU de 10/12/14, seção 1, página 2) (destacou-se)

77. As regras e princípios justificadores da presunção de relação dos rendimentos não declarados com o exercício do cargo não se modificaram com a superveniência da Lei nº 14.230, de 2021. Pelo contrário, a alteração inserida ao final do inciso VII reforça o ônus do servidor de aclarar a origem lícita da variação patrimonial não declarada indicada pela Administração. Relembre-se, a propósito a nova redação do tipo em questão:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no *caput* deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, **assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução;** (...) (destacou-se)

78. Com o acréscimo da previsão, ao final da redação do art. 9º, inciso VII, de que é “*assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução*”, o legislador não deixou qualquer margem de dúvida acerca da natureza relativa da presunção legal em comento. Ao garantir ao agente público a demonstração da origem lícita da variação

patrimonial apontada pela Administração, a lei indica o ônus probatório, reforçando a tese da distribuição justa desse encargo e da presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito. E nem poderia ser diferente, posto que **conferir à Administração tal ônus equivaleria a exigir prova da relação espúria que originou o incremento patrimonial indevido (fato antecedente), o que tornaria dispensável o tipo do inciso VII, pois a conduta se amoldaria a qualquer outro dos incisos do art. 9º de Lei de Improbidade Administrativa ou mesmo a outros tipos disciplinares previstos no art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990.**

79. A exigência de prova do fato antecedente não se coaduna com a mens legis do inciso VII do art. 9º, pois implica em sua completa inutilidade já que a conduta ali tipificada é adquirir patrimônio desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Ora, não se pode acolher uma solução hermenêutica que esvazie o sentido da norma, sob pena de conferir ao intérprete o poder de revogar um dispositivo. Uma interpretação deve extrair utilidade da norma e preservar sua vigência. Ademais, o sistema de combate à improbidade requer a efetividade na preservação da integridade do patrimônio do Estado, como aponta o novo *caput* do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

80. Tal linha de raciocínio também é corroborada pela Justificativa do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 10.887/2018, que originou a Lei nº 14.230, de 2021, já mencionada anteriormente. Confira-se:

Após o seu jubileu de prata, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais. (...)

O texto apresentado representa revisão redacional de adaptação de linguagem, retificando pequenas falhas perceptíveis, além de correções de técnica legislativa, principalmente no Capítulo I que cuida das Disposições Gerais. (...)

Neste sentido, a estrutura e a abrangência dos artigos 9º e 10º da LIA permanecem em essência inalterados, subtraindo-se a possibilidade da ocorrência de improbidade administrativa por atos culposos.

O trabalho da Comissão foi guiado pelo desejo de avançar no aperfeiçoamento de uma legislação contributiva para a probidade pública, para a moralidade e para a honestidade da administração – jungida pela racionalidade – e somando esforços na construção de uma sociedade melhor.

A moralidade pública é princípio constitucional da mais elevada importância para o cumprimento da boa administração pública e zelo ao bem comum do povo. Diante de sua grande relevância e do que expomos acima, reconhecendo a necessidade e conveniência do teor deste não só à administração pública, mas a toda sociedade brasileira, principalmente levando em consideração o atual cenário econômico e político em que o Brasil se encontra, é que apresentamos a presente proposição legislativa; solicitando de nossos nobres pares o apoio para aprovação desse projeto. (Justificativa do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 10.887/2018)

81. Ademais, conforme pontuado pela Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a “*aplicação nos novos dispositivos da Lei nº 14.230/2021 deve ser orientada pela sua interpretação à luz do Sistema Brasileiro Anticorrupção, em harmonia com a Constituição Federal e sua proteção conferida à tutela da probidade, no princípio republicano e no Estado Democrático, assegurados direitos e garantias fundamentais aos investigados/acusados, como sistema administrativo sancionador, bem como à luz de Convenções Internacionais contra a Corrupção, internalizadas no Direito Brasileiro (OCDE, OEA e ONU)*” ^[17].

82. No caso do inciso VII do art. 9º, a presunção de relação com o cargo gerada pela evolução patrimonial não justificada constitui o âmago da norma e se ampara na constatação pragmática de que o rastro do dinheiro aponta o ato de corrupção. Essa solução, resumida na expressão inglesa “follow the money” ^[18], foi incorporada ao ordenamento internacional, que passou a ordenar a tipificação do enriquecimento ilícito, independente de prova do ato de corrupção. Assim dispõem o art. IX da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e o art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006:

Artigo IX

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente. (...) (destacou-se)

Artigo 20

Enriquecimento ilícito

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele. (destacou-se)

83. Foi atendendo ao mandamento dessas convenções que a Lei de Improbidade Administrativa tipificou o enriquecimento por patrimônio a descoberto que não possa o servidor justificar razoavelmente. Perceba-se que ambos os textos atribuem ao servidor o dever de justificar o acréscimo patrimonial incompatível com seus rendimentos.

84. É certo que as mencionadas convenções internacionais não trazem regras imperativas. São mandamentos de conformação destinados aos Estados Partes. Ainda assim, tais normas integram o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação das leis ordinárias, como registram Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

No mesmo sentido, pode ser mencionado o art. IX da Convenção da Organização dos Estados Americanos contra a Corrupção, e o art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Esses preceitos dispõem sobre a adoção das medidas necessárias à tipificação do enriquecimento ilícito como infração penal, que, na redação do primeiro deles, consiste “no incremento do patrimônio de um funcionário público com significativo excesso, em relação às suas rendas legítimas, durante o exercício de suas funções e que não possa ser razoavelmente justificado por ele”. **Ainda que**

se trate de comando direcionado ao legislador, é intuitiva a produção de efeitos em relação à legislação preexistente, quer derogando os preceitos com ela incompatíveis, quer auxiliando na operação de interpretação. Nessa linha, não se pode negar, à luz do texto das Convenções, que, uma vez demonstrada a disparidade entre renda legítima e patrimônio, cabe ao agente público a produção de provas aptas a obstar a pretensão autoral e os indícios que a embasam. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 327) (destacou-se)

85. Não se olvide que a probidade administrativa constitui direito fundamental ^[19], o que se infere da adoção do Regime Republicano por nossa Constituição (art. 1º, *caput*, c/c art. 5º, § 2º, da CR/88), como aponta a doutrina:

Da perspectiva da dogmática constitucional, a existência de um “direito fundamental à probidade administrativa” pode ser extraída da “cláusula de abertura” do art. 5º, § 2º, da CF, segundo a qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (...)

Noutra quadra, considerando que a tutela internacional da probidade insere-se “no contemporâneo rol dos ‘direitos humanos internacionalmente protegidos’, como o direito a uma administração proba ou o chamado *good governance*” (RAMOS, 2002, p. 10), toda essa normativa internacional vai impactar o ordenamento jurídico brasileiro de uma maneira peculiar, pois tais convenções de combate à corrupção, na medida em que estão inseridas na seara do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, devem ser compreendidas como tratados internacionais de direitos humanos. (...) (RAMOS, 2002, p. 30). (SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html Acesso em: 23 nov. 2021.)

86. Em se tratando de direito fundamental, as normas internacionais que versam sobre combate à corrupção ganham status supralegal, consoante a jurisprudência do STF ^[20]. Como efeito prático decorrem a submissão do legislador ordinário aos preceitos internacionais e a vedação ao retrocesso. É o que bem explica Roberto Lima Santos:

Ainda que se considere que os dispositivos dessas convenções internacionais tenham cunho programático, impende observar a sistematização da doutrina, lembrada por Luís Roberto Barroso (2002, p. 156), que elenca algumas hipóteses de efetividade das normas dessa natureza: “(1) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis; (2) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização; (3) condicionam a atuação da administração pública; (4) informam a interpretação e a aplicação da lei pelo Poder Judiciário”.

Logo, o “importante resultado da plêiade de tratados de direitos humanos que o Brasil vem ratificando é o **congelamento do retrocesso** da agenda interna, pois há compromissos internacionais que o Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir e que não pode violar” (SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:

87. Em suma, as convenções contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) não só condicionam a interpretação do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade, acolhendo a presunção de relação da evolução patrimonial não explicada com o exercício do cargo, como impedem o retrocesso nessa matéria.

88. **Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais.** Uma vez suprido pela Administração o ônus probatório que lhe recai, exigir-lhe, ainda, a prova de que o patrimônio a descoberto decorre da prática de ato funcional no exercício do cargo ou de um fato específico antecedente representa verdadeiro retrocesso aos sistemas de controle e proteção da moralidade administrativa. Com efeito, dada a evolução cotidiana de sofisticadas técnicas de fraudes de difícil constatação, os instrumentos, inclusive legais, de combate à corrupção não podem retroceder. Nesse sentido, cumpre destacar entendimento há muito existente no STF sobre o princípio de proibição de retrocesso, como se extrai do seguinte excerto do voto do Ministro Relator Celso de Mello:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (...)

Bem por isso, **o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas** em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdãos do Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa). (...) (ARE 745745 AgR, Ministro Relator Celso de Mello, Segunda Turma, Publicação em 19/12/2014) (destacou-se)

89. Ainda sobre a dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, o qual além de proibir o excesso também veda a insuficiência das medidas para a proteção dos direitos fundamentais, merece ser transcrita a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Tudo somado, salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas tal qual exige o Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que relembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, dentre os quais assume destaque a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade. Nesta perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido - para além de sua

função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais - na sua dupla dimensão como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático - e proporcional — de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância. (SARLET, Ingo Wolfgang. “Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência”. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2151599.pdf>)

90. Outrossim, repise-se, entender que a Administração deveria comprovar que a evolução patrimonial possui relação estrita com o exercício das atribuições do cargo tornaria o próprio art. 9º, inciso VII, desnecessário, já que ele se distingue das demais tipologias de enriquecimento ilícito exatamente por não ser necessária essa demonstração. Caso a Administração tivesse que comprovar que o enriquecimento decorreu de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública, a conduta não seria enquadrada no art. 9º, inciso VII, **mas sim em algum outro tipo infracional, sob pena de tornar o dispositivo letra morta e afastar a norma da construção do sistema de defesa da probidade.**

iii) Elementar “decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo”

91. Por fim, cumpre asseverar que a inserção da expressão “*decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo*” no inc. VII do art. 9º não afasta as conclusões até aqui apresentadas. Os aludidos atos do *caput* nada mais são do que o dolo de enriquecer ilicitamente durante o exercício do cargo. Mais uma vez, não se nega a presença da elementar “*em razão do cargo, mandato, emprego ou função*”, apenas se rejeita a tese segundo a qual a Administração deveria comprovar a prática de conduta no exercício do cargo (fato antecedente) que ensejou o patrimônio a descoberto.

92. **A questão se resume, então, ao ônus probatório, o qual incumbe à Administração o dever de comprovar: 1) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial, 2) que ele é significativo/efetivamente desproporcional; 3) que este incremento é incompatível com as fontes de renda lícitas e conhecidas do servidor; 4) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos; e 5) que o incremento ou variação é fruto do período em que exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública. Após todas essas provas pela Administração, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, no sentido de demonstrar a sua licitude, podendo, a título exemplificativo, desvincular o respectivo acréscimo patrimonial do exercício do cargo, de modo a, por exemplo, comprovar outra fonte de renda lícita. Se o servidor as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.**

III - CONCLUSÃO

93. Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar que:

a. **As alterações trazidas pela a Lei nº 14.230, de 2021, ao quanto disposto no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, cumprem o relevante desiderato de incorporar à**

descrição típica as construções hermenêuticas consolidadas na doutrina, na jurisprudência e na praxis administrativa, atendendo ao princípio da segurança jurídica;

b. Na seara administrativa, já na redação original da Lei nº 8.429, de 1992, consolidou-se o entendimento segundo o qual a infração disciplinar de improbidade administrativa do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, em qualquer de suas manifestações (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública), exigia vontade e consciência da ilicitude, o chamado elemento subjetivo doloso;

c. A introdução do dolo na base hipotética do ilícito não altera a interpretação da infração, posto que doutrina e jurisprudência há muito vinham exigindo o referido elemento subjetivo para sua configuração;

d. Conforme se pode observar da literalidade do art. 9º, inciso VII, da LIA, este não exige em sua base hipotética um especial fim de agir, o que afastaria, segundo uma parte da corrente doutrinária, a necessidade de se falar em dolo específico.

e. Contudo, ainda que se adote a corrente que exige o dolo específico para a configuração do enriquecimento ilícito previsto no art. 9º, inciso VII, a atual redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021, requer o fim de obter proveito ou benefício indevido próprio ou alheio. A despeito de ser uma importante inovação legislativa, na prática, não altera a praxis administrativa. Isso porque, o dolo específico se extrai da própria comprovação da configuração do ilícito, já que quem apresenta um patrimônio a descoberto em face de suas rendas conhecidas, devidamente comprovado pela Administração, evidentemente o faz com o intuito de obter proveito ou benefício próprio ou alheio. O não cumprimento do dever funcional de transparência, imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, recai e reflete-se, de forma inexorável, sobre a própria conduta funcional do servidor vinculado àqueles ditames legais, restando, portanto, atendida até mesmo a elementar inovada com o § 2º do art. 11 da Nova Lei de Improbidade;

f. Acerca da inserção da expressão “em razão deles [cargo, mandato, emprego ou função]” no inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade, pode-se inferir que esse reforço legislativo foi necessário por, pelo menos, dois motivos: i) explicitar a necessidade de a Administração comprovar que o enriquecimento indevido tenha sido fruto do período em que o servidor exerce ou exerceu o cargo; e ii) evidenciar a natureza relativa da presunção de ilicitude da variação patrimonial a descoberto, permitindo ao servidor provar a licitude dos acréscimos;

g. A expressão “em razão deles [cargo, mandato, emprego ou função]”, que já constava do caput do art. 9º da Lei de Improbidade, não exige da Administração prova de que o enriquecimento decorreu de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública (fato antecedente). Assim fosse, a conduta não seria enquadrada no art. 9º, inciso VII, mas sim em algum outro tipo infracional, sob pena de tornar o dispositivo letra morta e afastar a norma da construção do sistema de defesa da probidade;

h. A inserção da previsão “assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem da evolução patrimonial apurada” apenas evidencia a natureza relativa da presunção de ilicitude do patrimônio a descoberto, permitindo ao servidor provar a licitude dos acréscimos, no exercício desde sempre assegurado da garantia constitucional ao contraditório;

i. Permanece válido o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração. Tal entendimento é amparado na presunção legal de ilicitude do patrimônio a descoberto apurado pela Administração (art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730, de 1993) e na distribuição equitativa do ônus probatório (art. 373 e no art. 374, IV, do CPC);

j. Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Também configuraria retrocesso em matéria de combate à corrupção e afronta aos tratados internacionais sobre combate à corrupção ratificados pela República Federativa do Brasil;

k. A questão se resume, então, ao ônus probatório, o qual incumbe à Administração o dever de comprovar: 1) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial, 2) que ele é significativo/efetivamente desproporcional; 3) que este incremento é incompatível com as fontes de renda lícitas e conhecidas do servidor; 4) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos; e 5) que o incremento ou variação é fruto do período em que exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública. Após todas essas provas pela Administração, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, no sentido de demonstrar a sua licitude, podendo, a título exemplificativo, desvincular o respectivo acréscimo patrimonial do exercício do cargo, de modo a, por exemplo, comprovar outra fonte de renda lícita. Se o servidor as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.

À consideração superior.

Brasília, 22 de março de 2022.

Guilherme Raso Marques	Mila Kothe
Procurador da Fazenda Nacional	Procuradora da Fazenda Nacional
Relator	Relatora convidada

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

1.- A centralidade da Lei nº 8.112, de 1990 é reforçada pela jurisprudência nacional, que tem permitido sua aplicação no âmbito dos Estados nas hipóteses em que existam lacunas nas leis locais que regem os servidores públicos e não haja incompatibilidade entre as normas (STJ. Segunda Turma. RMS 60.493/PR. Rel. Min. Herman Benajmin. Dje: 11/10/2019).

2.- Podem ser citadas, a título de exemplo, as seguintes normas constitucionais: o princípio da dignidade humana (art. 1º, III); o devido processo legal (art. 5º, LV) e os princípios regentes da Administração Pública (art. 37, caput).

3.- São exemplos o art. IX da Convenção Interamericana Contra a Corrupção da OEA (promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002) e o art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006).

4.- V.g.: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011) e Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 2013).

5.-V.g.: *Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999)*, bem como o *Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015)* e o *Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941)*, aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar.

6.- V.g.: *Decreto nº 10.571, de 2020 (Dispõe sobre a apresentação e a análise das declarações de bens e de situações que possam gerar conflito de interesses por agentes públicos civis da administração pública federal)*; *Instrução Normativa nº 14, de 2018 (Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005)*.

7.- Não se desconhece o trato dado ao enriquecimento ilícito dos agentes públicos pela *Lei nº 3.164, de 1957* e pela *Lei nº 3.502, de 1958*. Todavia, o termo “improbidade” somente passou a ser empregado com a promulgação da *Lei nº 8.429, de 1992*.

8.- Parcela da doutrina há muito sustenta ser ônus da acusação provar que a aquisição de bens em desacordo com a evolução do patrimônio do agente público decorreu de determinado ato de improbidade praticado no exercício de função pública (e.g. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 71; SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 78; PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 87; DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2008. p. 98; e MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 218-219). Esse posicionamento, embora superado pela jurisprudência do STJ (e.g. STJ. Primeira Seção. MS 19.782/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJe: 06/04/2016) é renovado agora após as alterações promovidas no art. 9º, VII, da *Lei nº 8.429, de 1992* pela *Lei nº 14.230, de 2021*.

9.- A obrigação de declaração de bens já constava na redação original da *Lei de Improbidade Administrativa* nos seguintes termos: “Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.”

10.- DUBEUX, Rafael Ramalho. *Enriquecimento ilícito de servidor e a Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/360476758/Enriquecimento-Illicito-Rafael>.

11.- Art. 7º e seguintes do *Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005* (regulamento anterior).

12.- O princípio da paridade de armas foi positivado no CPC/15 nos seguintes termos: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

13.- *Despacho do Consultor-Geral da União nº 616/2006, exarado nos autos do Processo nº 00400.001979/2005- 43, aprovado por Sua Excelência o Advogado-Geral da União na data de 14 de setembro de 2006*.

14.- Veja-se o que diz o art. 17-D, acrescentado pela *Lei nº 14.230, de 2021*: “A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.”

15.- Adota-se a nomenclatura *Nova Lei de Improbidade* em razão de alteração legislativa promovida pela *Lei nº 14.230, de 2021*, ter deixado incólumes não mais do que três dispositivos da *Lei nº 8.429, de 1992* (arts. 15, 19 e 25).

16.- “Es un elemento normativo del tipo que asigna relevancia penal solamente a un desbalance patrimonial que signifique enriquecimiento, esto es, que el incremento que lo produce sea de apreciable contenido patrimonial, considerando para ello por ejemplo, el nivel remunerativo del sujeto activo o la composición de su patrimonio.” Disponível em http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_46.pdf, acesso em 28 de janeiro de 2009.

17.- Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>

18.- A expressão remonta ao escândalo de Watergate, nos EUA, como aponta Daniela Rocha: “A expressão “Follow the Money” - Siga o Dinheiro - ganhou destaque em função das reportagens

investigativas conduzidas na década de 70 pelos jornalistas americanos Bob Woodward e Carl Bernstein do jornal Washington Post. O trabalho dos dois repórteres acabou levando à renúncia do presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, em 9 de agosto de 1974. As apurações começaram com a informação sobre uma tentativa de assalto à sede do comitê do Partido Democrata, em Washington, em um conjunto de edifícios chamado Watergate. As matérias, que investigaram o “Caso Watergate”, mostraram que, na verdade, um grupo havia invadido o local e instalado aparelhos de escuta para espionar os democratas. E o próprio presidente Nixon, que era do Partido Republicano, tinha conhecimento da espionagem. A principal fonte dos jornalistas foi uma pessoa com a identidade mentida em sigilo, apelidada por Woodward de “Deep Throat” (garganta profunda). A dica dada aos repórteres foi: “Siga o dinheiro (Follow the Money) e vocês chegarão ao chefe do crime”. Essa fonte foi mantida sob segredo até meados de 2005, até que a própria decidiu fazer a revelação, era o então vice-presidente do FBI (Federal Bureau of Investigation), William Mark Felt.(...)” (Siga o dinheiro! O tortuoso caminho para recuperar recursos desviados por corrupção. Disponível em: <https://www.revistari.com.br/206/1143>).

19.- *Juarez de Freitas fala em um direito fundamental à boa administração “(...) direito fundamental à boa Administração Pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a convergência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. (In: Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22).*

20.- *Vide, a propósito, o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.*

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS. Data e Hora: 24-03- 2022 09:37. Número de Série: 145979703269952914285705908970362620163. Emissor: AC OAB G3.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS. Data e Hora: 24-03- 2022 16:37. Número de Série: 145979703269952914285705908970362620163. Emissor: AC OAB G3.

Documento assinado eletronicamente por GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI. Data e Hora: 22- 03-2022 16:35. Número de Série: 17180579980099250299151325939782998195. Emissor: AC OAB G3.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 22-03- 2022 16:31. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS. Data e

Hora: 23-03-2022 10:38. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA. Data e Hora: 23-03-2022 11:27. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 23-03-2022 10:46. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por MILA KOTHE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MILA KOTHE. Data e Hora: 22-03-2022 15:53. Número de Série: 44797635720144713091177534403. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES. Data e Hora: 22-03-2022 11:29. Número de Série: 37980943223829141053449419737. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI. Data e Hora: 24-03-2022 15:37. Número de Série: 17385612. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por PRISCILLA ROLIM DE ALMEIDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PRISCILLA ROLIM DE ALMEIDA. Data e Hora: 23-03-2022 17:30. Número de Série: 50664036668109330647376418496. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA. Data e Hora: 24-03-2022 13:33. Número de Série: 34633459943744070465691585760. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por PATRICIA LIMA SOUSA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PATRICIA LIMA SOUSA. Data e Hora: 23-03-2022 15:25. Número de Série: 13205482. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está

disponível com o código 844270523 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>.
Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 23-03-2022 15:06. Número de Série: 70940656698289640840343705708. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5

Assuntos abordados neste Parecer: Princípio da independências das instâncias para processar e para punir. Diferença entre termo jurídico indeterminado, que se densifica com trabalho hermenêutico, e elemento jurídico do tipo, que requer definição em lei. Argumentos a favor da tese da independência da configuração de improbidade administrativa em instância disciplinar em relação às definições materiais da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e argumentos a favor da tese da dependência daquela configuração àquelas definições materiais.

PARECER Nº 3/2023/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO DO MINISTRO CHEFE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO Nº 200

PROCESSO Nº 00688.000720/2019-10

INTERESSADO: CORREGEDORIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E OUTRAS

ASSUNTO: INTERPRETAÇÃO DO INCISO IV DO ART. 132 DA LEI 8.112/1990

ADOTO, nos termos do DESPACHO n. 00271/2024/GAB/CGU/AGU, de autoria do Consultor-Geral da União, Dr. André Augusto Dantas Motta Amaral, o PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU.

Submetam-se os autos ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os fins dos art. 40, § 1º c/c e art. 41 da Lei Complementar nº 73/1993.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1516612180 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-06- 2024 15:57. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00271/2024/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

1. Estou de acordo com o DESPACHO n. 00270/2024/GAB/CGU/AGU, de autoria do Senhor Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas, Dr. Bruno Moreira Fortes.
2. Submeto as manifestações ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, para que, sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para os fins do art. 40, § 1º c/c art. 41 da Lei Complementar nº 73/1993.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

(assinado digitalmente)

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL

Advogado da União

Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1482657505 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-06-2024 14:32. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00270/2024/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

1. Estou de acordo com os termos do DESPACHO n. 00279/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU.

2. Tendo em vista a proposição de torna o parecer vinculante nos termos do art. 40, §1º, da Lei Complementar n.º 73, de 1993, acaso aprovado por Vossa Excelência, os autos devem evoluir à deliberação do Senhor Advogado-Geral da União.

Brasília, 26 de abril de 2024.

BRUNO MOREIRA FORTES

Advogado da União

Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1482651487 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 29-04-2024 11:05. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00279/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR**ASSUNTOS: Interpretação do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112/1990.**

1. Aprovo, em seus termos, o PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU, encaminhado pelo DESPACHO n. 00002/2024/CNPAD/CGU/AGU e exarado pela Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD).
2. O referido PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU entendeu que *a expressão 'improbidade administrativa', constante no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8112, de 1990, é um elemento normativo jurídico, cujo conceito é dado pela Lei nº 8.429, de 1992 ou por outros tipos previstos em leis especiais, em respeito à norma prevista no art. 37, §4º, da Constituição Federal*, de modo que *"a tipificação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, requer, portanto, o enquadramento da conduta do servidor acusado em um dos tipos de improbidade descritos na Lei de Improbidade Administrativa ou outra lei que defina a conduta infracional de forma prévia, inequívoca (certa) e estrita"*.
3. Além disso, o PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU apontou que devem ser conferidos efeitos prospectivos ao seu entendimento, em respeito ao art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784/1999, e aos arts. 24 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.
4. À consideração superior.

Brasília, 25 de abril de 2024.

DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES ADVOGADA DA UNIÃO

Diretora Substituta

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1480759293 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 25-04-2024 12:06. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00002/2024/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10.

INTERESSADO: DECOR.

ASSUNTO: Interpretação do inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112/1990.

01. Trata-se do PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU, exarado pela Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD), o qual analisou se a aplicação da penalidade prevista no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112/1990 poderia ser feita de forma autônoma ou se demandaria a cumulação com o enquadramento em uma das situações previstas na Lei nº 8.429/1992 ou em outra lei especial.
02. Cumpre externar que o tema foi objeto de discussão e de debates em quatro sessões ordinárias da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD), ou seja, (i) de 14/03/2023 (ATA n. 00002/2023/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 663 do NUP 00688.000720/2019-

10), (ii) de 11/04/2023 (ATA n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 665 do NUP 00688.000720/2019-10), (iii) de 09/05/2023 (ATA n. 00004/2023/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 667 do NUP 00688.000720/2019-10), bem como (iv) de 13/06/2023 (ATA n. 00005/2023/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 680 do NUP 00688.000720/2019-10), quando foi aprovado pelo Colegiado, por maioria, o entendimento insculpido no PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU.

03. Com isso, a CNPAD, no PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU, em síntese, entendeu que *“a expressão ‘improbidade administrativa’, constante no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8112, de 1990, é um elemento normativo jurídico, cujo conceito é dado pela Lei nº 8.429, de 1992 ou por outros tipos previstos em leis especiais, em respeito à norma prevista no art. 37, §4º, da Constituição Federal”, de modo que “a tipificação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, requer, portanto, o enquadramento da conduta do servidor acusado em um dos tipos de improbidade descritos na Lei de Improbidade Administrativa ou outra lei que defina a conduta infracional de forma prévia, inequívoca (certa) e estrita”.*

04. Para isso, no opinativo em apreço, foi explicitada, em resumo, a seguinte linha de raciocínio para fundamentar o entendimento nele insculpido:

(i) de acordo com o art. 37, §4º, da Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, de modo que se infere que o constituinte outorgou ao legislador ordinário a competência para delinear as condutas ímprobas e estipular as respectivas sanções (atos de improbidade “na forma e gradação previstas em lei”);

(ii) os princípios constitucionais da legalidade (arts. 5º, II e art. 37, caput) e da tipicidade (art. 5º, XXXIX), traduzem garantias individuais à descrição inequívoca (certa), prévia, escrita e estrita das condutas passíveis de punição também na seara disciplinar;

(iii) o Supremo Tribunal Federal repudia a tipificação de delitos e a cominação de sanções de direito penal pela via hermenêutica, eis que referidos temas submetem-se à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX), raciocínio que pode ser estendido à esfera disciplinar;

(iv) o conceito de improbidade administrativa possui definição legal (Lei nº 8.429/1992 ou outra lei especial), enquadrando-se na categoria de conceito jurídico normativo, de modo que a proposta de aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, não se mostra viável em razão da abertura excessiva do tipo infracional, o qual não define, por si só, a conduta infracional de forma prévia, inequívoca (certa) e estrita;

(v) as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, na Lei de Improbidade Administrativa, expressam a vontade do legislador de conferir maior segurança e previsibilidade no exercício do Poder Disciplinar, além da reforçar a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador à esfera disciplinar; e

(vi) o reconhecimento, pela Lei de Improbidade, de tipos especiais na legislação extravagante não autoriza o enquadramento de uma conduta exclusivamente no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, porque esse inciso não contém a descrição da conduta vedada, apenas remetendo ao conceito já definido pela Lei nº 8.429, de 1992.

05. Ademais, previu-se, no opinativo em tela, em respeito tanto ao art. 2º, inciso XIII, da Lei nº 9.784/1999, quanto aos artigos 24 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que o entendimento adotado no PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU, uma vez acolhido pelas instâncias superiores, deverá ter efeitos prospectivos.

06. Logo, nos termos do art. 2º, § 2º, e do art. 4º, inciso III, ambos da Portaria CGU nº 03, de 14 de junho de 2019, submete-se o PARECER n. 00003/2023/CNPAD/CGU/AGU à apreciação do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), sugerindo-se, diante da relevância e da abrangência do aspecto tratado na manifestação jurídica em questão, a eventual adoção do procedimento preconizado no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, no sentido de se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal aos respectivos entendimentos.

À consideração superior.

Brasília, 24 de abril de 2024.

Documento assinado eletronicamente

RENATO DO REGO VALENÇA

Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1479075832 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 24-04-2024 11:24. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

PARECER Nº 3/2023/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADAS: Corregedoria da Receita Federal do Brasil e outras.

ASSUNTO: Interpretação do art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112, de 1990.

DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUTONOMIA DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR PREVISTA NO ART. 132, IV, DA LEI Nº 8.112, DE 1990. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIA CARACTERIZAÇÃO DE UMA DAS CONDUTAS PREVISTAS NA LEI Nº 8.429, DE 1992 OU EM OUTRA LEI QUE DESCREVA O ATO ÍMPROBO.

1. A expressão “improbidade administrativa”, constante no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8112, de 1990, é um elemento normativo jurídico, cujo conceito é dado pela Lei nº 8.429, de 1992 ou por outros tipos previstos em leis especiais, em respeito à norma prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

2. As condutas enquadradas como atos de improbidade devem ser descritas na lei, e não emergir de interpretação da autoridade julgadora, em respeito aos princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica.

3. A tipificação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, requer, portanto, o enquadramento da conduta do servidor acusado em um dos tipos de improbidade descritos na Lei de Improbidade Administrativa ou outra lei que defina a conduta infracional de forma prévia, inequívoca (certa) e estrita;

4. Parecer com efeitos prospectivos em respeito ao art. 2º, XIII, da Lei nº 9.784, de 1999 e aos arts. 24 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, com a redação conferida pela Lei nº 12.376, de 2010.

Senhora Diretora do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

I - RELATÓRIO

Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares - CNPAD, órgão integrante da Consultoria-Geral da União, cujos objetivos e competências estão estabelecidos na Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019 e na Portaria Normativa AGU nº 24, de 27 de setembro de 2021.

02. Em reunião realizada em 14 de fevereiro de 2023, a CNPAD deliberou se manifestar sobre a tese jurídica que confere autonomia à infração tipificada no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, possibilitando sua aplicação independentemente da subsunção da conduta infracional aos tipos previstos na Lei nº 8.429, de 1992, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 14.230, de 2021.

03. A referida tese vem sendo sustentada pela Corregedoria da Receita Federal do Brasil e foi objeto de consulta jurídica do Órgão à Coordenação-Geral de Ética e Disciplina da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Também no âmbito da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública – CONJUR/MJSP a tese ganhou força e vem sendo veiculada nos pareceres do Órgão^[1]. Por outro lado, a Controladoria-Geral da União vem adotando posição antagônica, exigindo o enquadramento em um dos tipos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992, para a configuração da infração descrita no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990^[2]. Na mesma linha é a orientação dada pelo Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União^[3].

04. Como o tema suscita grande controvérsia, com reflexos no enquadramento das condutas infracionais em processos disciplinares, a orientação se faz necessária para conferir segurança jurídica às unidades correcionais. Tal escopo atende ao mandamento legal previsto no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) bem como às competências previstas na Portaria Normativa AGU nº 24, de 27 de setembro de 2021.

05. A presente manifestação iniciará com a apresentação do tipo infracional, seguida da exposição da tese da autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. Na sequência, será abordado o contexto ensejador das modificações na Lei de Improbidade Administrativa, seguido da explicitação das inovações introduzidas no tipo infracional em comento, que ensejaram a proposta de nova interpretação. Ao fim, serão abordadas as interpretações possíveis do tipo, apontando-se a exegese mais adequada.

II - ANÁLISE JURÍDICA

a) O tipo infracional de improbidade administrativa

06. O regime disciplinar dos servidores públicos federais se ampara, em grande extensão, na Lei nº 8.112, de 1990, o denominado Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União. Esse diploma legislativo contempla os deveres, as proibições, as responsabilidades, as penalidades e as normas aplicáveis ao processo disciplinar. Portanto, pode-se referir à Lei nº 8.112, de 1990, como a norma geral do regime disciplinar^[4].

07. Mas a centralidade da Lei nº 8.112, de 1990, não exclui a aplicação de outros diplomas normativos. Integram o regime disciplinar normas de diversas matizes e *status*, normas principiológicas de cunho constitucional^[5], mandamentos de normatização previstos

em tratados internacionais internalizados no ordenamento jurídico pátrio^[6] leis ordinárias com conteúdo material^[7] e procedimental^[8] e uma extensa gama de atos normativos infralegais^[9]. Todas essas normas orientam e dão concretude ao regime, muitas vezes adensando os conceitos abertos utilizados pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

08. É o que ocorre com a infração de improbidade administrativa, prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. A Lei nº 8.112, de 1990 comina a pena de demissão ao servidor que praticar ato de improbidade administrativa, embora não conceitue o ato. Nos estertores da vigência da norma não havia na legislação vigente a definição do ato de improbidade. Os operadores valiam-se de conceitos doutrinários e jurisprudenciais para tipificar as infrações disciplinares por improbidade administrativa.

09. Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 8.429, de 1992, passou-se a condicionar o enquadramento da improbidade a um dos tipos previstos na nova Lei de Improbidade. Tal entendimento se consolidou no âmbito disciplinar e no âmbito jurisprudencial, como se infere do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal (STF):

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. SANÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. É inviável examinar a questão relativa à suposta ausência de motivação da decisão anulatória do processo administrativo, não só por ser inovação recursal, mas também porque já foi objeto de anterior mandado de segurança, extinto em razão da decadência da impetração.

2. A instauração do processo disciplinar interrompe o prazo prescricional, que volta a correr integralmente a partir da decisão final da autoridade competente ou do esgotamento do prazo de 140 dias para conclusão do procedimento (Lei nº 8.112/1990, art. 142, §§ 3º e 4º).

3. A Administração tomou ciência do fato em 23.02.2001 e o processo disciplinar foi instaurado em 15.10.2001, interrompendo o curso da prescrição até 04.03.2002. A partir daí o prazo voltou a correr por inteiro, findando-se em 04.03.2007, depois, portanto, do ato de demissão do recorrente em 20.12.2006.

4. Ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.112/1990 (art. 132, IV) remete às condutas tipificadas na Lei nº 8.429/1992, incorporando-as ao seu sistema como infrações funcionais, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração.

5. Recurso a que se nega provimento.

(STF - RMS: 30010 DF - DISTRITO FEDERAL 0072038-77.2007.3.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/12/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-029 17-02-2016) (destacou-se)

10. Assim, a especificação dos atos de improbidade contida na Lei nº 8.429, de 1992, assim como em outras leis posteriores, como no art. 12 da Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 2013) passou a ser utilizada para definir o tipo infracional de improbidade administrativa previsto no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990.

11. Recentemente, a Lei de Improbidade Administrativa foi substancialmente alterada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, com importantes reflexos no Direito Disciplinar. Dentre as modificações destaca-se a do art. 11 da Lei de Improbidade, que descreve os atos de improbidade atentatórios aos princípios da Administração Pública.

12. Na vigência original da Lei de Improbidade, constituía ato de improbidade qualquer ação ou omissão que violasse os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, enquadrados ou não nas condutas arroladas nos incisos do art. 11, dado que o rol ali previsto era exemplificativo, consoante redação original do *caput*^[10]. A Lei nº 14.230, de 2021, por sua vez, restringiu a caracterização dos atos de improbidade por violação a princípios àquelas condutas previstas nos incisos do *caput*. A partir de então, não é qualquer violação aos princípios da Administração que caracteriza a conduta ímproba da Lei nº 8.429, de 1992, mas apenas a prática dos atos descritos nos incisos do art. 11^[11].

13. Na prática, condutas graves antes tipificadas na seara disciplinar como improbidade por violação a princípios já não o podem ser, como ocorre com o assédio moral e o assédio sexual. Portanto, a menos que tais condutas se enquadrem em algum tipo infracional da Lei nº 8.112, de 1990, a apuração disciplinar fica comprometida.

14. Foi com essa preocupação que alguns órgãos, dentre eles a COGER/RFB e a CONJUR/MJSP, reavivaram a discussão sobre a aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. O fizeram, por certo, com novos e robustos argumentos^[12], os quais passam-se a expor.

b) Argumentos em prol da autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990

15. De acordo com a COGER/RFB e com a COJUR/MJSP, o Sistema de Combate à Improbidade a que alude o art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, é integrado não apenas por esse diploma legislativo. A própria Lei 8.429, de 1992 reconhece atos de improbidade previstos em normas especiais, como se infere do §1º do art. 1º, do § 2º do art. 11 e do *caput* do art. 12. Mais do que isso, a Lei de Improbidade prevê a apuração disciplinar dos atos de improbidade no art. 14, § 3º.

16. Diante disso e considerada a especial relação de sujeição entre servidor e Administração, infere a COGER/RFB que as disposições da Lei nº 8.112, de 1990 seriam especiais em relação à Lei de Improbidade. Ainda segundo o Órgão, essa especialidade seria reforçada pela independência das instâncias administrativa e civil, expressa no art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429, de 1992 e nos arts. 121 e 125 da Lei nº 8.112, de 1990.

17. Nessa linha de raciocínio, a infração descrita no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, seria um dos tipos especiais de improbidade a que alude o art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.429, de 1992.

18. Contudo, a própria COGER/RFB admite que a redação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, é deveras vaga, não descrevendo a conduta infracional. Sustenta, porém, que a densificação da norma se extrairia diretamente dos princípios da Administração Pública insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, da Convenção de Mérida, ratificada pelo Decreto nº 5.687, de 2006 (art. 19), da Lei nº 4.717, de 1965 (art. 2º) e das disposições gerais da Lei nº 8.429, de 1992, com a redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021.

19. Para defender sua posição, o Órgão suscita o precedente do Supremo Tribunal Federal que deu origem à Súmula Vinculante nº 13 (RE nº 579.951). Naquele julgado a Suprema Corte entendeu que a vedação ao nepotismo decorreria diretamente dos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade administrativa, sendo desnecessária norma infraconstitucional para veicular proibição diretamente amparada em norma constitucional. Veja-se, a propósito a ementa do julgado:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do

nepotismo nos demais Poderes é ilícita. **II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.** **III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal.** IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (STF - RE: 579951 RN, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 20/08/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 24/10/2008). (destacou-se)

20. Outros dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça são citados pela COGER/RFB para sustentar a autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. PRECEDENTES. ARGUIÇÃO QUANTO A EVENTUAIS ILEGALIDADES NA OBTENÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SEDE ADEQUADA: AÇÃO PENAL. DEMISSÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EXPRESSAMENTE TIPIFICADO NA LEI N.º 8.492/1992. PROCESSO JUDICIAL PRÉVIO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESNECESSIDADE. PREPONDERÂNCIA DA LEI N.º 8.112/90. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. OFENSA A ESSES POSTULADOS. INEXISTENTE. SUPOSTAS NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA QUANTO ÀS CONDUTAS IMPUTADAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT OF MANDAMUS. (...) **5. O fato de o ato demissório não defluir de condenação do servidor, exarada essa no bojo de processo judicial, não implica ofensa aos ditames da Lei n.º 8.492/92, nos casos em que a citada sanção disciplinar é aplicada como punição a ato que pode ser classificado como de improbidade administrativa, mas não está expressamente tipificado no citado diploma legal, devendo, nesses casos, preponderar a regra prevista na Lei n.º 8.112/90.** **6. Os comportamentos imputados à Impetrante são aptos a alicerçar a decisão de demissão, porquanto passíveis de subsunção aos tipos previstos nos arts. 117, inciso IX, e 132, incisos IV, IX e XIII, da Lei n.º 8.112/90 e, portanto, mostra-se perfeitamente razoável e proporcional a pena aplicada à ex-servidora.** (...) **9. Segurança denegada.** (STJ - MS: 14140 DF 2009/0024474-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/09/2012, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 08/11/2012). (destacou-se)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO DISCIPLINAR GRAVE. ATO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO PARA DESENVOLVIMENTO DE PROJETO DE PESQUISA. DEMISSÃO APLICADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão independente de processo judicial prévio. Independência das instâncias administrativa e instância judicial civil e penal. O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar por improbidade, e assim a necessidade ou não de prévia ação judicial, é a natureza da infração, **pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não**, no interesse da preservação e integridade do patrimônio público. Quando o ato do servidor é ato típico de improbidade em sentido estrito

tipificado nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.492/1992 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação prévia deve ser judicial. **As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomende a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo, portanto, o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90.** Caso em que o servidor desatendeu regra de administração caracterizando comportamento infringente da disciplina estatutária. Falta grave que justifica a demissão. Precedentes do STF que não ficam desautorizados pelo acórdão no MS24.699-DF (Eros Grau, 1ª Turma) em sentido contrário. Precedentes da 3ª Seção do STJ unânimes. Mandado de Segurança denegado, cassada a medida liminar. (STJ - MS: 15054 DF 2010/0029941-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 25/05/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/12/2011). (destacou-se)

21. Admitida a aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, restaria aferir quais condutas tipificariam a improbidade nesses termos. Segundo a COGER/RFB, o enquadramento no art. 132, IV, seria subsidiário, cabível na hipótese de grave violação ao disposto no art. 116, incisos III e IX, da Lei nº 8.112, de 1990, desde que demonstrada: a) conduta dolosa por parte do servidor público; b) lesividade relevante do bem jurídico tutelado (Princípios da Administração Pública); c) fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem, ou fim de prejudicar outrem (desvio de finalidade).

22. Portanto, segundo o entendimento da COGER/RFB, o art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, traz um tipo especial de improbidade administrativa, com densidade advinda do art. 37, *caput*, da CF/88, bem como de outras normas infralegais, aplicável às condutas dolosas, substancialmente lesivas aos princípios da Administração Pública, motivadas pelo fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem, ou prejudicar outrem, para as quais se mostre insuficiente o apenamento por simples violação aos deveres previstos no art. 116, incisos III e IX, da Lei nº 8.112, de 1990.

23. Adotando semelhante linha de raciocínio, a CONJUR/MJSP tem sustentado que a Lei nº 8.429, de 1992, com a alteração formulada pela Lei nº 14.230/2021, trouxe nos arts. 9º, 10 e 11 a definição do que se entende por atos ímprobos, fazendo a ressalva de que leis especiais também poderão prever esse tipo, como se lê no art. 1º, §1º. A seu ver, a Lei de Improbidade Administrativa não instaurou uma instância única para julgamento e tampouco possui a exclusividade na definição dos atos ímprobos. Ela teria preservado a competência administrativa, decorrente do poder disciplinar, nos termos previstos na Lei nº 8.112, de 1990, normativo anterior à própria Lei nº 8.429, de 1992.

24. Segundo a CONJUR/MJSP, o art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112, de 1990, prevê a improbidade administrativa como hipótese de demissão do servidor público. Tratando-se de dispositivo inserto no Regime Disciplinar, a norma busca tutelar a preservação dos princípios que regem a Administração Pública, bem como a credibilidade do serviço público perante a coletividade, exigindo, neste sentido, que a atuação do servidor público seja revestida de lisura, honestidade e integridade. Assim, nem sempre a conduta ímproba acarretará prejuízos ao patrimônio público, podendo-se falar em condutas ímprobas que simplesmente violem a credibilidade e a moral do serviço público, cuja prática pode se dar, inclusive, fora de serviço^[13].

25. Para amparar seu argumentos, a CONJUR/MJSP cita o seguinte trecho do voto vista proferido pelo Ministro Gilson Dipp por ocasião do julgamento do MS 15054, do STJ, publicado no DJe 19/12/2011:

O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar, quando coincidentes na hipótese de fato, é a natureza da infração pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo um regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, bem assim no interesse da preservação e integridade do patrimônio público. [...].

Embora a lei estatutária do servidor também tenha previsto como causa de demissão o ato de improbidade (art. 132, IV), daí não se segue que tenham uma só e mesma natureza como propõe o Ministro Relator, visto que a infração disciplinar e o ato de improbidade legalmente submetem-se cada qual a regime peculiar, e sobretudo, por essa mesma razão, não se excluem. [...].

Isso significa dizer que as improbidades não previstas ou fora dos limites da Lei nº 8.429/92, continuam sujeitas à lei estatutária funcional, ou até mesmo quando identificadas na lei de improbidade, mas que pela importância ou envergadura não se sujeitem às penas ali cogitadas admitem a sanção administrativa.

26. Outros argumentos reforçam a tese da autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. Sustenta-se que esse dispositivo antecede a definição de atos ímprobos pela Lei nº 8.429, de 1992 e que a definição legal dos atos de improbidade a que alude o art. 37, § 4º, da Constituição Federal se refere às sanções civis e não à esfera disciplinar. Argumenta-se, ainda, que a Lei nº 8.112, de 1990, não exigiu complemento normativo para definir o conteúdo e extensão da infração disciplinar de improbidade administrativa, podendo o intérprete preencher o sentido da expressão mediante atividade hermenêutica, balizada pelo princípio da proporcionalidade.

27. Demonstrados os argumentos em prol da aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, cumpre verificar sua validade.

c) Independência de instâncias *versus* enquadramento da conduta

28. Para os defensores da autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, o fato de a Lei de Improbidade prever a possibilidade de persecução administrativa das condutas ímprobas justificaria a aplicação autônoma aludido dispositivo, sem necessária remissão a qualquer das condutas descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da própria Lei de Improbidade.

29. Realmente, a Lei de Improbidade, seja na redação original, seja na redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021, resguarda a competência administrativa de aplicação de sanções por atos de improbidade. Nesse sentido, o art. 14, §3º, da Lei de Improbidade estabelece que, tendo recebido representação por ato de improbidade, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, “*observada a **legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente.***”

30. O *caput* do art. 12 da Lei de Improbidade, por sua vez, ao prescrever as sanções a que estão sujeitos os autores de atos ímprobos, ressalva a **aplicação independente de sanções** penais, civis e administrativas. Observe-se a redação do dispositivo:

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)

31. Note-se, porém, que esses dispositivos ressalvam a aplicação de normas pertinentes ao processo e às sanções administrativas, não se referindo ao enquadramento das condutas em um ou outro dispositivo.

32. A questão central da tese da autonomia do art. 132, IV da Lei nº. 8.112, de 1990 toca o enquadramento da conduta, e não o procedimento ou a sanção a ser aplicada. Quanto a esses institutos, há muito se sedimentou o entendimento de que a Administração não só pode, como deve apurar as condutas enquadradas como ato de improbidade, independentemente da instauração de ação judicial, e aplicar as sanções previstas nos estatutos funcionais. Nesse sentido se consolidou a jurisprudência nos tribunais superiores, como exemplificam os seguintes arestos:

RECURSO - MINISTÉRIO PÚBLICO - FISCAL DA LEI. A interposição do recurso pelo Ministério Público, após haver emitido, na origem, parecer que não veio a ser acolhido, pressupõe a configuração de ilegalidade. PROCESSO ADMINISTRATIVO - DIREITO DE DEFESA - OBSERVÂNCIA. Instaurado o processo administrativo e viabilizado o exercício do direito de defesa, com acompanhamento inclusive por profissional da advocacia, descabe cogitar de transgressão do devido processo legal. **RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA E PENAL. As esferas são independentes, somente repercutindo na primeira o pronunciamento formalizado no processo-crime quando declarada a inexistência do fato ou da autoria. PROCESSO ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE - PENA. Apurada a improbidade administrativa, fica o servidor sujeito à pena de demissão - artigo 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90.** (STF - RMS: 24293 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/10/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 28-10-2005 PP-00050 EMENT VOL-02211-01 PP-00122 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 157-161) (destacou-se)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE SERVIDOR. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SÚMULAS 279 E 280/STF. PRECEDENTES. **O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a aplicação de penalidade na instância administrativa é independente das esferas penal, cível e de improbidade administrativa.** Caso em que a resolução da controvérsia demandaria a análise da legislação local e o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência das Súmulas 279 e 280/STF. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - RE: 736351 SC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/11/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-243 DIVULG 10-12-2013 PUBLIC 11-12-2013) (destacou-se)

33. A independência da apuração administrativa mediante processo disciplinar e a previsão de sanções próprias a esta seara não induzem, contudo, à possibilidade de enquadramento da conduta ímproba apenas no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. São questões distintas.

34. O enquadramento da conduta do servidor investigado em um dos tipos do estatuto funcional adotando conceitos da legislação extravagante não afeta a independência das instâncias. Veja-se, por exemplo, o tipo infracional previsto no inciso I do art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990. O tipo menciona crime contra a administração pública como uma infração sujeita à pena de demissão. O conteúdo da conduta proscrita está no Código Penal, embora a apuração disciplinar se dê no âmbito administrativo. É certo que o enquadramento neste

inciso requer prévia condenação criminal definitiva, como se infere do Parecer Vinculante AGU GQ-124^[14], mas isso não afeta a independência das instâncias, uma vez que, mesmo não decretada a perda do cargo na ação penal, a demissão poderá ser aplicada no processo disciplinar^[15].

35. Portanto, enquadramento e responsabilização são atividades distintas, não afetando a interpretação do tipo em comento. O que se deve aferir é se o inciso IV do art. 132 do Estatuto Funcional constitui um tipo isolado de improbidade, análise sobre a qual se debruça neste momento.

d) Os tipos especiais de improbidade administrativa

36. O argumento central em prol da autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990 diz respeito ao reconhecimento, pela Lei de Improbidade Administrativa, de tipos especiais previstos em outros diplomas normativos.

37. De fato, o art. 1º da Lei de Improbidade, na redação conferida pela Lei nº 14.230 de 2021, reporta a um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa que tem como objetivo tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos da própria Lei de Improbidade. Embora a Lei se refira aos seus próprios termos, demonstrando sua centralidade na regulação do sistema de responsabilização por atos de improbidade, ela ressalva a existência de tipos previstos em leis especiais, como se infere do § 1º do art. 1º e do § 2º do art. 11, *in verbis*:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados **tipos previstos em leis especiais**. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei **e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei**. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (...) (destacou-se)

38. Além de ressaltar a existência de tipos de improbidade em legislação extravagante, a Lei prevê a apuração disciplinar dos atos de improbidade no § 3º do art. 14, a reforçar a autonomia da instância administrativa. Veja-se:

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. (...)

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, observada a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...)

39. Está claro, portanto, que a Lei de Improbidade, como norma central do sistema, reconhece a presença de outros tipos em legislação especial.

40. Também não se questiona a independência da instância disciplinar, como demonstrado no tópico antecedente. Tal independência, aliás, não se extrai apenas do novel §3º do art. 14 da Lei de Improbidade, mas antes dos arts. 121 e 125 da Lei nº 8.112, de 1990, *in verbis*:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

41. Observe-se, contudo, que os tipos especiais de improbidade administrativa encontrados nos art. 12 da Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013) e no art. 52 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 2001) descrevem pormenorizadamente as condutas proibidas, ao passo que o inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990 apenas menciona “improbidade administrativa”.

42. De acordo com o art. 37, §4º, da Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, **na forma e gradação previstas em lei**, sem prejuízo da ação penal cabível.

43. Infere-se, preliminarmente, que o constituinte outorgou ao legislador ordinário a competência para delinear as condutas ímprobas e estipular as respectivas sanções (atos de improbidade “*na forma e gradação previstas em lei*”). O mandamento está em consonância com os princípios da legalidade, tipicidade e segurança jurídica, a exigir previsão expressa das condutas passíveis de sanção.

44. Não nos parece que o art. 37, § 4º, da Constituição se restrinja à seara judicial civil, como sustentam algumas vozes, uma vez que o dispositivo está inserido no capítulo que trata da Administração Pública e a única ressalva ali prevista se refere à seara penal. De qualquer modo, ainda que não se extraia desse dispositivo uma obrigação legal de definição dos tipos infracionais, outras normas assim determinam, como os arts. 5º, II e XXXIX e art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Esses dispositivos traduzem a garantia da legalidade, estipulando que a restrição da liberdade geral de ação há de se dar por determinação legal.

45. No Direito Penal a legalidade ganha contornos mais restritos, exigindo do legislador a descrição inequívoca (certa), prévia, escrita e estrita das condutas passíveis de punição. Isto por determinação do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual não há crime sem **lei anterior que o defina**, nem pena sem prévia cominação legal.

46. A Lei nº 8.429, de 1992 traduziu a expectativa do Constituinte ao estabelecer um amplo feixe de condutas caracterizadoras de improbidade. Também previu as sanções aplicáveis e o procedimento apuratório. Mas, como visto acima, a Lei de Improbidade não detém o monopólio da descrição de condutas ímprobas. Como ela mesma ressalva no art. 1º, § 1º, “*Consideram-se atos de improbidade administrativa as **condutas dolosas tipificadas** nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados **tipos previstos em leis especiais**”.*

47. Note-se que a redação do dispositivo é redundante ao mencionar tipos infracionais. Um tipo infracional é uma descrição normativa de um comportamento proibido por lei, com as consequências jurídicas resultantes dessa conduta. Segundo a doutrina, “*diz-se que um fato é típico quando a conduta de determinado ser humano se adéqua à hipótese prevista em uma norma*” (FERNANDES, Felipe Gonçalves. A tipicidade e o regime disciplinar de servidores públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 87).

48. Segundo Ricardo Marcondes Martins, na seara administrativa o tipo infracional há de atender a alguns pressupostos, a saber: “(1) que a infração esteja previamente **prevista** em

lei; (2) que a infração esteja previamente **descrita** na lei; (3) que a **sanção** esteja previamente prevista em lei. (Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 618).

49. Voltando-se à análise do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, tem-se a sucinta prescrição: “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) IV - improbidade administrativa; (...)” Dessa redação se infere o atendimento aos pressupostos da prescrição legal e da estipulação da sanção. Entretanto, **o pressuposto da descrição típica não está atendido**, pelo menos não diretamente nesse dispositivo. Desse modo, a primeira questão que se coloca é como extrair do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, as condutas vedadas.

50. Para responder ao questionamento foram levantadas duas hipóteses. A primeira, ora defendida pela Corregedoria da Receita Federal e pela CONJUR/MJSP, sustenta que a expressão “improbidade administrativa” prevista no dispositivo constitui termo jurídico indeterminado, carente, portanto de densificação pela via hermenêutica. Para essa corrente, o tipo do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990 é especial em relação aos tipos infracionais de Lei de Improbidade, de modo que as condutas vedadas não se identificariam necessariamente com os atos de improbidade arrolados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

51. Contudo, essa primeira corrente traz o desafio de extrair condutas de um conceito supostamente indeterminado. Reportando-se a tal desafio, a COGER/RFB reconhece a falta de densidade normativa do tipo e propõe preencher a lacuna com uma interpretação sistemática, inferindo de um conjunto de normas os elementos capazes de densificar o conteúdo proibitivo. Essa pretensão é resumida na conclusão do Parecer Coger/GNP nº 222/2022, de 10 de maio de 2022, de onde se extrai o seguinte excerto:

Por conseguinte, a tese acima defendida, da existência de uma infração disciplinar de improbidade administrativa autônoma em relação aos tipos infracionais de improbidade definidos e arrolados na nova LIA, excepcionalmente, e como norma de reserva do sistema administrativo disciplinar, veiculada por meio dos incisos III e IX do art. 116 da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto), para efeito de aplicação da sanção do inciso IV, do art. 132, do Estatuto, depende da devida observância por parte das autoridades disciplinares dos seguintes parâmetros normativos: a) conduta dolosa por parte do servidor público; b) lesividade relevante do bem jurídico (Princípios da Administração Pública); c) fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem, ou fim de prejudicar outrem (desvio de finalidade), o qual poderá vir a ser demonstrado com base em circunstâncias fáticas objetivas, como restou demonstrado acima (Convenção de Mérida).

52. A CONJUR/MJSP, por sua vez, busca extrair da doutrina o conceito de improbidade, como se infere do seguinte trecho do PARECER n. 00125/2023/CONJUR-MJSP/CGU/AGU:

39. Pois bem, o art. 132, inciso IV, da Lei n. 8.112/90 prevê a improbidade administrativa como hipótese de demissão do servidor público. Tratando-se de dispositivo inserto no Regime Disciplinar, a norma busca tutelar a preservação dos princípios que regem a Administração Pública, bem como a credibilidade do serviço público perante a coletividade, exigindo, neste sentido, que a atuação do servidor público seja revestida de lisura, honestidade e integridade.

Assim, nem sempre a conduta ímproba acarretará prejuízos ao patrimônio público, podendo-se falar em condutas ímprobas que simplesmente violem a credibilidade e a moral do serviço público, cuja prática pode se dar, inclusive, fora de serviço. Neste sentido, José Armando da Costa[3]:

“Podemos, assim, inferir que o ato de improbidade administrativa restará caracterizado, ainda que o comportamento ímprobo de tais agentes públicos tenha sido perpetrado na vida privada, e desde que adquira projeção exterior que revele sejam tais pessoas incompatíveis com a credibilidade pública requestada pela res publica.” [sublinhamos]

53. A segunda corrente, hoje adotada pela Controladoria-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, vislumbra na expressão *“improbidade administrativa”* empregada no inciso IV do art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990, não um termo jurídico indeterminado, mas um elemento normativo jurídico do tipo, cujo conceito está previsto na Lei de Improbidade Administrativa ou em tipos previstos em leis especiais.

54. O elemento normativo jurídico do tipo infracional exige uma avaliação da conduta proibida à luz de uma norma legalmente estabelecida. Ele se difere dos elementos normativos em sentido estrito, que se referem a conceitos jurídicos indeterminados. O elemento normativo jurídico, por sua vez, emprega conceitos dados pela legislação vigente.

55. Assim, para a segunda corrente, as condutas vedadas pelo inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, são coincidentes com os atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429, de 1992.

56. O emprego de elementos normativos jurídicos é recorrente no art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Os incisos I, II e III remetem a conceitos previstos em lei extravagante ou em outros dispositivos da própria lei. Tome-se, por exemplo o inciso I, a descrever como tipo infracional a prática de *“crime contra a administração pública”*. O enquadramento da conduta nesse tipo infracional requer prova da prática dos crimes previstos nos arts. 312 a 326 do Código Penal. Os incisos II e III do art. 132 do Estatuto Funcional (*“abandono de cargo”* e *“inassiduidade habitual”*), por sua vez, remetem a condutas definidas nos arts. 138 e 139 da própria Lei nº 8.112, de 1990. Em todo caso, a densificação da conduta não se dá por juízo da Administração, mas por prévia definição pelo legislador.

57. O emprego de elementos normativos jurídicos tem a vantagem de conferir maior segurança e previsibilidade, posto que restringe a atividade hermenêutica a limites previamente definidos pela vontade coletiva, reduzindo a margem de discricionariedade do administrador. No presente caso, essa solução melhor se adequa ao sistema de improbidade administrativa, permitindo o diálogo das fontes, sem prejuízo da independência para a apuração disciplinar.

58. Perceba-se, ainda, que por força do novo §4º da Lei nº 8.429, de 1992, com a redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021, consignou-se expressamente a aplicação ao sistema da improbidade dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. Um desses princípios é a legalidade e seu corolário tipicidade, previstos no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Nesse sentido vem a calhar o magistério de Fábio Medina Osório:

Pode-se dizer, nesse passo, que **o princípio da tipicidade das infrações administrativas, além de encontrar ressonância direta ou indireta nesse substancial conjunto de direitos fundamentais, decorre, ainda, genericamente, do princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito**, vale dizer, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF/88). Some-se a isso o fato de que **a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência de legalidade administrativa (art. 37, caput, CF/88), o que pode implicar, em semelhante contexto, necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-las.** (*Direito administrativo sancionador*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 228) (destacou-se)

59. Esses princípios proclamam não haver crime sem lei anterior que o **defina**, nem pena sem prévia cominação legal. Por definição se há de entender mais do que uma simples previsão legal, mas a descrição das condutas vedadas. E, à luz da constitucionalização do Direito Disciplinar, já não convence a simples alegação de que a tipicidade das infrações disciplinares é aberta. Nesse sentido leciona a doutrina mais abalizada:

A Constituição de 1988 não se compatibiliza com afirmações do tipo “no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção, que é renunciável pela administração, possibilidades inconcebíveis em Direito Penal”. **Afinal, o princípio da reserva legal absoluta em matéria penal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal) – *nullum crimen, nulla poena sine lege*, estende-se ao direito administrativo sancionador.**

Para Eduardo Rocha Dias, o sentido positivo do princípio da tipicidade ‘significa que a previsão normativa das sanções e infrações deve assumir um grau mínimo de precisão de modo a permitir aos interessados mensurar o tipo de comportamentos sancionáveis e as punições a que estão sujeitos’. (...)

Na mesma esteira, **Marçal Justen Filho** afirma inexistir discricionariedade para imposição de sanções, especialmente no que diz respeito aos pressupostos de imposição da sanção, sendo insuficiente a sua mera previsão legal. **Para o autor, o “princípio da legalidade exige a descrição da ‘hipótese de incidência’ da sanção.”** (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 180/181) (destacou-se)

60. Admitir que a definição das condutas proscritas seja dada por atividade hermenêutica, em um complexo raciocínio jurídico, seria ignorar o direito fundamental do servidor de identificar as proibições e dirigir sua conduta conforme a lei. É por essa razão que um dos corolários da legalidade é a *lex certa* (taxativa), a exigir do legislador o dever de descrever com clareza os elementos fundantes do tipo de injusto, oferecendo um texto que prime pela determinação da conduta ilícita, das elementares, circunstâncias e fatores influenciadores na configuração dos contornos da tipicidade e sua respectiva consequência jurídica. Não é certa a lei sancionadora que confira ao intérprete uma margem elevada de discricionariedade na construção das condutas proibidas.

61. Não se quer defender a aplicação irrestrita dos princípios penais ao Direito Disciplinar, mas não se pode sonegar ao servidor um mínimo de previsibilidade, seja por exigência do princípio da segurança jurídica, seja por respeito à própria legalidade.

62. Por certo, admitem-se no Direito Disciplinar os conceitos indeterminados, elementos por vezes necessários para adequar a legislação à dinâmica própria do terreno administrativo. Não se pode pretender o engessamento das relações administrativas a partir do transplante inadequado e irrefletido dos princípios do Direito Penal. Mas, nas palavras de Fábio Medina Osório, faz-se *“necessário, sem embargo, tanto no Direito Penal quanto no Direito Administrativo Sancionador, embora em medidas distintas, observar o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, de modo a não ser possível que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade.”* (Direito administrativo sancionador. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 226).

63. A proposta de aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, embora atrativa em razão da possibilidade de se instituir um sistema de proteção da probidade mais amplo e flexível, peca pela abertura excessiva do tipo infracional. A imputação naqueles

termos se daria por ofensa a qualquer dos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição, tendo como únicas balizas o dolo na conduta, a lesividade relevante ao bem jurídico e o fim de obter proveito ou alheio ou prejudicar outrem.

64. A falta de descrição mínima das condutas vedadas permitiria o enquadramento de uma miríade de condutas no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, cujas sanções indeclináveis são a demissão ou a cassação da aposentadoria. Por outro lado, sustentar uma autonomia desse dispositivo em face da Lei de Improbidade autorizaria o não enquadramento de um ato de improbidade ali descrito se, a critério da autoridade julgadora, a lesão produzida for irrelevante. Em ambos os casos a definição típica é construída pelo Administrador, e não pelo legislador, como impõe o princípio da legalidade. Pretensão dessa natureza não encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

65. Nessa direção, *mutatis mutandis*, no julgamento da ADO 26, o STF deixou claro que o Poder Judiciário (e muito menos o Executivo) podem criar tipos penais. O que se admite é a interpretação conforme, valendo-se da descrição típica de uma infração para situação semelhante.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII)– A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX)– (...) (STF - ADO: 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020)

66. Ademais, se nos estertores da aplicação da Lei nº 8.112, de 1990 se fez necessário recorrer à hermenêutica construtiva para dar sentido à expressão “*improbidade*

administrativa”, após a promulgação da Lei nº 8.429, de 1992, essa expressão ganhou contornos normativos, transmutando um conceito indeterminado em um conceito legal. Portanto, sob a vigência da Lei de Improbidade não soa adequado pretender um autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. Nesse sentido o magistério doutrinário:

24. Vale referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, o duto magistério de MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS: **Há incompatibilidade formal ao se aplicar o disposto no art. 132, IV, da Lei 8.112/90, sem estabelecer um dos tipos elencados nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, em decorrência de que a lei específica (geral) é que tem competência para prever os casos de punição dos atos de improbidade administrativa.** Portanto, a incompatibilidade não ocorre por contradição da lei antiga (Lei 8.112/90) pela lei geral (Lei 8.429/92) e sim pela omissão de seu comando, que prevê de forma genérica a "improbidade administrativa" como uma conduta passível de demissão, sem descrever os tipos da lei geral: enriquecimento ilícito (art. 9º.), prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios da boa administração pública (art. 11),

Essa situação genérica, distanciada da lei que regulou inteiramente a matéria é ilegal, em decorrência de que os tipos da improbidade administrativa são os descritos na Lei 8.429/92, que apesar de terem um caráter aberto não admitem a subsunção da conduta do Servidor público em um simples e ilegal ato de improbidade administrativa, como grafado no inciso IV, do art. 132, da Lei 8.112/90. Isso porque o referido inciso IV, não tipifica a conduta relativa ao ato de improbidade administrativa, que será objeto de investigação a ser desenvolvida no processo administrativo disciplinar.

Nenhuma outra lei ou comando legal poderá dispor sobre os tipos, as hipóteses e sanções referentes ao ato de improbidade administrativa, pois, coube à lei geral (Lei 8.429/92) regulamentar o art. 37, § 4º, da CF, fixando, de forma ampla, os casos que são previstos como ímprobos. (...) (Lei 8.112/90 Interpretada e Comentada, Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2008, pp. 924/925) (destacou-se)

67. Assim, impõe-se como obstáculo à aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, a garantia da tipicidade das infrações disciplinares. Por mais ampla que se admita a tipicidade administrativa, não se pode abnegar a mínima previsibilidade nas condutas proibidas. Nesse sentido leciona Fábio Medina Osório:

Como se vê, a garantia da tipicidade não pode ser interpretada em dissonância com o princípio da segurança jurídica, tendo em conta, sempre, a dinâmica interna do Direito Administrativo Sancionador, que é diferente do Direito Penal, mas guarda raízes comuns com a normativa que preside o Direito Público Punitivo. **Essa peculiaridades do terreno administrativo admitem uma tipicidade proibitiva mais ampla, genérica, tendo por referência o comando legislativo, mas também exigem conberturas normativas que induzam à previsibilidade dos comportamentos proibidos.** (Direito administrativo sancionador. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 242). (destacou-se)

e) Revisão da *jusrisprudência*

68. As teses aqui controvertidas são amparadas por decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a defender a autonomia do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990 despontam os seguintes acórdãos:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO DISCIPLINAR GRAVE. ATO DE IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO PARA DESENVOLVIMENTO DE PROJETO DE PESQUISA. DEMISSÃO APLICADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão independente de processo judicial prévio. Independência das instâncias administrativa e instância judicial civil e penal. O que distingue o ato de improbidade administrativa da infração disciplinar por improbidade, e assim a necessidade ou não de prévia ação judicial, é a natureza da infração, pois a lei funcional tutela a conduta do servidor estabelecendo regime jurídico próprio enquanto a lei de improbidade dispõe sobre sanções aplicáveis a todos os agentes públicos, servidores ou não, no interesse da preservação e integridade do patrimônio público. Quando o ato do servidor é ato típico de improbidade em sentido estrito tipificado nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.492/1992 e se pretende a aplicação das penalidades ali previstas, além da demissão, a investigação prévia deve ser judicial. **As improbidades não previstas ou fora dos limites da lei de improbidade ainda quando se recomende a demissão, sujeitam-se à lei estatutária, prevalecendo portanto o art. 132, IV da Lei nº 8.112/90.** Caso em que o servidor desatendeu regra de administração caracterizando comportamento infringente da disciplina estatutária. Falta grave que justifica a demissão. Precedentes do STF que não ficam desautorizados pelo acórdão no MS24.699-DF (Eros Grau, 1ª Turma) em sentido contrário. Precedentes da 3ª Seção do STJ unânimes. Mandado de Segurança denegado, cassada a medida liminar. (STJ - MS: 15054 DF 2010/0029941-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 25/05/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/12/2011) (destacou-se).

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. USO DO CARGO PARA INDEVIDO PROVEITO PESSOAL E IMPROBIDADE. ATOS INCOMPATÍVEIS COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO. DEMISSÃO. NULIDADES. DENÚNCIA ANÔNIMA. PROVAS VISUAIS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. - O poder-dever de autotutela imposto à administração é princípio que não só permite, como também obriga, a apuração das irregularidades que chegam ao conhecimento da autoridade competente, sob pena de procedimento desidioso do gestor público, de modo que a instauração do processo disciplinar na hipótese de existência de indícios suficientes para tal - ainda que fundados em denúncia anônima - não é, só por si, causa de nulidade. 2. - O rigor formal que o impetrante deseja imprimir ao processo administrativo, com a interpretação restritiva e parcial do art. 144 da Lei n. 8.112/1990, não se harmoniza com a necessária integração sistêmica de dispositivos legais que regem a matéria, tais como o art. 143 da Lei n. 8.112/1990 e os arts. 2º, 5º e 29 da Lei n. 9.784/1999. 3. - A instauração de ofício de processo administrativo disciplinar, ainda quando originada de denúncia anônima, mas desde que devidamente motivada em elementos indiciários outros, encontra amparo nos artigos 143 da Lei n. 8.112/1990 e 2º, 5º e 29 da Lei n. 9.784/1999. Precedentes. 4. - Não padecem de ilicitude provas advindas de imagens coletadas em ambiente público e externo, sem qualquer resquício de violação a espaços da intimidade ou da privacidade do investigado. Precedentes. 5. - A jurisprudência desta Corte tem reiteradamente afirmado a desnecessidade de descrição minuciosa dos fatos na portaria de

instauração ou na citação inicial do servidor indiciado. Ademais, o impetrante não demonstrou prejuízo algum à sua defesa. 6. - Não há, no processo administrativo, testemunhas de defesa ou de acusação, qualificações, aliás, não encontráveis nas Leis 9.784/1999 (Lei Geral do Processo Administrativo) e 8.112/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais). São qualificáveis apenas como testemunhas, enquanto administrados que devem, pura e simplesmente, cumprir com os deveres que lhes impõe o art. 4º da Lei n. 9.784/1999: expor os fatos conforme a verdade, prestar as informações que lhes forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos. 7. - Assegurado ao implicado ser interrogado somente após a inquirição das testemunhas, tal como se deu no caso em análise, a lei não fixa ordem sequencial para a inquirição das testemunhas. Inteligência do art. 159 da Lei n. 8.112/1990. 8. - A teor do disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 4.717/1965, a nulidade de ato administrativo por defeito de motivo se verifica apenas quando falte correlação lógica entre as razões de fato e os fundamentos jurídicos invocados para a sua produção, hipótese inócua na espécie. 9. - Certo é, porém, que a comissão processante identificou, apurou e demonstrou, em momento oportuno, os elementos embasadores das conclusões a que chegaram, não só esse órgão colegiado como, posteriormente, a própria autoridade julgadora e aplicadora da sanção de demissão (Ministro da Justiça). Adite-se, ainda, que a argumentação do impetrante, na exordial, não rebate eficazmente os fatos que lhe foram atribuídos, limitando-se a enfatizar que se inscreveram no âmbito de sua vida privada e não de sua atividade funcional. Não há, portanto, falar em inexistência material de razões ensejadoras do procedimento e da subsequente penalidade administrativa. 10. - Quanto à adequação jurídica do enquadramento, o suporte fático delineado nos autos - que deu também origem a noticiada investigação penal, ainda em curso - revela-se suficiente para legitimar a incidência das normas contidas nos art. 117, inciso IX e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990, invocadas pela comissão processante e acolhidas pela autoridade impetrada, para fundamentar a demissão. Descabe, portanto, cogitar de inadequação jurídica da sanção aplicada. **A improbidade prevista no aludido Estatuto Funcional, enquanto causa de demissão do servidor (art. 132, IV), coexiste harmonicamente com o procedimento traçado na Lei nº 8.429/92, sem qualquer relação de prejudicialidade entre esses dois arcabouços legais.** 11. - Existindo razões fáticas suficientes e demonstrada a adequação jurídica da norma aplicada, não há como acolher a tese de nulidade do ato sancionador por vício de motivação. 12. - A desconstituição das provas que fundamentaram a conclusão adotada pela autoridade impetrada, ainda que em tese possível, não é viável na estreita senda do rito mandamental, que requer a prévia e cabal demonstração do direito vindicado, sem tolerar posterior dilação probatória. 13. - Existindo, como no caso, adequada correlação entre a conduta verificada (suporte fático) e a penalidade aplicada (previsão legal), descabe falar em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, posto que a noção de justa medida foi de antemão delineada pelo legislador, no que fez cominar aos tipificados ilícitos administrativos diferenciadas sanções. Inteligência dos artigos 129, 130 e 132 da Lei 8.112/1990. 14. - Segurança denegada, restando, em consequência, prejudicada a apreciação do agravo regimental anteriormente manejado pelo impetrante. (STJ - MS: 20053 DF 2013/0105899-8, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 27/05/2015, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 03/11/2015).

69. Por outro lado, há julgados da Corte Cidadã condicionando a aplicação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, à associação a um dos atos de improbidade da Lei nº 8.429, de 1992:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. 1. É inviável examinar a questão relativa à suposta ausência de motivação da decisão anulatória do processo administrativo, não só por ser inovação recursal, mas também porque já foi objeto de anterior mandado de segurança, extinto em razão da decadência da impetração. 2. A instauração do processo disciplinar interrompe o prazo prescricional, que volta a correr integralmente a partir da decisão final da autoridade competente ou do esgotamento do prazo de 140 dias para conclusão do procedimento (Lei nº 8.112/1990, art. 142, §§ 3º e 4º). 3. A Administração tomou ciência do fato em 23.02.2001 e o processo disciplinar foi instaurado em 15.10.2001, interrompendo o curso da prescrição até 04.03.2002. A partir daí o prazo voltou a correr por inteiro, findando-se em 04.03.2007, depois, portanto, do ato de demissão do recorrente em 20.12.2006. **4. Ao prever a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, a Lei nº 8.112/1990 (art. 132, IV) remete às condutas tipificadas na Lei nº 8.429/1992, incorporando-as ao seu sistema como infrações funcionais, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser apuradas e punidas pela própria Administração.** 5. Recurso a que se nega provimento. (STF - RMS: 30010 DF - DISTRITO FEDERAL 0072038-77.2007.3.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 15/12/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-029 17-02-2016) (destacou-se)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD. TIPIFICAÇÃO DOS ILÍCITOS IMPUTADOS. RELATÓRIO DA COMISSÃO PROCESSANTE. AUTONOMIA DA AUTORIDADE JULGADORA. ARTIGO 168 DA LEI 8.112/1990. PENA DE DEMISSÃO. ARTIGO 132 DA LEI 8.112/1990. ATO VINCULADO. DESCARACTERIZAÇÃO DO DOLO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ- CONSTITUÍDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRETENSÃO QUE EXTRAPOLA A VIA MANDAMENTAL. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A autoridade julgadora do processo administrativo disciplinar não está vinculada à conclusão da comissão processante, consoante disposto no art. 168 da Lei 8.112/1990. Precedentes: RMS 33.666, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 21/9/2016 e RMS 24.619, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 22/11/2011. 2. **O art. 132, IV, da Lei 8.112/1990, que disciplina a demissão do servidor que incorre em ato de improbidade administrativa, faz remissão às condutas tipificadas na Lei nº 8.429/1992, razão pela qual, nessa qualidade, podem ser processadas e punidas pela Administração Pública. Precedentes: RMS 33.666, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 21/9/2016 e RMS 30.010, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 17/2/2016.** 3. A via estreita do Mandado de Segurança não permite o exame da alegação de ausência de dolo específico na conduta praticada, em razão da necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. 4. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO. (STF - AgR RMS: 34817 DF - DISTRITO FEDERAL 0123705-53.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/04/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-118 13-05-2020). (destacou-se)

70. Constatase, preliminarmente, uma divergência sobre a matéria, de modo a afastar a afirmação segundo a qual haveria jurisprudência a respaldar a tese da aplicação autônoma do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990. Vale dizer, não há jurisprudência se a Corte ainda não pacificou o entendimento sobre a questão. O que se tem são acórdãos isolados em um ou outro sentido, sequer se podendo falar em predominância de uma corrente sobre outra.

71. Não se olvide, ademais, que os julgados acima citados datam de momento anterior às modificações introduzidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei de Improbidade Administrativa. Não há dúvidas de que essas alterações expressam a vontade do legislador de conferir maior segurança e previsibilidade aos investigados, o que se vê, por exemplo, na exigência de tipicidade estrita para a caracterização dos atos de improbidade por violação a princípios da Administração Pública, como demonstrado acima. Ademais, a mens legis da Lei nº 14.230, de 2021 foi bem sintetizada no Relatório Final da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal acerca do Projeto de Lei:

De outra parte, cabe ponderar que as graves sanções advindas dos atos de improbidade administrativa não podem ser aplicadas sem um atento escrutínio da conduta do acusado, procedimento esse que apenas é concebível com a observância do princípio do devido processo legal, em conjunto com aqueles que são comuns a toda atividade sancionatória do Estado, sendo que o desejo de Justiça que emana da sociedade precisa ser orientado com o respeito às garantias dos acusados, buscando-se a criação de um ambiente dotado de previsibilidade e segurança jurídica. (Parecer da Comissão De Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal sobre o Projeto de Lei nº 2.505, de 2021 - nº 10.887, de 2018, na Câmara dos Deputados -, do Deputado Roberto de Lucena, que altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa). (destacou-se)

72. A Lei nº 14.230, de 2021, também elevou a Lei de Improbidade à posição de norma central do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, denotando o necessário diálogo de fontes com outras normas do sistema (art. 1º, *caput*, da Lei nº 8.429, de 1992).

73. A previsão de um sistema normativo vincula o intérprete na atividade hermenêutica, impondo o preenchimento das lacunas normativas com disposições legais, sempre que a solução possa ser encontrada nesse sistema, como é o caso do conceito de improbidade administrativa. Trata-se do que Cláudia Lima Marques denomina de diálogo de influências recíprocas. Veja-se:

No Brasil, a jurista Cláudia Lima Marques propõe uma interação entre as leis. As leis não se excluem, mas se comunicam. Com efeito, abandona-se a ideia de “microssistema jurídico”, totalmente isolado. De acordo com os juristas³⁰, existem três diálogos possíveis:

O primeiro, denominado de “diálogo sistemático de coerência”, prevê que, havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma delas servir de base conceitual para a outra, estará presente o diálogo sistemático de coerência. Como exemplo, pode ser citada a relação de compra e venda. No caso, são aplicáveis as regras básicas do Código Civil com os princípios do Código de Defesa do Consumidor.

O segundo, denominado “diálogo de complementaridade ou diálogo de subsidiariedade” ocorre se o caso for de aplicação coordenada de duas leis.

Assim sendo, uma norma pode completar a outra, de forma direta (diálogo de complementaridade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade). Como exemplo destacam-se os contratos que são de consumo e de adesão ao mesmo tempo. Neste caso, aplica-se a proteção do aderente (arts. 423³¹ e 424³² do Código Civil) e a proteção ao consumidor.

O terceiro é denominado de “diálogo de influências recíprocas sistemáticas” que ocorre quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências de outra. Nas palavras de Claudia Lima Marques, et al., “é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de doublé sens”. (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 3ª ed., 2010. p. 114. *Apud* MARTOS, José Antonio de Faria; TARTUCE, Flávio. *O Diálogo Das Fontes e a Hermenêutica Consumerista no Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e7a41b8100b5266>). (destacou-se)

74. Tal linha de raciocínio reforça a tese defendida pela Controladoria-Geral da União e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, segundo a qual a expressão “improbidade administrativa” inserida no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, é um elemento normativo jurídico do tipo infracional, cuja descrição há de ser buscada na Lei nº 8.429, de 1992, ou em tipos previstos em leis especiais.

III - CONCLUSÃO

75. Por tudo quanto exposto, pode-se afirmar que:

a. Desde a edição da Lei nº 8.429, de 1992, o conceito de improbidade administrativa ganhou definição legal, deixando de se enquadrar na categoria de conceito jurídico indeterminado para se enquadrar na categoria de conceito jurídico normativo;

b. As alterações introduzidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei de Improbidade Administrativa expressam a vontade do legislador de conferir maior segurança e previsibilidade no exercício do Poder Disciplinar, além de reforçar a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador à esfera disciplinar;

c. Os princípios constitucionais da legalidade (arts. 5º, II e art. 37, caput) e da tipicidade (art. 5º, XXXIX), traduzem garantias individuais à descrição inequívoca (certa), prévia, escrita e estrita das condutas passíveis de punição também na seara disciplinar;

d. O Supremo Tribunal Federal repudia a tipificação de delitos e a cominação de sanções de direito penal pela via hermenêutica, eis que referidos temas submetem-se à cláusula de reserva constitucional de lei em sentido formal (CF, art. 5º, inciso XXXIX), raciocínio que pode ser estendido à esfera disciplinar;

e. O reconhecimento, pela Lei de Improbidade, de tipos especiais na legislação extravagante não autoriza o enquadramento de uma conduta exclusivamente no art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, porque esse inciso não contém a descrição da conduta vedada, apenas remetendo ao conceito já definido pela Lei nº 8.429, de 1992;

f. A tipificação do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, requer, portanto, o enquadramento da conduta do servidor acusado em um dos tipos de improbidade descritos na Lei de Improbidade Administrativa ou outra lei que defina a conduta infracional de forma prévia, inequívoca (certa) e estrita;

g. Considerando o entendimento consolidado em alguns órgãos jurídicos pela aplicação autônoma art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, e em respeito tanto ao art. 2º,

XIII, da Lei nº 9.784, de 1999, quanto aos arts. 24 e 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, com a redação conferida pela Lei nº 12.376, de 2010, o presente parecer, uma vez acolhido pelas instâncias superiores, deverá ter efeitos prospectivos.

À consideração superior.

Brasília, 27 de junho de 2023.

Guilherme Raso Marques
Procurador da Fazenda Nacional
Relator

[1] Veja-se, a propósito o PARECER n. 00125/2023/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (NUP 08280.020067/2015-68).

[2] É o que se infere da NOTA TÉCNICA Nº 1040/2023/CGUNE/DICOR/CRG (Processo 00190.103659/2023-21).

[3] Veja-se o seguinte trecho do Manual: “A comissão processante deverá, na capitulação do ato indisciplinar por improbidade, indicar como aplicável o disposto no art. 132, IV, combinado com o enquadramento especificamente apurado, com base nas definições previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que subsidiam a definição do ato de improbidade administrativa, sem prejuízo da possibilidade de previsão de atos de improbidade em leis especiais (cf. art. 1º, §1º).” (BRASIL. Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. Coordenação Geral de Uniformização de Entendimentos. *Manual de Processo Administrativo Disciplinar*. Brasília: Controladoria Geral da União. Disponível em: < <https://basedeconhecimento.cgu.gov.br/handle/1/9670> > p. 238).

[4] A centralidade da Lei nº 8.112, de 1990 é reforçada pela jurisprudência nacional, que tem permitido sua aplicação no âmbito dos Estados nas hipóteses em que existam lacunas nas leis locais que regem os servidores públicos e não haja incompatibilidade entre as normas (STJ. Segunda Turma. RMS 60.493/PR. Rel. Min. Herman Benajmin. Dje: 11/10/2019).

[5] Podem ser citadas, a título de exemplo, as seguintes normas constitucionais: o princípio da dignidade humana (art. 1º, III); o devido processo legal (art. 5º, LV) e os princípios regentes da Administração Pública (art. 37, *caput*).

[6] São exemplos o art. IX da Convenção Interamericana Contra a Corrupção da OEA (promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002) e o art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006).

[7] V.g.: Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011) e Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 2013).

[8] V.g.: Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999), bem como o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 2015) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941), aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo disciplinar.

[9] V.g.: Instrução Normativa nº 14, de 2018 (Regulamenta a Atividade Correcional no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005).

[10] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, **e notadamente:** (...) (destacou-se).

[11] Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, **caracterizada por uma das seguintes condutas:** (...) (destacou-se).

[12] Cite-se, por sua completude e profundidade, o Parecer Coger/GNP nº 222/2022 (Processo SEI/ME nº 18220.100708/2022-54).

[13] Argumentos extraídos do Parecer n. 00125/2023/CONJUR-MJSP/CGU/AGU (NUP 08280.020067/2015-68).

[14] Nos termos do aludido parecer, (...) *a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado.*

[15] Embora vigente o Parecer Vinculante AGU GQ-124, noticia-se precedente do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. Veja-se: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: DEMISSÃO. ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA: AUTONOMIA. PRESCRIÇÃO: Lei 8.112/90, art. 142. I. - Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias. II. - Precedente do MS 23.401 DF">STF: MS 23.401-DF, Velloso, Plenário. III. - Na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei 8.112/90, art. 142, § 2º. Inocorrência de prescrição, no caso. IV. - Alegação de flagrante preparado: alegação impertinente no procedimento administrativo. V. - Mandado de segurança indeferido. (STF - MS: 23242 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 10/04/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 17-05-2002 PP-00059 EMENT VOL-02069-01 PP-00096 RTJ VOL-00191-01 PP-00151).

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-07-2023 09:33. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 12-07-2023 21:39. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por FERNANDO MIZERSKI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FERNANDO MIZERSKI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-07-2023 20:08. Número de Série:

51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br).

Data e Hora: 10-07-2023 15:03. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 14-07-2023 15:49. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 27-06-2023 12:59. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 10-07-2023 11:37. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-07-2023 00:46. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1210287691 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO. Data e Hora: 10-07-2023 09:58. Número de Série: 47685205223064042648376373499. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Assuntos abordados neste Parecer: Em termos de apuração de enriquecimento ilícito decorrente de desproporção patrimonial, se requer da Administração, com parte que lhe incumbe na distribuição de ônus probante, provar a desproporção ocorrida ao tempo do exercício do cargo, não se requerendo a comprovação da conduta funcional ilícita antecedente. O ônus de provar a origem dissociada do cargo é da defesa, em razão de seu dever de transparência patrimonial. Este enquadramento requer comprovação do dolo, que se dá pelas circunstâncias externadas pela conduta, e que não exige especial fim de agir.

PARECER Nº 1/2024/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO DO MINISTRO CHEFE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO Nº 199

PROCESSO Nº 00688.012643/2023-19

INTERESSADO: UNAFISCO NACIONAL ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

ASSUNTO: PEDIDO DE REVISÃO DO PARECER N. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU.

ADOTO, nos termos do DESPACHO n. 00238/2024/GAB/CGU/AGU, de autoria do Consultor-Geral da União, Dr. André Augusto Dantas Motta Amaral, o PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, mantido pelo PARECER n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU após pedido de revisão pela Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (UNAFISCO Nacional).

Não acato, todavia, a sugestão de submissão dos autos ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os fins dos art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73/1993, por entendê-la desnecessária na hipótese.

Brasília, *data da assinatura eletrônica*.

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688012643202319 e da chave de acesso e4759761

Documento assinado eletronicamente por JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1516603521 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-06- 2024 15:50. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00238/2024/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.012643/2023-19

INTERESSADOS: UNAFISCO NACIONAL ASSOCIACAO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

ASSUNTOS: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. Estou de acordo com o DESPACHO n. 00237/2024/GAB/CGU/AGU, de autoria do Senhor Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas, Dr. Bruno Moreira Fortes.

2. Submeto as manifestações ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, para que, sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para os fins do art. 40, § 1º, e art. 41, da Lei Complementar nº 73/1993.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

(assinado digitalmente)

ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL

Advogado da União

Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688012643202319 e da chave de acesso e4759761

Documento assinado eletronicamente por ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1463951292 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 03-06-2024 14:31. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00237/2024/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.012643/2023-19

INTERESSADOS: UNAFISCO NACIONAL ASSOCIACAO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

ASSUNTOS: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

1. Estou de acordo com os termos do DESPACHO n. 00235/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU.

2. Encaminho os autos para vosso juízo de apreciação, por envolver a aprovação de Parecer com caráter vinculante, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar 73/1993.

Brasília, 10 de abril de 2024.

BRUNO MOREIRA FORTES

Advogado da União

Subconsultor-Geral da União de Políticas Públicas

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688012643202319 e da chave de acesso e4759761

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1463940909 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais:

Signatário (a): BRUNO MOREIRA FORTES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br).
Data e Hora: 16-04-2024 10:55. Número de Série: 65437255745187764576406211080.
Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00235/2024/GAB/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.012643/2023-19

INTERESSADOS: UNAFISCO NACIONAL ASSOCIACAO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL

ASSUNTOS: PEDIDO DE REVISÃO DO PARECER N. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU

1. Aprovo, em seus termos, o PARECER n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU, aprovado pelo DESPACHO n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU, que entendeu que *"não merece prosperar a argumentação externada pela Requerente, de modo que deve ser indeferido o pedido de revisão do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU".*
2. Em razão do pleito apresentado demonstrar a controvérsia sobre a interpretação a ser conferida ao art. 9º, inc. VII, da Lei nº 8.429/1992, com a redação dada pela Lei nº 14.230/2021, identificou-se que a questão tem potencial para gerar entendimentos divergentes dentro da Administração, o que pode levar a diferentes decisões administrativas em casos similares, com prejuízos à isonomia entre os servidores acusados e à segurança jurídica esperada na condução dos processos administrativos.
3. Assim, propõe-se a aprovação do parecer com caráter vinculante, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993.
4. À consideração superior.

Brasília, 08 de abril de 2024.

DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES
ADVOGADA DA UNIÃO
Diretora Substituta

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688012643202319 e da chave de acesso e4759761

Documento assinado eletronicamente por DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1461288491 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DANIELA DE OLIVEIRA RODRIGUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 08-04-2024 17:35. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.012643/2023-19.

INTERESSADA: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - UNAFISCO NACIONAL.

ASSUNTO: PEDIDO DE REVISÃO DO PARECER N. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU.

Sra. Diretora do DECOR,

01. Trata-se de pedido de revisão, apresentado pela Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (UNAFISCO Nacional), do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, aprovado pelo AdvogadoGeral da União (Sequenciais 552, 553, 574 e 575 do NUP 00688.000720/2019-10), o qual tratou da interpretação do art. 9º, *caput* e inciso VII, da Lei nº 8.429/1992, diante das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021.

02. Sobre o tema, após debates nas sessões ordinárias da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD) de 20/02/2024 (ATA n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 712 do NUP 00688.000720/2019-10) e de 12/03/2024 (ATA n. 00002/2024/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 716 do NUP 00688.000720/2019-10), **o Colegiado aprovou, por unanimidade dos dez integrantes presentes à respectiva Sessão, o PARECER n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU**, na reunião ordinária ocorrida no dia 12/03/2024, conforme se observa na respectiva Ata.

03. Com isso, a Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD), no **PARECER n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU**, em síntese, entendeu que *"não merece prosperar a argumentação externada pela Requerente, de modo que deve ser indeferido o pedido de revisão do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU"*.

04. Em acréscimo, a Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares (CNPAD), por meio do **PARECER n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU**, corroborou os entendimentos insculpidos no PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, ocasião em que propôs a adoção do procedimento previsto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, com vistas a se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal aos seguintes posicionamentos:

65. Ademais, com vistas a se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal ao posicionamento consubstanciado neste opinativo, propõe-se a adoção do procedimento previsto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, de modo a se entender que, em relação à interpretação do disposto no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/1992, com redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021:

a) a nova redação conferida ao dispositivo incorporou o entendimento jurisprudencial e administrativo consolidado, dispensando a prova do ato ilícito ensejador do enriquecimento;

b) o dolo do tipo está na vontade e consciência de adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, dispensada outra motivação especial;

c) a nova redação atribuída ao dispositivo reforça a presunção legal de que a variação patrimonial a descoberto tem relação com o exercício do cargo e sua licitude deve ser provada pelo servidor; e

d) quanto ao ônus probatório, incumbe à Administração Pública provar (i) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial do servidor público, (ii) que esse incremento é significativo/efetivamente desproporcional com as suas fontes de renda lícitas e conhecidas, (iii) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos e (iv) que o incremento ou variação adveio do período em que o servidor público exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública, de modo que, provadas essas circunstâncias, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é

ilícito e cabe ao servidor público provar a licitude do incremento patrimonial apurado. Se o servidor público justifica o incremento patrimonial, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.

05. Logo, nos termos do art. 2º, § 2º, e do art. 4º, inciso III, ambos da Portaria CGU nº 03, de 14 de junho de 2019, **submete-se o PARECER n. 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU à apreciação do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), sugerindo-se, conforme proposto no opinativo em questão, a eventual adoção do procedimento preconizado no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993**, no sentido de se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal aos respectivos entendimentos.

À consideração superior.

Brasília, 04 de abril de 2024.

Documento assinado eletronicamente

RENATO DO REGO VALENÇA

Advogado da União

Coordenador/CNPAD

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688012643202319 e da chave de acesso e4759761

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1458116985 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-04-2024 14:54. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

PARECER Nº 00001/2024/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.012643/2023-19.

INTERESSADA: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - UNAFISCO NACIONAL.

ASSUNTO: PEDIDO DE REVISÃO DO PARECER N. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU.

PEDIDO DE REVISÃO DO PARECER N. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, APROVADO PELO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – AQUISIÇÃO DE BENS EM VALOR DESPROPORCIONAL À EVOLUÇÃO DO PATRIMÔNIO OU À RENDA DO AGENTE PÚBLICO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVISÃO – PROPOSTA DE ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 40, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 73/1993.

I - Não merece prosperar a argumentação externada pela Requerente, de modo que deve ser indeferido o pedido de revisão do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU.

II - Com vistas a se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal ao posicionamento consubstanciado neste opinativo, propõe-se a adoção do procedimento previsto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993.

Sra. Diretora do DECOR,

I - RELATÓRIO:

01. Trata-se de **pedido de revisão do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU**, encaminhado à Consultoria-Geral da União pela Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (UNAFISCO Nacional), por meio do Ofício nº 111/2023-JUR (Sequencial 04), de 14 de dezembro de 2023 e pareceres acostados aos sequenciais 02 e 03.
02. Por meio DESPACHO n. 00520/2023/GAB/DECOR/CGU/AGU (Seq. 05), o DECOR/CGU enviou, no dia 18/12/2023, a presente demanda à CNPAD, para análise, tendo em vista que *"os debates para elaboração do parecer se deram no âmbito da Câmara Nacional de Procedimento Administrativos Disciplinares"*.
03. Em sessão ordinária da CNPAD, ocorrida no dia 19/12/2023, deliberou-se **por** elaborar parecer de subsídios à decisão do Advogado-Geral da União, tendo sido designados relatores os procuradores Mila Kothe e Guilherme Raso Marques.
04. No requerimento, a UNAFISCO Nacional alega a necessidade de revisão do entendimento exarado no Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, o qual tratou da interpretação do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, frente às alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021. Defende a requerente a incompatibilidade da exegese adotada no parecer com os preceitos da nova lei e também da Constituição Federal.
05. O pleito de revisão se assenta em quatro argumentos principais, a saber: (i) a necessidade dolo específico do agente público para a configuração do ato de improbidade descrito no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992; (ii) a necessidade de demonstração, pela Administração, do nexo de causalidade entre o enriquecimento do agente público e o exercício de seu cargo, mandato, função ou emprego público; (iii) a impossibilidade de inversão do ônus da prova ou uso de presunções em desfavor do investigado; (iv) a necessidade de individualização da conduta do investigado, bem como a demonstração do ato que gerou o enriquecimento ilícito.
06. Com a devida vênia aos argumentos expostos pela UNAFISCO Nacional e pelos pareceres anexos ao requerimento, eles não são aptos a alterar o entendimento firmado no Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, pelas razões a seguir delineadas.

II - ANÁLISE JURÍDICA:

II.1. Preliminares:

07. Antes de adentrar ao mérito do requerimento de revisão, cumpre analisar a presença dos pressupostos para sua admissibilidade.
08. O pleito se ampara na alegação de que o Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, ato administrativo de natureza enunciativa, aprovado pelo Advogado-Geral da União, estaria maculado de ilegalidade e inconstitucionalidade, por afrontar as disposições da Lei nº 14.230, de 2021, e o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CR/88). Assim, a associação interessada, representativa da classe dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, constituída na forma da lei, requer a revisão do ato administrativo.
09. De acordo com o art. 53 da Lei nº 9.784, de 1999, a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade. Trata-se de prerrogativa denominada autotutela administrativa, cuja prática encontra amparo na jurisprudência pátria^[1].
10. Em regra, a autotutela é exercida de ofício. Nada impede, contudo, a provocação pelo interessado, haja vista o direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, da Constituição

Federal e no art. 3º, III, da Lei nº 9.784, de 1999. O pleito, contudo, há de ser dirigido à autoridade competente para a anulação do ato.

11. No caso em apreço, a UNAFISCO Nacional tem legitimidade para requerer a revisão, pois se enquadra como interessada nos termos do art. 9º, III, da Lei nº 9.784, de 1999^[2]. Registre-se, contudo, que a decisão sobre a revisão haverá de ser tomada pelo Advogado-Geral da União, dado que o parecer impugnado foi por ele aprovado, nos termos do Despacho nº 160, de 24 de agosto de 2022.

12. Demonstrados o cabimento do pedido de revisão, a legitimidade da associação requerente e a competência para a apreciação do pleito, compete a esta Câmara Nacional subsidiar a autoridade decisora com os argumentos jurídicos pertinentes, tendo em vista a solicitação do DECOR/CGU (Seq. 05).

II.2. Do mérito:

13. Como se extrai da petição protocolada pela UNAFISCO Nacional e dos pareceres anexos, a associação requerente discorda do entedimento constante no Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, no qual se concluiu que:

a. As alterações trazidas pela Lei nº 14.230, de 2021, quanto ao disposto no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992, cumprem o relevante desiderato de incorporar à descrição típica as construções hermenêuticas consolidadas na doutrina, na jurisprudência e na praxis administrativa, atendendo ao princípio da segurança jurídica;

b. Na seara administrativa, já na redação original da Lei nº 8.429, de 1992, consolidou-se o entendimento segundo o qual a infração disciplinar de improbidade administrativa do art. 132, IV, da Lei nº 8.112, de 1990, em qualquer de suas manifestações (enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública), exigia vontade e consciência da ilicitude, o chamado elemento subjetivo doloso;

c. A introdução do dolo na base hipotética do ilícito não altera a interpretação da infração, posto que doutrina e jurisprudência há muito vinham exigindo o referido elemento subjetivo para sua configuração;

d. Conforme se pode observar da literalidade do art. 9º, inciso VII, da LIA, este não exige em sua base hipotética um especial fim de agir, o que afastaria, segundo uma parte da corrente doutrinária, a necessidade de se falar em dolo específico.

e. Contudo, ainda que se adote a corrente que exige o dolo específico para a configuração do enriquecimento ilícito previsto no art. 9º, inciso VII, a atual redação conferida pela Lei nº 14.230, de 2021, requer o fim de obter proveito ou benefício indevido próprio ou alheio. A despeito de ser uma importante inovação legislativa, na prática, não altera a praxis administrativa. Isso porque, o dolo específico se extrai da própria comprovação da configuração do ilícito, já que quem apresenta um patrimônio a descoberto em face de suas rendas conhecidas, devidamente comprovado pela Administração, evidentemente o faz com o intuito de obter proveito ou benefício próprio ou alheio. O não cumprimento do dever funcional de transparência, imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, recai e reflete-se, de forma inexorável, sobre a própria conduta funcional do servidor vinculado àqueles ditames legais, restando, portanto, atendida até mesmo a elementar inovada com o § 2º do art. 11 da Nova Lei de Improbidade;

f. Acerca da inserção da expressão “em razão deles [cargo, mandato, emprego ou função]” no inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade, pode-se inferir que esse reforço legislativo foi necessário por, pelo menos, dois motivos: i) explicitar a necessidade de a Administração comprovar que o enriquecimento indevido tenha sido fruto do período em que o servidor exerce ou exerceu o cargo; e ii) evidenciar a natureza relativa da presunção de ilicitude da variação patrimonial a descoberto, permitindo ao servidor provar a licitude dos acréscimos;

g. A expressão “em razão deles [cargo, mandato, emprego ou função]”, que já constava do caput do art. 9º da Lei de Improbidade, não exige da Administração prova de que o enriquecimento decorreu de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública (fato antecedente). Assim fosse, a conduta não seria enquadrada no art. 9º, inciso VII, mas sim em algum outro tipo infracional, sob pena de tornar o dispositivo letra morta e afastar a norma da construção do sistema de defesa da probidade;

h. A inserção da previsão “assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem da evolução patrimonial apurada” apenas evidencia a natureza relativa da presunção de ilicitude do patrimônio a descoberto, permitindo ao servidor provar a licitude dos acréscimos, no exercício desde sempre assegurado da garantia constitucional ao contraditório;

i. Permanece válido o entendimento jurisprudencial consolidado segundo o qual, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus da prova no sentido de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração. Tal entendimento é amparado na presunção legal de ilicitude do patrimônio a descoberto apurado pela Administração (art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730, de 1993) e na distribuição equitativa do ônus probatório (art. 373 e no art. 374, IV, do CPC);

j. Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Também configuraria retrocesso em matéria de combate à corrupção e afronta aos tratados internacionais sobre combate à corrupção ratificados pela República Federativa do Brasil;

k. A questão se resume, então, ao ônus probatório, o qual incumbe à Administração o dever de comprovar: 1) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial, 2) que ele é significativo/efetivamente desproporcional; 3) que este incremento é incompatível com as fontes de renda lícitas e conhecidas do servidor; 4) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos; e 5) que o incremento ou variação é fruto do período em que exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública. Após todas essas provas pela Administração, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, no sentido de demonstrar a sua licitude, podendo, a título exemplificativo, desvincular o respectivo acréscimo patrimonial do exercício do cargo, de modo a, por exemplo, comprovar outra fonte de renda lícita. Se o servidor as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.

14. Em linhas gerais, o Parecer questionado defende que as alterações promovidas no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230, de 2021, incorporaram a posição jurisprudencial e administrativa sobre a matéria e ressaltaram as garantias dos acusados, sem, contudo, alterar o ônus probatório para a configuração do ilícito.

15. Assim, o parecer em tela concluiu que, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar: **1) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial, 2) que ele é significativo/efetivamente desproporcional; 3) que este incremento é incompatível com as fontes de renda lícitas e conhecidas do servidor; 4) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos; e 5) que o incremento ou variação ocorreu no período em que exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública. Após todas essas provas pela Administração, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, no sentido de demonstrar a sua licitude, podendo, a título exemplificativo, desvincular o respectivo acréscimo patrimonial do exercício do cargo, de modo a, por exemplo, comprovar outra fonte de renda lícita. Se o servidor as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos^[3].**

16. O entendimento da CNPAD mantém a utilidade e a essência do tipo infracional previsto no art. 9, inciso VII da LIA, pois não se pode impor à Administração a prova de que a variação patrimonial decorre de ilícito funcional antecedente.

17. A exigência de prova do fato antecedente não se coaduna com a *mens legis* do inciso VII do art. 9º, pois implica em sua completa inutilidade já que a conduta ali tipificada é adquirir patrimônio desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

18. Caso a Administração tivesse que comprovar que o enriquecimento decorreu de um ato omissivo ou comissivo praticado pelo servidor no exercício da função pública, a conduta não seria enquadrada no art. 9º, inciso VII, mas sim em algum outro tipo infracional, sob pena de tornar o dispositivo letra morta e afastar a norma da construção do sistema de defesa da probidade.

19. O Parecer da CNPAD também defendeu a necessidade da prova do dolo e defendeu o direito dos acusados ao contraditório e à ampla defesa, assegurando-lhe o direito de provar a licitude da variação patrimonial apurada, conforme, inclusive, entendimento há muito sedimentado na seara administrativa (Parecer AGU n GQ- 200) e na jurisprudência.

20. O Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU, longe de macular o ordenamento jurídico, se mostra aderente à *mens legislatoris*, pois reconhece o objetivo do Congresso Nacional de incorporar à descrição típica as construções hermenêuticas consolidadas na doutrina, na jurisprudência e na praxis administrativa, sem alterar a essência do art. 9º. É o que registra a Justificativa do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 10.887/2018, que originou a Lei nº 14.230, de 2021:

Após o seu jubileu de prata, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão para sua adequação às mudanças ocorridas na sociedade e também para **adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais.** (...)

O texto apresentado representa revisão redacional de adaptação de linguagem, retificando pequenas falhas perceptíveis, além de correções de técnica legislativa, principalmente no Capítulo I que cuida das Disposições Gerais. (...)

Neste sentido, a estrutura e a abrangência dos artigos 9º e 10º da LIA permanecem em essência inalterados, subtraindo-se a possibilidade da ocorrência de improbidade administrativa por atos culposos. (Justificativa do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 10.887/2018) (destacou-se)

21. **Inclusive, em julgamento realizado após a promulgação da Lei nº 14.230, de 2021, o Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que, em termos de enriquecimento ilícito por variação patrimonial a descoberto, não se impõe à Administração a prova do nexo causal entre o enriquecimento não explicado e a conduta ilícita do agente público no exercício de suas funções.**

22. Assim, o STJ reafirmou sua jurisprudência no sentido de que incumbe ao servidor acusado o ônus de justificar a origem e a legitimidade do patrimônio incompatível com suas rendas, registrando que as alterações promovidas na Lei de Improbidade reforçaram tal distribuição do ônus probatório. Vejam-se a ementa e o respectivo trecho do acórdão:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. ART. 9º, VII, DA LEI 8.429/1992. CONDUTA ÍMPROBA. PROVA DA ORIGEM LÍCITA. ÔNUS DO AGENTE PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa contra dois Auditores Fiscais da Previdência Social, acusados da prática de advocacia administrativa, excesso de exação e evolução patrimonial incompatível com a remuneração de seus cargos. 2. O Recurso Especial comporta conhecimento apenas em relação ao recorrido Joaquim Acosta Diniz e, exclusivamente, quanto à imputação de evolução patrimonial a descoberto prevista no art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DE EVOLUÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO 3. O acórdão recorrido consigna que, para a incidência do inciso VII do art. 9º da LIA, "há necessidade de se atrelar a conduta ilícita do agente público no exercício de suas funções à evolução patrimonial considerada desproporcional" (fl. 2.141, e-STJ) (grifei) .4. **Evolução patrimonial a descoberto, manifestada por bens materiais, despesas ou estilo de vida incompatíveis com rendimentos efetivamente recebidos, independe de alegação ou prova pelo Estado de conduta ilícita do servidor público. Ao revés, incumbe a este o ônus de cabalmente justificar a origem e a legitimidade do capital ou meios exibidos. Precedentes do STJ** .5. Vale destacar que a nova redação do art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992, conferida pela Lei 14.230/2021 - em que pese inaplicável ao caso presente ante os limites do quanto decidido pelo STF no Tema 1.199 (irretroatividade do novo regime, salvo em relação às ações em andamento atinentes aos tipos culposos extintos) -, reforça o entendimento jurisprudencial supra-apontado, porque o próprio dispositivo ressalva que será "assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução". AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DA LICITUDE DA VARIAÇÃO PATRIMONIAL NO ACÓRDÃO RECORRIDO 6. Como o acórdão recorrido adotou a premissa equivocada de que ao autor da Ação de Improbidade cabia o ônus de provar a correlação entre o acréscimo patrimonial e algum ato ilícito praticado no exercício do cargo, o Tribunal de origem deixou de se pronunciar sobre a alegada desproporção do patrimônio do agente com seus rendimentos como Auditor Fiscal e as eventuais provas por ele apresentadas no sentido da licitude da evolução patrimonial .7. Deve a instância ordinária, firmada a tese jurídica que predomina no STJ,

reapreciar os fatos e julgá-los de acordo com a orientação do STJ, motivo pelo qual é de se anular o julgamento para que outro seja realizado. CONCLUSÃO 8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, a fim de que, nos termos da fundamentação, os autos tornem à Corte de origem para, com base na orientação de que compete ao acusado comprovar a licitude da evolução patrimonial, reapreciar os fatos da causa, exclusivamente em relação a Joaquim Acosta Diniz e à imputação do art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992.

(...) Vale destacar que a nova redação do art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992, conferida pela Lei 14.230/2021 – em que pese inaplicável ao caso presente ante os limites do quanto decidido pelo STF no Tema 1.199 (irretroatividade do novo regime, salvo em relação às ações em andamento atinentes aos tipos culposos extintos) –, reforça o entendimento jurisprudencial supra-apontado, porque o próprio dispositivo ressalva que será "assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução", verbis:

Art. 9º (...) VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Dessa forma, tanto quanto se entendia antes da vigência da Lei 14.230/2021, é ônus do agente público, e não do Estado, demonstrar que a aquisição dos bens ou estilo de vida de valores desproporcionais não ocorreram em razão do exercício do cargo público."

(STJ - REsp: 1923138 RJ 2020/0190437-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2022). (destacou-se)

23. Em que pese a exauriente fundamentação do Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU e a recente posição do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha, a UNAFISCO Nacional propõe a revisão do parecer, sob os seguintes argumentos: (i) a necessidade do dolo específico do agente público para a configuração do ato de improbidade descrito no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429, de 1992; (ii) a necessidade de demonstração, pela Administração, do nexo de causalidade entre o enriquecimento do agente público e o exercício de seu cargo, mandato, função ou emprego público; (iii) a impossibilidade de inversão do ônus da prova ou uso de presunções em desfavor do investigado; (iv) a necessidade de individualização da conduta do investigado, bem como a demonstração do ato que gerou o enriquecimento ilícito.

24. As teses expostas, de antemão conhecidas por este colegiado, foram devidamente abordadas e refutadas no Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU. Ainda assim, para uma melhor compreensão da tese defendida pela CNPAD, os argumentos da associação requerente serão analisados, um a um, nos tópicos subsequentes.

2.1. Dolo específico:

25. De acordo com a UNAFISCO, a Lei nº 14.230, de 2021, ao alterar a Lei de Improbidade Administrativa, passou a exigir o dolo específico na conduta, o que se extrairia da nova redação dada ao art. 1º, § 2º e 11, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.429, de 1992^[4]. Afirma que esse dolo não poderia ser presumido, em razão da redação conferida ao art. 17, § 19, II e 17-C, I, da Lei nº 8.429, de 1992^[5]. Assim, no seu entender, o Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU teria incorrido em contradição ao sustentar que o dolo específico pode ser extraído da própria configuração do ilícito, admitindo a presunção do elemento subjetivo.

26. Equivoca-se a associação requerente. O parecer impugnado não ignora a alteração legislativa que passou a exigir o dolo para a configuração de todos os atos de improbidade da Lei nº 8.429, de 1992 (art. 1º, §2º), e tampouco a necessária demonstração do fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, §§1º e 2º). Pelo contrário, **o Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU defende que, em se tratando do ato de improbidade descrito no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, o dolo genérico sempre foi exigido para a configuração do ilícito e o chamado “especial fim de agir” integrou a própria descrição típica desde a redação original^[6], de modo que a alteração legislativa não justifica a mudança do entendimento já consolidado administrativa e jurisprudencialmente.**

27. O parecer da CNPAD também não defende a presunção do elemento subjetivo. De fato, a culpa em sentido amplo não se presume, sob pena de ofensa à presunção de inocência e caracterização da repudiada responsabilidade objetiva. O que se afirmou no parecer é que, **em se tratando de elemento subjetivo, o dolo se evidencia pela manifesta vontade do agente que, de forma livre e consciente, viola o dever de conformidade patrimonial que lhe é imposto pela relação de especial sujeição. Assim, é aferível pelas circunstâncias externadas pela conduta, como a omissão de rendas, a falsidade da declaração de bens, a sonegação de informações, sua prestação incompleta, a aquisição de bens ou direitos incompatíveis com a renda declarada, a realização de depósitos ou aplicações financeiras em evidente desconformidade com as rendas lícitas e conhecidas do servidor, entre outras, tudo isso a denotar o interesse do agente em dissimular a origem ilícita do patrimônio e enriquecer indevidamente.**

28. Observe-se que a conduta vedada pelo art. 9º, VII, da Lei de Improbidade é a aquisição, mediante a prática de ato doloso, no exercício do cargo e em razão dele, de bens cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Da descrição típica já se infere o intuito de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem, posto que todo acréscimo patrimonial indevido há de beneficiar o agente ou terceiro.

29. Portanto, em se tratando do ato de improbidade descrito no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, o “especial fim de agir” não qualifica a conduta, uma vez que constitui elementar do ilícito. A suposta motivação especial integra a própria descrição típica. Assim, **o elemento subjetivo a ser provado é o dolo de enriquecer ilicitamente mediante a aquisição de bens desproporcionais à renda. Esse dolo pode ser provado pelas circunstâncias que gravitam a conduta, como a omissão ou dissimulação da origem dos bens.** Nesse sentido se firmou a jurisprudência do STJ antes da Lei nº 14.230, de 2021. Veja-se:

Destaque-se ainda que a prática do ato de improbidade previsto no art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992 dispensa a prova do dolo específico, bastando o dolo genérico, que, nos casos de variação patrimonial a descoberto resta evidenciado pela manifesta vontade do agente em realizar conduta contrária ao dever de legalidade, consubstanciada na falta de transparência da evolução patrimonial e da movimentação financeira, conforme já decidiu a 3ª Seção do STJ no julgamento do MS 12.660/DF, rel. Min. Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), julg. em 13/8/2014, Dje 22/8/2014. (Excerto do voto no MS 19.782/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 06/04/2016) (...) 5. O mencionado dispositivo considera improbidade administrativa a conduta genericamente dolosa do agente público de aumentar o patrimônio pessoal sem justificativa legal para tanto, independentemente de sua origem ser por desvio funcional ou qualquer outro tipo de atividade. 6. "A improbidade administrativa consistente em

o servidor público amealhar patrimônio a descoberto independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto. Espécie de improbidade em que basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público" (MS 20.765/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 14.2.2017). No mesmo sentido: MS 18.460/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 21.084/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.12.2016; MS 19.782/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6.4.2016; AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13.11.2015; AgRg no REsp 1.400.571/PR, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 13.10.2015; MS 12.660/DF, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, DJe 22.8.2014; e MS 12.536/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 26/9/2008. 7. **Não há, portanto, no fato típico ímprobo a imposição de que a origem do incremento patrimonial esteja relacionada com desvios no exercício do cargo, o que denota que a hipótese legal considera o simples ato genericamente doloso de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.** (...) (MS 21.708/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 11/09/2019). (destacou-se)

30. Embora o STJ não tenha se manifestado sobre o dolo específico após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, não há razões para vislumbrar a superação do entendimento firmado, pois, como demonstrado, a redação original já exigia o fim de obter proveito indevido para a configuração do ato de improbidade em comento. A alteração legal apenas reforça o entendimento já existente na Administração quanto à tipificação da conduta, cabendo a esta comprovar a existência do dolo, como já vinha fazendo, por meio das circunstâncias que envolvem a prática infracional.

31. Diante do exposto, não se mostra pertinente a irresignação da UNAFISCO contra a caracterização do dolo pelas circunstâncias da conduta, afinal, a relação estatutária exige do servidor um grau especial de sujeição, inclusive a demonstração de sua regularidade patrimonial. O não cumprimento do dever funcional de transparência imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, quando demonstrada a variação patrimonial a descoberto, juntamente com outras circunstâncias, pode evidenciar o dolo de enriquecer ilicitamente. Aliás, conforme reiterada jurisprudência dos tribunais pátrios, a prova do elemento subjetivo não se infere de outro modo. Vejam-se, a propósito, os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INSERÇÃO INDEVIDA DE NÚMEROS DE TÍTULOS ELEITOR NO CADASTRO RECEITA FEDERAL. DOLO CONFIGURADO. ARTIGO 11 DA LIA. SENTENÇA REFORMADA. (...) 4. **A partir de regras de experiência comum, é possível reconhecer a presença de atuar doloso, mesmo nos casos em que testemunhas ou o próprio agente que realizou o ato digam o contrário.** (...) O Homem enquanto ser racional, é dotado de uma característica de difícil apreensão e que o distingue de todos os outros seres vivos: o pensamento. No mundo interior da mente só podemos conhecer o que é transmitido para o mundo exterior, seja de uma forma expressa e directa (comunicação) seja de uma maneira tácita (conduta). Conforme exposto, o dolo enquanto elemento constituído por

uma representação e intenção de perpetuar o facto, pertence aos chamados factos internos ou psíquicos. Daí poder nunca vir a ser conhecido ou apreendido por outro que não o próprio sujeito. (...) (TRF-2. Apel. Cível 01400614820144025101/RJ, Relator: Flavio Oliveira Lucas, Data de Julgamento: 13/09/2019, VICE-PRESIDÊNCIA) (destacou-se)

PENAL. ART. 334, § 1º, c DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADOS. ERROS DE TIPO E DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADOS. RECURSO DESPROVIDO. (...) IV - **A prova do dolo deve ser ele aferido pelas circunstâncias em que praticado o delito**, que, no presente caso, apontam para a plena ciência por parte da acusada da ilicitude de sua conduta. V - Recurso da defesa não provido. (TRF-2. Apel. CRim: 00000545220114025152/RJ, Relator: Marcello Ferreira de Souza Granado, Data de Julgamento: 26/02/2014, 1ª Turma Especializada, Data de Publicação: 01/04/2014) (destacou-se)

PENAL E PROCESSUAL. MOEDA FALSA. INTRODUÇÃO EM CIRCULAÇÃO. ARTIGO 289, § 1º, DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS EXTERNAS. RESPONSABILIDADE CRIMINAL COMPROVADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FORMA PRIVILEGIADA (ART. 289, § 2º, CP). IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Nos crimes de falsum, inexistente possibilidade material de se produzir ampla prova do dolo, devendo o **Magistrado se orientar pelo conjunto das evidências, atendo-se aos indicativos externos que expressam a vontade do agente para aferir a presença, ou não, do elemento subjetivo**. (...). (TRF-4. Apel. CRim: 6028920084047201/SC 0000602-89.2008.4.04.7201, Relator: Salise Monteiro Sanchotene, DJ: 19/03/2013, Sétima Turma) (destacou-se)

2.2. Nexo de causalidade:

32. A UNAFISCO também sustenta que as alterações promovidas no inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa impuseram à Administração a prova do nexo de causalidade entre o enriquecimento do agente público e o exercício de seu cargo, mandato, função ou emprego público. A seu ver, além da desproporção entre o patrimônio e os rendimentos conhecidos, caberia à Administração provar o ilícito que teria ocasionado o enriquecimento do agente público.

33. O argumento da requerente não se sustenta.

34. A alteração textual promovida pela Lei nº 14.230, de 2021, ao inserir as expressões “em razão deles [cargo, mandato, função ou emprego]” no inciso VII do art. 9º não é ociosa. O legislador foi intencionalmente repetitivo, pois a expressão já constava do caput do dispositivo. Pode-se inferir que esse reforço legislativo foi necessário, por, pelo menos, dois motivos.

35. O primeiro motivo consiste em explicitar a necessidade de a Administração comprovar que o enriquecimento indevido tenha sido fruto do período em que o servidor exerce ou exerceu o cargo. Com efeito, como reiteração do comando explicitado já desde a elementar “no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública” constante da redação original, **a inovação legislativa reafirma que o acréscimo patrimonial a descoberto tem que ocorrer durante o exercício do cargo, não antes do ingresso do agente público no cargo/função, nem após a vacância do cargo por ele ocupado**.

36. O segundo motivo consiste em evidenciar que o servidor público pode demonstrar a licitude da origem do acréscimo patrimonial, desvinculando o respectivo acréscimo patrimonial a descoberto do exercício do cargo, no sentido de **apresentar, por outra fonte**

de renda lícita, como aluguéis ou recebimento de herança, o que, hipoteticamente, poderia afastar o enquadramento da situação na improbidade administrativa em apreço.

37. Dessa forma, o legislador conseguiu afastar qualquer dúvida que poderia pairar sobre eventual presunção absoluta na configuração do tipo previsto no art. 9º, inciso VII. Ou seja, mesmo quando comprovado pela Administração o incremento patrimonial significativo incompatível com as fontes de renda do servidor e sem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos –, durante o exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, tal fato não gera a presunção absoluta de enriquecimento ilícito, mas sim presunção relativa, pois o servidor pode apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, demonstrando sua licitude.

38. Outrossim, a exigência de prova do fato antecedente não se coaduna com a *mens legis* do inciso VII do art. 9º, pois implica em sua completa inutilidade já que a conduta ali tipificada é adquirir patrimônio desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público. Ora, não se pode acolher uma solução hermenêutica que esvazie o sentido da norma, tornando-a inaplicável. A interpretação deve extrair utilidade da norma e preservar sua vigência. Ademais, o sistema de combate à improbidade requer a efetividade na preservação da integridade do patrimônio do Estado, como aponta o novo *caput* do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

39. No caso do inciso VII do art. 9º, a presunção de relação com o cargo gerada pela evolução patrimonial não justificada constitui o âmago da norma e se ampara na constatação pragmática de que o rastro do dinheiro aponta o ato de corrupção. Essa solução, resumida na expressão inglesa “*follow the money*”, foi incorporada ao ordenamento internacional, que passou a ordenar a tipificação do enriquecimento ilícito, independente de prova do ato de corrupção. Assim dispõem o art. IX da Convenção Interamericana contra a Corrupção, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, e o art. 20 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006:

Artigo IX

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente. (...) (destacou-se)

Artigo 20

Enriquecimento ilícito

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele. (destacou-se)

40. A tipificação do enriquecimento por patrimônio a descoberto se coaduna com os compromissos internacionais assumidos pela República em prol do combate à corrupção. Perceba-se que ambos os textos atribuem ao servidor o dever de justificar o acréscimo patrimonial incompatível com seus rendimentos, como também o faz a parte final do inciso VII do art. 9º, ao assegurar a demonstração, pelo agente, da licitude da origem da evolução patrimonial incompatível com as rendas conhecidas.

41. Ademais, como observado pela Nota Técnica nº 01/2021 – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão^[7] do Ministério Público Federal, a *“aplicação nos novos dispositivos da Lei nº 14.230/2021 deve ser orientada pela sua interpretação à luz do Sistema Brasileiro Anticorrupção, em harmonia com a Constituição Federal e sua proteção conferida à tutela da probidade, no princípio republicano e no Estado Democrático, assegurados direitos e garantias fundamentais aos investigados/acusados, como sistema administrativo sancionador, bem como à luz de Convenções Internacionais contra a Corrupção, internalizadas no Direito Brasileiro (OCDE, OEA e ONU)”*.

42. Observe-se, ademais, que a probidade administrativa constitui direito fundamental, o que se infere da adoção do Regime Republicano por nossa Constituição (art. 1º, *caput*, c/c art. 5º, §2º, da CR/88). Em se tratando de direito fundamental, as normas internacionais que versam sobre combate à corrupção ganham *status* supralegal, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal^[8]. Implica afirmar que as convenções contra a corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) condicionam a interpretação do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade, impondo ao agente público o dever de explicar a evolução incompatível com seus rendimentos.

43. Entendimento contrário violaria o princípio da proporcionalidade, o qual, além de vedar o excesso, não permite a adoção de medidas insuficientes para a proteção dos direitos fundamentais. Uma vez suprido pela Administração o ônus probatório que lhe recai, exigir-lhe, ainda, a prova de que o patrimônio a descoberto decorre da prática de ato funcional no exercício do cargo ou de um fato específico antecedente representa verdadeiro retrocesso nos sistemas de controle e proteção da moralidade administrativa. Com efeito, dada a evolução cotidiana de sofisticadas técnicas de fraudes de difícil constatação, os instrumentos de combate à corrupção não podem retroceder.

44. Portanto, a única interpretação que preserva a essência e utilidade do art. 9º, VII, da Lei de Improbidade Administrativa e tutela adequadamente o direito fundamental à administração proba é aquela que vem sendo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça desde a redação original do dispositivo e recentemente reafirmada. Veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUDITORA DA RECEITA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INSTAURAÇÃO DO PAD. CAUSA INTERRUPTIVA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. VIOLAÇÃO DE SIGILO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 198, § 1º, II, DO CTN. SINDICÂNCIA PATRIMONIAL. INAPLICABILIDADE. DECRETO QUE REGULAMENTA A LEI 8.429/92, NÃO A LEI N. 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. FALTA DE NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL AO TEMPO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL QUANDO A IMPETRANTE SE ENCONTRAVA PRESA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE DO PAD. EXERCÍCIO DE AMPLA DEFESA. FALTA DE INTIMAÇÃO A CADA DOCUMENTO NOVO JUNTADO AO PAD. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. INDEFERIMENTO DE PROVAS E DILIGÊNCIAS POR SEREM PROTETÓRIAS. REGULARIDADE. ALEGAÇÕES DE DOAÇÕES RECEBIDAS DE GENITOR, DEVIDAMENTE CONSIDERADAS

PELA COMISSÃO PROCESSANTE. PATRIMÔNIO A DESCOBERTO EM ÉPOCA EM QUE A IMPETRANTE EXERCIA CARGO JUNTO À RECEITA FEDERAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...) **10. A jurisprudência deste Superior Tribunal é no sentido de que em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor acusado o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito. Precedentes. (...) 12. A improbidade administrativa consistente em o servidor público amealhar patrimônio a descoberto independe da prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto. Espécie de improbidade em que basta que o patrimônio a descoberto tenha sido amealhado em época em que o servidor exercia cargo público.** Precedente: MS n. 19782-DF, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 06/04/2016. **13. Segurança denegada. (STJ - MS: 20765 DF 2014/0019045-4, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/02/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/02/2017). (destacou-se).**

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EVOLUÇÃO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. ART. 9º, VII, DA LEI 8.429/1992. CONDUTA ÍMPROBA. PROVA DA ORIGEM LÍCITA. ÔNUS DO AGENTE PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONTRARIEDADE À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. HISTÓRICO DA DEMANDA (...) **.4. Evolução patrimonial a descoberto, manifestada por bens materiais, despesas ou estilo de vida incompatíveis com rendimentos efetivamente recebidos, independe de alegação ou prova pelo Estado de conduta ilícita do servidor público. Ao revés, incumbe a este o ônus de cabalmente justificar a origem e a legitimidade do capital ou meios exibidos. Precedentes do STJ .5. Vale destacar que a nova redação do art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992, conferida pela Lei 14.230/2021 - em que pese inaplicável ao caso presente ante os limites do quanto decidido pelo STF no Tema 1.199 (irretroatividade do novo regime, salvo em relação às ações em andamento atinentes aos tipos culposos extintos) -, reforça o entendimento jurisprudencial supra-apontado, porque o próprio dispositivo ressalva que será "assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução". (...)** (STJ - REsp: 1923138 RJ 2020/0190437-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2022). (destacou-se)

2.3. Ônus probatório e presunção de inocência:

45. Prosseguindo com sua argumentação, a UNAFISCO alega que a interpretação proposta pela CNPAD encontraria óbice na nova redação dada aos artigos 17, §19, II e 17-C, I, da Lei nº 8.429, de 1992. Sustenta a impossibilidade de inversão do ônus da prova ou uso de presunções em desfavor do investigado.

46. Ao que indica a linha de argumentação exposta pela associação requerente, foi conferida interpretação equivocada ao Parecer n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU. Não se sustentou a inversão do ônus da prova, proscrita pelo art. 17, §19, II, da Lei nº 8.429, de 1992. Tampouco se defendeu o uso da presunção *hominis* como atalho de fundamentação, o que é vedado pelo art. 17-C, I, da Lei nº 8.429, de 1992. Explica-se.

47. No mencionado parecer, a CNPAD sustentou que a interpretação do conjunto de normas integrantes do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, seja sob a vigência da redação original da Lei de Improbidade, seja após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, permite concluir que, em matéria de enriquecimento ilícito, cabe à Administração comprovar o incremento patrimonial significativo e incompatível com as fontes de renda do servidor. Por outro lado, é do servidor o ônus de demonstrar a licitude da evolução patrimonial constatada pela Administração, sob pena de configuração de improbidade administrativa.

48. O ônus probatório imposto ao servidor pressupõe anterior prova, pela Administração, de evolução patrimonial significativa em descompasso com os rendimentos declarados. Esse ônus se justifica pela quebra do dever legal de transparência pelo servidor investigado.

49. A questão se resume, então, ao ônus probatório, o qual incumbe à Administração o dever de comprovar: **1) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial, 2) que ele é significativo/efetivamente desproporcional; 3) que este incremento é incompatível com as fontes de renda lícitas e conhecidas do servidor; 4) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos; e 5) que o incremento ou variação ocorreu no período em que exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública.** Após todas essas provas pela Administração, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor apresentar sua justificativa para o aumento patrimonial, no sentido de demonstrar a sua licitude, podendo, a título exemplificativo, desvincular o respectivo acréscimo patrimonial do exercício do cargo, de modo a, por exemplo, comprovar outra fonte de renda lícita. Se o servidor as apresenta, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações, para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.

50. Os servidores públicos, por lidarem com bens e interesses coletivos, devem prestar contas não só dos seus atos funcionais, mas da sua evolução patrimonial. É o que prescrevem o art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e o art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, *in verbis*:

Lei nº 8.429, de 1992 (com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) ^[9]

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à **apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza**, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

Lei nº 8.730, de 1993

Art. 1º É obrigatória a **apresentação de declaração de bens**, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados: (...) (destacou-se)

51. O dever de transparência quanto à evolução patrimonial é de tal modo relevante que a legislação comina a pena de demissão aos servidores faltosos e até mesmo crime de responsabilidade aos agentes políticos, como se infere do art. 13, § 3º, da Lei nº 8.429, de 1992, e do art. 3º da Lei nº 8.730, de 1993:

Lei nº 8.429, de 1992 (com a redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Art. 13. (...)

§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa.

Lei nº 8.730, de 1993

Art. 3º **A não apresentação da declaração** a que se refere o art. 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses, a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:

- a) **crime de responsabilidade**, para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e demais autoridades previstas em lei especial, observadas suas disposições; ou
- b) infração político-administrativa, **crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função**, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica. (destacou-se)

52. Perceba-se, ainda, que a Lei nº 8.730, de 1993, atribui ao servidor o dever de indicar a origem dos recursos que tenham propiciado eventual acréscimo apurado em variação patrimonial e faculta ao órgão de controle exigir provas da legitimidade da procedência dos bens e rendas no período relativo à declaração:

Art. 2º A declaração a que se refere o artigo anterior, excluídos os objetos e utensílios de uso doméstico de módico valor, constará de relação pormenorizada dos bens imóveis, móveis, semoventes, títulos ou valores mobiliários, direitos sobre veículos automóveis, embarcações ou aeronaves e dinheiros ou aplicações financeiras que, no País ou no exterior, constituam, separadamente, o patrimônio do declarante e de seus dependentes, na data respectiva. (...)

§ 5º Relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo. (...)

§ 7º O Tribunal de Contas da União poderá:

- a) expedir instruções sobre formulários da declaração e prazos máximos de remessa de sua cópia;
- b) **exigir, a qualquer tempo, a comprovação da legitimidade da procedência dos bens e rendas acrescidos ao patrimônio no período relativo à declaração.**

53. Como visto, a legislação não deixa margem de dúvida sobre o ônus do servidor de indicar a origem dos recursos que sustentam sua evolução patrimonial não respaldada nos rendimentos conhecidos, normas que seguem válidas após a edição da Lei nº 14.230, de 2021. Os dispositivos citados reforçam a tese da corrente dominante na doutrina e na jurisprudência, segundo a qual o enriquecimento ilícito tipificado no art. 9º, VII, da Lei de Improbidade não implica em inversão do ônus da prova, mas em distribuição equitativa desse ônus, com amparo legal. É o que sustentam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Compete ao autor o ônus de provar a aquisição de bens de valor desproporcional à renda do agente, sendo este o fato indicante; o fato indicado, por sua vez, é o enriquecimento ilícito, o qual é desdobramento lógico daquele. **A evolução patrimonial dos agentes públicos, consoante**

o art. 13 da Lei nº 8.429/1992, é objeto de rigoroso controle, o que reforça a assertiva de que rendimentos percebidos e bens adquiridos devem evoluir de forma correlata, sendo indício veemente de enriquecimento ilícito e, *ipso facto*, de improbidade, a dissonância existente entre a evolução patrimonial do agente e a contraprestação que lhe fora paga pelo Poder Público pelos serviços prestados. Em casos tais, será flagrante que o ímprobo auferiu vantagens indevidas em razão de sua condição de agente público, o que, por si só, infringe a moralidade administrativa.

Não há que se falar em inversão do ônus da prova, restando ao agente público demandado, unicamente, o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão do autor, o que deflui da própria sistemática vigente (art. 333, II, do CPC). Essa conclusão é robustecida pelo disposto no art. 2º, § 5º, da Lei nº 8.730/1993, segundo o qual, "relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo". (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 327) (destacou-se)

54. O que se extrai da interpretação sistemática das Leis nº 8.429, de 1992, e nº 8.730, de 1993, é a **justa distribuição do ônus probatório**, corolário do princípio da paridade de armas^[10]. Enquanto a primeira parte do inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, atribui à Administração o ônus de provar o patrimônio a descoberto durante o exercício do cargo, o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, cumulado com a parte final do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429, de 1992, impõe ao servidor o ônus de provar a origem lícita da variação patrimonial. Outorga-se, assim, ao servidor uma segunda chance de cumprir o dever de transparência imposto pelo art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, e pelo art. 1º da Lei nº 8.730, de 1992, do qual não se desincumbiu a tempo e modo.

55. Portanto, a presunção de ilicitude do enriquecimento só se aplica em caso de omissão do servidor quanto ao dever legal de explicar as fontes dos ingressos. Trata-se de presunção relativa legalmente prevista. Tal presunção não se identifica com aquela vedada pelo art.17-C, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

56. O art.17-C da Lei nº 8.429, de 1992, trata dos requisitos da sentença proferida nas ações civis de improbidade administrativa. O aludido inciso I impõe ao magistrado o dever de indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos dos atos de improbidade previstos na lei, os quais não podem ser presumidos. A norma impede o magistrado de se valer de atalhos na fundamentação, mediante recurso à *praesumptio hominis*, mas não altera o ônus probatório e as presunções legais dele resultantes, as denominadas *praesumptio iuris*. Mesmo porque a Lei nº 14.230, de 2021, não revogou o art. 2º, §5º, da Lei nº 8.730, de 1993, que impõe ao servidor o ônus da prova sobre a licitude da variação patrimonial. Ao contrário, reafirmou tal ônus na parte final do inciso VII, do art. 9º, da Lei nº 8.429, de 1992, como demonstrou recentemente o Ministro Herman Benjamin no voto do condutor do Recurso Especial nº 1.923.138-DF:

(...) Vale destacar que a nova redação do art. 9º, VII, da Lei 8.429/1992, conferida pela Lei 14.230/2021 – em que pese inaplicável ao caso presente ante os limites do quanto decidido pelo STF no Tema 1.199 (irretroatividade do novo regime, salvo em relação às ações em andamento atinentes aos tipos culposos extintos) –, reforça o entendimento jurisprudencial supra-apontado, porque o próprio

dispositivo ressalva que será "assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução", verbis:

Art. 9º (...) VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Dessa forma, tanto quanto se entendia antes da vigência da Lei 14.230/2021, é ônus do agente público, e não do Estado, demonstrar que a aquisição dos bens ou estilo de vida de valores desproporcionais não ocorreram em razão do exercício do cargo público.” (STJ - REsp: 1923138 RJ 2020/0190437-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2022). (destacou-se)

57. Desse modo, não se pode acolher a argumentação da UNAFISCO, porquanto dissociada de uma visão integrada do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa a que alude o art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992^[11].

2.4. Individualização da conduta:

58. Por fim, a associação requerente sustenta a necessidade de individualização da conduta do investigado, bem como a demonstração do ato que gerou o enriquecimento ilícito para a configuração do ilícito previsto no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992. A tese se ampara no combatido argumento da impossibilidade de presunção de ilicitude da evolução patrimonial não explicada.

59. O art. 9º, VII, da Lei nº 8.429, de 1992, considera improbidade administrativa a conduta dolosa do agente público de aumentar o patrimônio pessoal sem justificativa legal para tanto. A falta de justificativa razoável faz presumir a relação do enriquecimento com o exercício do cargo. A Lei de Improbidade não impõe à Administração a prova de relação direta entre aquilo que é ilicitamente feito pelo servidor no desempenho do cargo e seu patrimônio a descoberto, o que retiraria toda a utilidade do dispositivo. Não haveria motivos para a Administração apurar o acréscimo patrimonial se pudesse provar, de antemão, o ato de corrupção. Este bastaria para a tipificação da conduta como ato de improbidade em outro tipo infracional.

60. O dispositivo em questão somente encontra sentido e utilidade se adequadamente distribuído o ônus probatório, na linha do que prescrevem a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, acima citadas. O servidor investigado tem o dever legal de transparência patrimonial, assim como a obrigação de declinar a origem dos bens desproporcionais à sua renda declarada. Exigir prova do ato de corrupção gerador do enriquecimento é ignorar tais preceitos normativos.

61. Não há, portanto, no fato típico ímprobo a imposição de que a origem do incremento patrimonial esteja relacionada com desvios no exercício do cargo, o que denota que a hipótese legal considera o simples ato doloso de ostentar patrimônio incompatível com a renda auferida e não justificado legalmente como ato grave violador do princípio da moralidade administrativa.

62. Estão demonstradas, assim, as razões pelas quais não há de prosperar o pedido de revisão formulado pela UNAFISCO Nacional. Por outro lado, o pleito denota a controvérsia sobre a interpretação a ser conferida ao art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429 de 1992, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 14.230, de 2021. Essa questão tem potencial para gerar entendimentos divergentes no seio da Administração, levando a diferentes decisões

administrativas em casos similares, com prejuízos irreparáveis à isonomia entre os servidores acusados e à segurança jurídica esperada na condução dos processos administrativos.

63. Desse modo, considerando-se que a igualdade perante a lei e a segurança jurídica são vetores da Administração Pública, consoante o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal e o art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), bem como diante do respaldo jurisprudencial^[12] conferido à tese aqui esposada, mostra-se relevante que se confirmem efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal ao presente opinativo, nos termos do **art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993**.

III - CONCLUSÃO

64. Ante o exposto, uma vez devidamente contestados os argumentos da tese revisional e demonstrado o recente alinhamento do Superior Tribunal de Justiça à tese defendida pela Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares, não merece prosperar a argumentação externada pela Requerente, de modo que deve ser indeferido o pedido de revisão do PARECER n. 00001/2022/CNPAD/CGU/AGU.

65. Ademais, com vistas a se atribuir efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal ao posicionamento consubstanciado neste opinativo, propõe-se a adoção do procedimento previsto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, de modo a se entender que, em relação à interpretação do disposto no art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/1992, com redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021:

a) a nova redação conferida ao dispositivo incorporou o entendimento jurisprudencial e administrativo consolidado, dispensando a prova do ato ilícito ensejador do enriquecimento;

b) o dolo do tipo está na vontade e consciência de adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, dispensada outra motivação especial;

c) a nova redação atribuída ao dispositivo reforça a presunção legal de que a variação patrimonial a descoberto tem relação com o exercício do cargo e sua licitude deve ser provada pelo servidor; e

d) quanto ao ônus probatório, incumbe à Administração Pública provar (i) a efetiva ocorrência do incremento patrimonial do servidor público, (ii) que esse incremento é significativo/efetivamente desproporcional com as suas fontes de renda lícitas e conhecidas, (iii) que ele não tem causa válida – outros rendimentos lícitos e conhecidos e (iv) que o incremento ou variação adveio do período em que o servidor público exerce ou exerceu mandato, cargo, emprego ou função pública, de modo que, provadas essas circunstâncias, opera a presunção legal relativa de que o enriquecimento é ilícito e cabe ao servidor público provar a licitude do incremento patrimonial apurado. Se o servidor público justifica o incremento patrimonial, cabe à Administração avaliar a veracidade das explicações para aceitá-las ou afastá-las, fundamentadamente, de acordo com a prova constante dos autos.

À consideração superior.

Brasília, 26 de março de 2024.

Guilherme Raso Marques
Procurador da Fazenda Nacional
Relator

Mila Kothe
Procuradora da Fazenda Nacional
Relatora

[1] Vide, a propósito, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

[2] “Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo: (...) III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;”.

[3] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se firmou nesse sentido. Vide, a propósito, o Mandado de Segurança nº 20.765 - DF, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 08/02/2017, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 14/02/2017 e Mandado de Segurança nº 19782 - DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 09/12/2015, S1 - Primeira Seção, Data de Publicação: DJe 06/04/2016.

[4] Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (...)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (...)

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. (...)

[5] Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (...)

§ 19. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:

I - a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia;

II - a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

III - o ajuizamento de mais de uma ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato, competindo ao Conselho Nacional do Ministério Público dirimir conflitos de atribuições entre membros de Ministérios Públicos distintos; IV - o reexame obrigatório da sentença de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito. (...)

Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

I - indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos; (...)

[6] Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; (...)

[7] Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>

[8] Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.

[9] A obrigação de declaração de bens já constava na redação original da Lei de Improbidade Administrativa nos seguintes termos: *“Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.”*

[10] O princípio da paridade de armas foi positivado no CPC/15 nos seguintes termos: *“Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”*

[11] Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

[12] STJ - REsp: 1923138 RJ 2020/0190437-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2022.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688012643202319 e da chave de acesso e4759761

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 04-04-2024 12:20. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por MILA KOTHE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MILA KOTHE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-04-2024 15:21. Número de Série:

65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-04-2024 15:31. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-04-2024 09:29. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da

autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 29-03-2024 02:10. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 28-03-2024 14:56. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES, com certificado A1

institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 27-03-2024 16:39. Número de Série:

65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 27-03-2024 12:47. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 27-03-2024 07:55. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1451611799 e chave de acesso e4759761 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 26-03-2024 18:24. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1

11 - INASSIDUIDADE HABITUAL

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova de ausência de justa causa, na inassiduidade habitual, incumbe à Administração.

PARECER AGU Nº GQ-122

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 10.4.97*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 04000.000010/94-78

ORIGEM: Ministério do Exército

ASSUNTO: Apuração de faltas ao serviço e descaracterização de infração disciplinar.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-2/97, de 21 de março de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de abril de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-2/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-122)

EMENTA: O elemento conceitual “sem justa causa” é imprescindível à configuração do ilícito inassiduidade habitual a que alude o art. 139 da Lei nº 8.112, de 1990.

PARECER

Ocupante do cargo de Auxiliar de Enfermagem, do Quadro Permanente do Ministério do Exército, faltou ao serviço por sessenta dias interpolados, no período de um ano, advindo, desse fato, a instauração do presente processo disciplinar.

2. Pareceu à comissão apuradora que o servidor teria incorrido na prática da infração denominada inassiduidade habitual, resultando dessa ilação o encaminhamento dos autos à Presidência da República, a fim de que fosse aplicada a penalidade expulsiva. Entretanto, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil emitiu a Nota SAJ nº 623/97 - LR, contrária à caracterização do ilícito atribuído ao indiciado.

3. Face a essa divergência, é encarecido o pronunciamento desta Advocacia-Geral da União.

4. A imputação de responsabilidade administrativa a servidor regido pela Lei nº 8.112, de 1990, por ter praticado inassiduidade habitual, não prescinde obviamente da interpretação da norma de regência desse instituto, que possui o seguinte teor:

Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.

5. São, pois, elementos constitutivos da infração as sessenta faltas interpoladas, cometidas no período de um ano, e a inexistência da justa causa. Para considerar-se caracterizada a inassiduidade habitual é necessário que ocorram esses dois requisitos, de

forma cumulativa. O total de sessenta faltas, por si só, não exclui a verificação da justa causa.

6. Incumbe ao colegiado apurar se a conduta do servidor se ajusta ou não a essa prescrição legal. Para tanto, deve pautar sua atuação pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos, razão por que lhe é atribuído o poder de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, com vistas à obtenção de provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos.

(Nota: O presente Parecer é anterior à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de inassiduidade habitual.)

7. Esse escopo norteou os trabalhos da c.i, no caso, porém há de ser observado que, no relatório de fls. 80/2, sucinto e singelo, o colegiado assim responsabilizou o servidor e concluiu, *verbis*:

“D) Responsabilidade: De todo exposto, somos de opinião: 1 - Quanto ao acusado: a) Que o indiciado não utilizou de recursos da Medicina do Trabalho e do próprio Hospital Central do Exército para que suas faltas fossem justificadas, visto que a grande maioria de suas faltas deveu-se a problemas de saúde própria. b) Que o indiciado em sua defesa (Sindicância). (pág. 10), declara que nunca teve a oportunidade de fazer um tratamento sério.

E) Conclusões: Definida a situação do acusado, concluímos: a) Que o indiciado infringiu o art. 139, da Lei nº 8.112/90 - RJU. b) Que ao indiciado devido aos problemas de saúde apresentados seja dada uma nova chance. c) Que seja atendida a solicitação de transferência para uma OM mais próxima de sua residência.”

8. Não obstante afigurarem-se antinômicas a conclusão da prática da infração e a proposta de que ao indiciado *“devido aos problemas de saúde apresentados seja dada uma nova chance”* e *“seja atendida a solicitação de transferência para uma OM mais próxima de sua residência”*, se bem examinadas, denotar-se-á que essas sugestões provêm do contexto do processo disciplinar e do vigor do senso de justiça que presidiu a atuação dos membros do colegiado, na apreciação dos fatos e na adequação destes ao tipo da infração contido no transcrito art. 139. A cogitada demissão repugnou à consciência da comissão processante, por isso que contrária à noção do justo e do injusto e, por certo, aos membros do colegiado não ocorreu a idéia de que a viabilidade jurídica da punição depende da verificação de que o servidor faltou ao trabalho sem justa causa.

9. Ao invés do que se verifica no processo de revisão, onde o ônus da prova cabe ao requerente (v. o art. 175 da Lei nº 8.112), posto que o ato punitivo goza da presunção de legalidade, competia à Administração, através da comissão de inquérito, de par com as incontestes ausências ao serviço, demonstrar que o indiciado assim agiu sem justa causa.

10. Nessa linha de raciocínio remansosa, Ivan Barbosa Rigolin expressa sua opinião, com o seguinte jaez:

“No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed, p. 285)

11. Comunga nesse entendimento Hely Lopes de Meirelles, pois, aludindo à instrução, asseverou que nos *“processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar”* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, 20ª ed, p. 591).

12. Na espécie, devem ser assinalados os seguintes aspectos, posto que sobremaneira relevantes para o julgamento do processo:

a) na conformidade das alegações do servidor, esteve ausente dos serviços *“por problemas de saúde, distância de sua residência em relação ao trabalho e também problemas de saúde de sua genitora”* (1ª página do parecer nº 19 A/1, emitido pela Diretoria de Pessoal Civil do Ministério do Exército);

b) na fl. 2 do mesmo parecer, é realçada a justificativa, apresentada pelo indiciado, de que este *“não procurava o setor de Medicina do Trabalho do HCE, por ser difícil sair do plantão noturno e esperar o médico chegar, que sempre fez tratamento fora, sem querer apresentar atestado médico”*;

c) as testemunhas, ouvidas pelo colegiado, *“foram unânimes ao afirmar que o servidor sempre se queixava de problemas com a saúde”* (fl. 2 do aludido parecer nº 19 A/1);

d) já no curso do processo disciplinar, o interessado foi submetido a exames por juntas médicas oficiais, que assim concluíram:

“Exame e parecer da clínica ortopédica queixa principal - dor na coluna H.D.A - paciente relata que, há muitos anos, vem sofrendo dor em região lombar, que se irradia para mis. Relata fazer tratamento de artrose lombar em hospital civil. Exame físico - sem alteração. Exame radiológico - osteoartrose em coluna lombar. (em anexo). Diagnóstico - 715.1 = artrose lombar. Compatível. Parecer - apto para o exercício de suas funções. Convém ser avaliado pelo serviço de medicina física e reabilitação.” (f. 70)

“Diagnóstico 715.1 (setecentos e quinze ponto um). Compatível com o serviço público. Rev 75 OMS. Parecer apto para o serviço público. Observações inspecionado para fins de: Verificação de aptidão física (Inq. Adm.). Enc 762-MT de 20-4-94. 1º) Necessita de tratamento fisioterápico e nível ambulatorial. 2º) Considerar como licença o período compreendido entre 20-4-94 até a presente data (emissão de parecer conclusivo).” (f. 72)

13. Muito embora as perícias médicas tenham atestado que, na época dos exames, o servidor estava apto para manter-se na atividade, também evidenciaram anomalia no seu estado físico, inclusive concedendo-se-lhe quinze dias de licença. No entanto, não focalizaram esses aspectos, em relação à saúde do indiciado na data em que ocorreram as faltas ao serviço.

14. A própria comissão apuradora salienta a relevância dos males alegados pelo servidor, quando não só afirma *“que a grande maioria de suas faltas deveu-se a problemas de saúde própria”*, como também propõe seja-lhe *“dada uma nova chance”*, em decorrência dos *“problemas de saúde apresentados”* (f. 80).

15. Inexiste, nos autos, qualquer elemento de convicção que infirme a credibilidade das afirmações de que as dificuldades de saúde foram motivos determinantes das ausências do servidor.

16. Esses aspectos sobrelevam a ilação de que se não logrou demonstrar a inexistência de justa causa para as faltas. Se é verdade que, a seu exclusivo talante, o servidor *“não*

utilizou de recursos da Medicina do Trabalho e do próprio Hospital Central do Exército para que suas faltas fossem justificadas”, numa conduta indesejável, esse comportamento, impeditivo do exame médico e, se fosse o caso, do licenciamento, não tem força bastante para caracterizar o elemento da tipificação infracional “sem justa causa”. A consequência proveniente desse comportamento consiste no desconto das parcelas remuneratórias, correspondentes aos dias em que o indiciado não trabalhou.

17. Mesmo que subsistisse dúvida em relação à veracidade das causas das faltas ao trabalho, militar a ela em benefício do indiciado e desautorizaria a aplicação do castigo, dado que não seria esta a solução mais benigna.

18. Vez que emerge dos autos a comprovação das faltas, contudo sem a demonstração de que foram praticadas sem justa causa, não restou caracterizada a inassiduidade habitual de que adviria o poder-dever de a autoridade pública aplicar a penalidade. Destarte, o presente processo disciplinar deverá de ser arquivado.

Sub censura.

Brasília, 21 de março de 1997.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova de ausência de justa causa, na inassiduidade habitual, incumbe à Administração. Pedido de reconsideração e revisão processual.

PARECER AGU Nº GQ-147

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 27.4.98”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 10168.001291/95-93 (apenso processo nº 10168.005541/96-81)

ORIGEM: Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Reexame de processo administrativo disciplinar. Decisão presidencial que decretou a demissão de servidor.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-4/98, de 23 de abril de 1998, da lavra da Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 27 de abril de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-4/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-147)

EMENTA: I - Recurso impróprio que, apresentado dentro do prazo legal, pode ser recebido como pedido de reconsideração.

II - No Processo Administrativo Disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração.

III - Para a configuração da inassiduidade habitual imputada ao servidor era imprescindível a prova da ausência de justa causa para as faltas ao serviço. A Comissão Processante não produziu a prova, limitando-se a refutar as alegações do servidor. Inverteram-se as posições, tendo a Comissão presumido a ausência de justa causa, deixando ao servidor a incumbência de provar sua ocorrência.

IV - Não provada a ausência de justa causa, não seria de aplicar-se a penalidade extrema ao servidor

V - O pedido de revisão deve ser provido para invalidar a demissão do servidor, com a sua conseqüente reintegração, na forma do art. 28 da Lei nº 8.112, de 1990.

I - RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado a esta Instituição pela Presidência da República (Aviso nº 10, de 5 de janeiro de 1998, do Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, interino), em face da controvérsia entre a proposição do Ministério da Fazenda e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil.

2. Por Decreto de 6 de novembro de 1996 (DOU 7/11/96, p. 8.111), tendo em vista o disposto nos arts. 141, I, 132, III, e 139 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1998, e o que consta do Processo nº 10168.001291/95-93, (...), matrícula nº 2.425.745-1, foi demitido do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, por inassiduidade habitual.

3. Em 9 de dezembro de 1996, protocolou no Ministério da Fazenda petição dirigida ao superior hierárquico (Processo nº 10168.005541/96-81, em apenso), solicitando as providências para que o “recurso”, que juntou, dirigido ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, fosse encaminhado à apreciação do Chefe do Poder Executivo (fls. 1/5).

4. Na manifestação final do Ministério da Fazenda (fls. 242/246), considerou-se que o “recurso” tempestivo mas inadmissível por ausência de autoridade superior para apreciá-lo, poderia ser recebido como pedido de reconsideração nos termos do art. 106 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo desnecessária a existência de fatos novos, uma vez confrontados os arts. 106 e 174 da mesma Lei. Conclui aquela Pasta que lhe cabia tão somente encaminhar o pedido de reconsideração à autoridade que proferira a decisão, sem emitir qualquer pronunciamento.

5. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República (fls. 248/249) concluiu que, do exame a que procedeu, verifica-se a presença dos requisitos básicos à apresentação do pedido de revisão: o interessado aduziu fatos novos capazes de elidirem as razões que fundamentaram o ato punitivo e a tempestividade na apresentação do pedido de revisão.

6. E completou: *“Cabe ao Requerente o ônus da prova no processo revisional. No presente recurso estão apontados fatos novos capazes de modificar a decisão recorrida e justificar as faltas que deram causa à demissão, razão pela qual os mesmos devem ser apurados. Entendemos que o recurso em questão deva ser recebido como pedido de revisão para que seja dada a oportunidade do requerente apresentar nova defesa e arrolar testemunhas que justifiquem os fatos apresentados e não apreciados no processo originário. Para tanto, se aprovada esta Nota pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, deve o processo retornar ao órgão de origem para que seja nomeada Comissão Revisora.”*

II - PARECER

7. O pedido do Requerente deve ser interpretado para chegar-se à conclusão de sua correta classificação. O servidor chamou de Recurso o documento cujo encaminhamento ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República solicitou ao Exmo. Sr. Secretário da Receita Federal. No “Recurso”, volta a alegar a existência *“de sérias perturbações de saúde por ele sofridas à época, amplamente documentadas por pareceres e laudos de especialistas. O servidor foi realmente acometido, ao final de 1994, de múltiplas manifestações somáticas, com reflexos no trato digestivo, superior (úlceras gástricas, duodenite erosiva, gastrite crônica) e inferior (síndrome funcional motora do aparelho digestivo, desencadeada por conflitos funcionais severos), no recrudescimento da hipoglicemia e da espondilalgia das quais é portador, e em disfunções fisiológicas cutâneas. Pareceres de psicólogas, anexados ao processo, atribuíram as patologias a ‘forte pressão ambiental’, definindo-as como ‘reações psicossomáticas originárias de condicionamento propiciado pelo ambiente de trabalho’. Caracterizavam, portanto, motivos de força maior, a justificar o não comparecimento do servidor no período. A origem somática destes problemas de saúde, por outro lado, explica não ter tomado providências como o registro de justificação das faltas antes que se completassem os trinta dias consecutivos de ausência.”* (Fls. 2, Processo nº 10168.005541/96-81)

8. Os fatos novos que, no entender da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República justificariam o pedido de revisão seriam os relativos à sua preocupação com problemas de graves perdas fiscais e cambiais para o País e sua impotência para sanar tais irregularidades, uma vez que suas propostas eram *“relegadas ou dadas como desnecessárias”*. Além disso, relata sucintamente episódio, iniciado em junho de 1994, que culminou, em dezembro do mesmo ano, na aprovação de textos internacionais, cujos

documentos não teriam sido encaminhados, na sua totalidade, ao Congresso, gerando, com isso, no seu entendimento, prejuízo para o Brasil que teria incorporado à sua legislação texto diverso do que foi aprovado multilateralmente. Nesse contexto, faz referência ainda ao Grupo de Trabalho que teria sido criado pela Portaria Interministerial nº 702, de 28 de dezembro de 1994.

9. Estes fatos, entretanto, ainda que *en passant*, foram ventilados no Processo Disciplinar (ver, por exemplo, em seu depoimento às fls. 66 *in fine*, e 67). O servidor também requereu (fls. 93) providências no sentido de que fossem fornecidas cópias do Relatório Final, e respectivos anexos, do Grupo de Trabalho Interministerial criado pela Portaria nº 702, de 1994, e relatórios e registros escritos dos trabalhos desenvolvidos com relação a uma minuta de Medida Provisória. O requerimento foi indeferido pela Comissão. Os fatos, portanto não são novos a justificar a Revisão do Processo (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 174).

10. Resta, então, averiguar do cabimento do pedido de reconsideração. O pedido de reconsideração nada mais é que o “recurso” dirigido à mesma autoridade que prolatou a decisão. É um pedido de reexame. O servidor pede que a seu “recurso” seja atribuído efeito suspensivo. Ora, só o recurso e o pedido de reconsideração podem ser recebidos com efeito suspensivo (art. 109 e par. único, Lei 8.112, de 1990). No pedido de reconsideração, não há necessidade de que sejam aduzidos fatos novos. Pede-se, apenas, o reexame da decisão. O “recurso” do Requerente deve, pois, ser recebido como pedido de reconsideração. Como salientou o Ministério da Fazenda, é tempestivo. E, além disso, o caso é passível de revisão *ex officio*.

11. Ao servidor foi imputada a infração administrativa capitulada no art. 132, III, inassiduidade habitual, assim definida no art. 139 da Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.

12. São dois os elementos constitutivos da infração: a) a falta ao serviço por sessenta dias, interpoladamente, no período de doze meses e b) a inexistência da justa causa. Os requisitos são cumulativos. A inassiduidade ao serviço difere do abandono de cargo:

“As faltas interpoladas ao serviço, em número de sessenta no período de doze meses, constituem infração punível com a pena de demissão (...), mas não caracterizam o abandono no seu sentido doutrinário, por falta do ‘animus’ de deixá-lo. Realmente, as sucessivas reassunções interrompidas revelam desinteresse, uma relegação a segundo plano do cargo ou função pública, pelo que a pena expulsiva se justifica, já que à Administração não interessa manter em seus quadros o funcionário assim tão sem assiduidade, ao mesmo tempo que a medida vem servir de escarmento aos que apresentem a mesma tendência. Mas a figura não é de abandono, até porque não corresponde ao delito criminal da mesma denominação (art. 323 do Código Penal). Mas como o próprio Estatuto vigente não permite a pena de demissão sem processo administrativo (...), o inquérito nesses casos serve para apurar se as faltas interpoladas são realmente injustificáveis (...) pois o simples registro mecânico ou burocratizado das faltas para as quais o interessado não haja porventura pleiteado ou obtido a justificação, não poderia autorizar uma pena tão elevada que acarretasse a perda do cargo.” (Alberto Bonfim, O Processo Administrativo, São Paulo: Freitas Bastos, 1963, p. 71-72. Comentando o Estatuto anterior que tinha disposição semelhante à do art. 139 da Lei nº 8.112, de 1990)

13. O ônus da prova de ausência de justa causa para as faltas incumbe à Administração, por intermédio da Comissão Processante. É a lição que se extrai de Rigolin:

“No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.” (Ivan Barbosa Rigolin, Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 283)

14. Da mesma forma, Hely Lopes Meirelles, ao referir-se à instrução, concluiu que nos *“processos punitivos, as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar.”* (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1995, 20ª ed., p. 591)

15. Recentemente, esta Instituição já teve oportunidade de afirmar que *“No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração”* (Pareceres nº GQ-122, de 10 de abril de 1997, nº GQ-136, de 26 de janeiro de 1998).

16. Deve-se, então, averiguar se a Administração produziu a prova da ausência de justa causa para as sessenta faltas interpoladas. Para isso, examinemos o Relatório de fls. 132/141.

(Nota: O presente Parecer menciona fatos anteriores à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de inassiduidade habitual.)

17. Inicialmente, resume a Comissão os depoimentos prestados pelos três últimos Chefes imediatos do indiciado, da ex-esposa e do próprio servidor. Todos convocados pela Comissão e não indicados pelo servidor. Em seguida, às fls. 136, a Comissão informa que, diante das afirmações de que o servidor era acometido de várias doenças, algumas das quais de cunho psicossomático, solicitou à autoridade instauradora do Procedimento Disciplinar o encaminhamento do pedido de avaliação médica à Seção de Assistência e Benefícios, tendo em síntese a Junta Médica concluído que *“Não há como afirmar sobre a sua (do servidor) capacitação ou não para o trabalho no período entre novembro de 1994 e junho de 1995, tendo em vista que a sua patologia pode ser compatível com as atividades laborativas, a título de praxiterapia (se o ambiente não é adverso), se não há intercorrência grave (perfuração, sangramento) e quando médico e paciente estão de acordo quanto ao benefício presumível do trabalho”* (Relatório da Comissão, fls. 136 e Laudo fls. 77)

17.1 Às fls. 136, depois de transcrever a conclusão da Junta Médica, a Comissão afirmou:

“Assim, a Junta Médica nada apontou que pudesse justificar a ausência do retrocitado servidor ao serviço por período tão longo.”

17.2 *Data venia*, se a Junta Médica nada apontou que pudesse justificar a ausência, como diz a Comissão; por outro lado, não afirmou que o servidor estava em condições de trabalhar, que não tinha razão para faltar. Ao contrário, a Junta Médica não foi conclusiva, tendo sido categórica ao dizer que não tinha elementos suficientes para afirmar a capacidade ou a incapacidade laborativa do servidor durante o período de sua ausência ao trabalho. Vale repetir o texto supra:

“Não há como afirmar sobre a sua (do servidor) capacitação ou não para o trabalho no período entre novembro de 1994 e junho de 1995 tendo em vista que sua patologia pode ser compatível com atividades laborativas a

título de praxiterapia (se o ambiente não é adverso), se não há intercorrência grave (perfuração, sangramento) e quando médico e paciente estão de acordo quanto ao benefício presumível do trabalho.”

17.3 Laudo psicológico de fls. 102, depois de registrar que em *“outubro de 1994, o paciente procurou ajuda psicoterápica queixando-se de insônia, dificuldade de concentração, irritabilidade e distúrbios orgânicos comprovados através de exames médicos”*, diagnosticou: *“Impulsividade social, dificuldades de relacionamento interpessoal ocasionando necessidade de isolamento, reações psicossomáticas originárias de condicionamento propiciado pelo ambiente de trabalho, distúrbios emocionais”*.

17.4 O ambiente adverso a que se referiu a Junta Médica foi detectado pelo Laudo Psicológico (reações psicossomáticas originárias de condicionamento propiciado pelo ambiente de trabalho) que diagnosticou *“necessidade de isolamento”*.

17.5 Para propiciar a conclusão a que chegou a Comissão, a Junta deveria ter afirmado que o servidor tinha condições de comparecer ao trabalho no período das faltas verificadas. E isso não ocorreu.

18. Às fls. 138, item 2.3, examinando as alegações do servidor quanto ao seu quadro clínico (úlceras gástricas em atividade, duodenite erosiva, gastrite crônica, hérnia hiatal (...) com forte componente psicossomático (...) portador de espondilalgia, agravada por períodos de stress), a Comissão ponderou:

“Relativamente aos argumentos expendidos acima, ficou evidenciado que, mesmo que parte dessas doenças tivessem acometido simultaneamente o indiciado, no período de sua ausência ao serviço, elas não seriam suficientes bastante para impedir que o mesmo procurasse ser atendido e medicado no Serviço Médico do Ministério ou na rede hospitalar local, conseguindo amparo nos respectivos atestados médicos, o que certamente poderia ter evitado a situação por que veio a passar o servidor, bem como teria evitado a abertura desse feito disciplinar.” (fls. 138)

18.1 Ora, em primeiro lugar, não se cuida de averiguar se o indiciado estava ou não em condições de procurar médico e providenciar atestado, mas de provar a inexistência de justa causa para a ausência ao trabalho. E os problemas de saúde foram devidamente comprovados por vários documentos, a maioria dos quais providenciada pela própria Comissão:

a) afirmação da Junta Médica Regional de que o servidor tem prontuário médico na Seção de Assistência e Benefícios-Secab, desde 1º de dezembro de 1980 (fls. 76, nº 1); que do prontuário consta resultado de endoscopia que aponta a existência de úlcera gástrica e duodenite erosiva em novembro de 1994 e 14 de junho de 1995 (fls. 76, nº 2); que o prontuário registra diversos atendimentos no período entre novembro de 1994 até junho de 1995 (fls. 76, nº 3);

b) ratificação, pela Junta Médica Nacional dos trabalhos efetuados pela Junta Médica Regional (fls. 129);

c) atestado de junho de 1995, subscrito pelo Dr. F. F. Ginani, de que, por encaminhamento médico o paciente foi atendido na Clínica em 27/10/94 para investigação de quadro de diarreia e dor abdominal. Trazia na ocasião relatório de gastroenterologista, referindo gastrite e medicação: antak, lorax, (...) E após descrição dos procedimentos realizados: Foi assumido o diagnóstico de síndrome motora funcional do aparelho digestivo, desencadeado por conflitos emocionais severos (...) e que retorna à consulta em 26/06/95, com recrudescimento dos sintomas (...) (fls. 98/99);

d) o resultado de teste projetivo de personalidade apontou que o servidor estava sofrendo forte pressão ambiental, o que provocava ansiedade e irritabilidade nos contatos sociais e tendências à somatização (fls. 101);

e) o Laudo Psicológico diagnosticou (...) dificuldades de relacionamento interpessoal ocasionando necessidade de isolamento, reações psicossomáticas originárias de condicionamento propiciado pelo ambiente de trabalho, distúrbios emocionais (fls. 102; destaquei);

f) exames laboratoriais (fls. 103/106);

g) atestado de ortopedista de que o servidor é portador de espondilalgia postural, agravada por períodos de stress (...) sendo que suas alterações radiológicas são voltadas para um processo degenerativo da coluna ... (fls. 107);

h) atestado médico manuscrito quase ilegível, indicando, também, os medicamentos que foram ministrados ao paciente (fls. 115);

i) atestado de que o servidor foi atendido em 17/11/94 na Fundação Hospitalar do Distrito Federal (fls. 168).

18.2 Por último, quanto a esta parte, diz a Comissão: *“mesmo que parte dessas doenças tivessem acometido simultaneamente o indiciado, no período de sua ausência ao serviço ...”* Mais uma vez, *data venia*, a Comissão se equivocou ao deixar dúvida quanto à ocorrência, no período em questão, dos problemas de saúde, devidamente comprovados, inclusive com documentos públicos que ela mesma se encarregou de carrear para os autos.

19. À argumentação do indiciado de que o laudo psicológico afirma que o funcionário está sofrendo forte pressão ambiental, o que provoca ansiedade e irritabilidade nos contatos sociais (fls. 138, item 2.1), a Comissão trabalha com hipóteses e até questiona a sinceridade e verdade de laudo psicológico: *“A supra argumentação do indiciado não tem consistência, tendo em vista que não há como cogitar-se de o mesmo estar sofrendo forte pressão ambiental em relação ao trabalhos e, sequer a ele, o servidor comparece. Se há ansiedade, esta deve ser provinda da ociosidade laborativa e do sentimento de insegurança gerado em razão das prováveis conseqüências de seu ato, e, se irritabilidade nos contatos sociais existe, esta pode muito bem ser decorrente do convívio acadêmico, tendo em vista que o indiciado freqüentou na ocasião o seu curso de direito ...”*

19.1 Além do que foi dito no item anterior, registre-se que não há nos autos nem afirmação e muito menos prova de que o indiciado tenha freqüentado as aulas do curso de Direito no período das faltas ao trabalho - há apenas a afirmação de que ele cursava Direito. E, ainda que houvesse, o Laudo se refere expressamente a ambiente de trabalho (fls. 102). Da mesma forma que o trabalho, o estudo pode ser terapia, se o ambiente não é adverso. Se à Comissão não pareceu suficiente o Laudo Psicológico deveria ter providenciado outro mais satisfatório. A ela não cabe, s.m.j., contraditar e julgar o Laudo. O indiciado foi submetido a exames justamente pela incapacidade técnica de a Comissão avaliar seu quadro clínico e psicológico.

20. Às fls. 139, item 2.4, a propósito, mais uma vez, das alegações do servidor quanto a seu estado de saúde, diz a Comissão:

“Consoante assertiva da Junta Médica em resposta à contestação da defesa (às fls. 111/113), não há como esta Comissão de Inquérito aceitar as alegações acima, em virtude de clara e precisa afirmação de que não havia evidência de prejuízo ou limitação da capacidade laborativa do Servidor em referência. O que denota relevante para esta Comissão de Inquérito é que o servidor, mesmo que eventualmente portador de doenças, estas poderiam

ser compatíveis com atividades laborativas, e por mais adverso que pudesse ser o ambiente, não estava impedido de comparecer diante de um médico e expor-lhe sua situação, nesta situação, sim, caso fosse confirmada a doença reclamada pelo servidor, este tranqüilamente conseguiria uma licença médica, através de um atestado que comprovasse a incapacidade do indiciado para o trabalho.”

20.1 Diversamente do que diz a Comissão, não houve clara e precisa afirmação de que não havia evidência de prejuízo ou limitação da capacidade laborativa do servidor em referência. Ao contrário, a Junta Médica, atestou que não tinha condições de dizer se ele estava ou não incapacitado para o serviço no período de suas faltas. É conveniente reler a conclusão da Junta Médica:

“Não há como afirmar sobre a sua (do servidor) capacitação ou não para o trabalho no período entre novembro de 1994 e junho de 1995 tendo em vista que sua patologia pode ser compatível com atividades laborativas a título de praxiterapia (se o ambiente não é adverso), se não há intercorrência grave (perfuração, sangramento) e quando médico e paciente estão de acordo quanto ao benefício presumível do trabalho.”

20.2 E mais uma vez, a Comissão coloca em dúvida a fartamente comprovada existência das doenças: *“mesmo que eventualmente portador de doenças ...”*

20.3 Se a Comissão, ao dizer que o servidor tinha capacidade laborativa, estava referindo-se ao documento da Junta Médica Nacional (fls.129), datado de 29 de setembro de 1995, lá esta dito:

- “1. No momento, o periciando goza de saúde física e mental e encontra-se apto para suas atividades laborativas;
2. Os atestados e resultados de exames anexados não chegaram, na ocasião, ao conhecimento da SECAB/DAMF/DF;
3. As patologias apresentadas pelo servidor em atestados médicos e resultados de exames não incapacita (sic), para sua atividade laborativa, pelo período alegado de 03 (três) meses;
4. Esta Junta Médica, está portanto de pleno acordo com o parecer da Junta Médica Regional, SECAB/DAMF/DF.”

20.4 A concessão de licença médica, com documento atestando a incapacidade para a atividade laborativa, além de justificar a ausência ao trabalho, elidindo a infração administrativa, impede também o corte de vencimento. Diversa é a justa causa para a simples ausência: o ponto é cortado nos dias a que a servidor faltou; não há, porém, o registro de infração. São distintas as duas situações.

21. Às fls. 140, mais uma vez ainda, refutando o pedido de arquivamento do processo, com abono das faltas lançadas, em consequência do seu estado de saúde, volta a Comissão a afirmar que *“... a Junta Médica Nacional manifesta-se ratificando o entendimento da Junta Médica Regional, com o posicionamento de que o servidor (...) goza de saúde física e mental e encontra-se apto para suas atividades laborativas”*. É válido, quanto a esta afirmação, o que já foi dito nos itens 20.1 e 20.3: em 29 de setembro de 1995, afirma a Junta Nacional que *“No momento”*, ou seja, naquela data, em 29 de setembro de 1995, *“o periciando gozava de saúde física e mental e encontrava-se apto para suas atividades laborativas”*. E ratifica o entendimento da Junta Regional de que *“Não há como afirmar sobre a sua (do servidor) capacitação ou não para o trabalho no período entre novembro de 1994 e junho de 1995.”*

22. Após analisar a defesa do indiciado, a Comissão procede à responsabilização do servidor e conclui:

“Considerando o fato de não ter sido carreado (sic) para os autos nenhuma prova ou argumentação que implicasse em desclassificação ou alteração do enquadramento disciplinar concernente à conduta infratora do indiciado, circunstanciada e tipificada através da Instrução e Indiciação, anexo às fls. 81/82. Considerando, ainda, os elementos de prova apontados, na Instrução e Indiciação, esta Comissão, com amparo no art. 165 e parágrafos da Lei nº 8.112/90, propõe que o indiciado (...), matrícula 2.425.741-1, ocupante do Cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, lotado na Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, em Brasília-DF, seja demitido do Serviço Público Federal, com base no artigo 132, inciso III da Lei nº 8.112/90, pelo cometimento da transgressão prevista no inciso X do artigo 116 do mesmo Diploma Legal.”

23. Coroando a série de equívocos em que incorreu no Relatório, a Comissão deixa claro que presumiu a culpabilidade do servidor deixando a ele a incumbência de provar sua inocência. Como foi dito, no processo administrativo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração, autora do procedimento. No caso dos autos, inverteram-se as posições: o acusador nada prova e exige que o acusado demonstre sua inocência.

24. Deve-se registrar que, no caso em pauta, trata-se de servidor com mais de vinte anos de serviço, tendo gozado licença-prêmio por assiduidade ao serviço (fls. 49) e sempre cumpridor de suas obrigações. Do Relatório da Comissão, consta resumo de depoimentos dos seus três últimos chefes imediatos (fls. 133/134) que foram unâimes em afirmar que o funcionário sempre demonstrou grande interesse pelo serviço, desempenhando bem suas tarefas, sendo dado a pesquisas de alto nível e produzindo bons trabalhos de utilidade para a repartição.

Todos eles disseram ou saber de sua doença ou mesmo atribuir suas faltas ao serviço aos problemas de saúde enfrentados, uma vez que não era desidioso no cumprimento de duas tarefas:

a) “que de início, o servidor demonstrou grande interesse e que desempenhou bem suas tarefas, sendo o referido servidor capaz e muito bom em pesquisas, e tendo sido na época muito útil à Corin (Coordenação de Relações Internacionais), porém que a partir do mês de setembro ou outubro de 1994, começaram a surgir os problemas, com relação ao cumprimento das tarefas que lhe eram atribuídas, agravando-se mais ainda, por ter observado que o Servidor passou a evitar contatos com a Chefia da Coordenação, não restando outra alternativa que não fosse colocar o funcionário à disposição da Copol; (...) afirmou que soube através do próprio servidor, que o mesmo estava com problemas de saúde; (...) ... acha o comportamento do mesmo bastante estranho, pois o servidor não tinha um comportamento relapso ou desidioso, já que pesquisava bastante, não conseguindo, ultimamente, no entanto, concluir objetivamente seus trabalhos.” ((...), que o convidou para trabalhar sob sua Chefia porque ele apresentava o perfil de servidor de que necessitava; fls. 28/29, depoimento. Ver fls. 133, Relatório da Comissão, item nº 1);

b) “... que o funcionário era assíduo, responsável e que demonstrou ser muito capaz, tendo muitas vezes deixado transparecer um alto grau de preparo intelectual e cultural, bem como procurado sempre cumprir com zelo as tarefas recebidas, embora, em alguns casos, tenha produzido aquém de sua capacidade; (...) Perguntado pelo Presidente da Comissão se o servidor comparecia ao trabalho com assiduidade, Respondeu que sim; (...)

que demonstrou grande aptidão, especificamente na área de comércio exterior, apresentando trabalhos considerados de alto nível, principalmente na área de valoração aduaneira, no âmbito do GATT (...); que soube através do próprio servidor que o mesmo estava com alguns problemas de saúde, lembrando-se mais precisamente de haver falado em problemas de coluna; (...) que afirma achar anormal o comportamento do servidor..." ((...), que também foi Chefe do indiciado; depoimento, fls. 30/31. Ver Relatório da Comissão, fls. 133/134, item nº 2);

c) "... que o funcionário não era muito assíduo, chegando a tirar algumas licenças médicas, mas se recorda que ele realizou um trabalho de grande importância, que foi a elaboração de um programa de fiscalização da indústria farmacêutica, considerando ser o servidor bastante preparado, inteligente, com bom grau de preparo intelectual; (...) que o servidor não era muito assíduo, mas não chegava a extremos. No entanto, em freqüentes ocasiões, extrapolava o horário normal de trabalho; (...) que buscava muitas informações em órgãos externos, especificamente na área do comércio exterior; (...)) que o servidor tomava medicamentos com freqüência e que sua pasta, tipo 007, sempre estava com expressiva quantidade de medicamentos; Perguntado ao declarante se é do seu conhecimento algum fato que possa justificar ou explicar o comportamento do servidor de ausência continuada ao serviço na repartição, Respondeu que imagina que seja em decorrência de problemas de saúde." ((...), ex-Chefe do servidor, depoimento, fls. 35/36. Ver Relatório, fls. 134, item nº 3).

25. Não logrou a Comissão provar que o servidor se dedicava a outras atividades ou que tinha outra fonte de renda que não a proveniente do cargo que ocupava. Sua ex-esposa, convocada pela Comissão, confirmou a dedicação ao trabalho: *"Perguntado à depoente se ela observou no servidor (...) tendências para estudos, pesquisas ou outros trabalhos, se o mesmo estudava ou trabalhava até altas horas da noite ou da madrugada, Respondeu que sempre, desde que o conhece, observou isso, especialmente quando se tratava de assuntos que o interessava a fundo (...) Perguntado à depoente se sabe informar se o servidor (...) tem algum problema de saúde, ou se foi submetido a algum tratamento médico, Respondeu que sim, com certeza, no final do ano passado (1994)"* (Depoimento, fls. 46/47. Ver Relatório da Comissão, fls. 134, item nº 4).

26. As provas documentais carreadas para os autos (Laudos Médico e Psicológico, resultado do teste de projeção de personalidade, atestados médicos de profissionais do serviço médico do Órgão, particulares e da rede pública, exames laboratoriais, prontuário médico do paciente no serviço médico do Órgão) corroboram as afirmações do servidor e os depoimentos de testemunhas sobre a existência de problemas de saúde - físicos e psicológicos - no período das faltas que lhe foram imputadas. Poderia ele ter requerido licença médica, impedindo o corte de vencimentos e a anotação de falta, ou poderia, apenas, justificar, com atestado médico, sua ausência, tendo corte em seus vencimentos, mas impedindo o registro da falta disciplinar em seus assentamentos funcionais. Nada fez.

Em hipóteses como essa, no caso de inassiduidade habitual, é instaurado o processo administrativo disciplinar para apurar se inexistiu justa causa para as faltas ao serviço, isto é, se o servidor, ao faltar, demonstrou desinteresse pelo serviço, se se dedicou a outras atividades que lhe fossem mais vantajosas, se realizou outros trabalhos com os quais pudesse ter obtido outras fontes de renda, etc. *Data venia*, o que ficou demonstrado nos autos foi sempre o grande interesse pelo serviço (tendência para a pesquisa, iniciativa para trabalhos, coleta de dados e informações em outros órgãos, inclusive externos, pesquisa em outras bibliotecas, como as do Senado Federal e Câmara dos Deputados, trabalhos

realizados em casa à noite e até de madrugada, alta produção intelectual, realização de trabalhos de grande utilidade para a repartição) e a existência, no período das faltas, de problemas de saúde (físicos e psicológicos) atestados por médicos e psicólogos, corroborados por exames laboratoriais, e declarados do conhecimento de todas as testemunhas arroladas pela Comissão. Se tais problemas de saúde eram ou não suficientes para justificar as faltas ao serviço cabia à Junta Médica dizer. Ela concluiu que: *“Não há como afirmar sobre a sua capacitação ou não para o trabalho no período entre novembro de 1994 e junho de 1995 ...”* Não há, pois, nos autos, prova da inexistência de justa causa para as faltas.

27. Em resumo, cabe registrar que a conclusão da Comissão não está de acordo com as provas coletadas. O pedido de reconsideração deve ser aceito para invalidar a pena de demissão com a conseqüente reintegração do servidor, na forma do art. 28 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. É o que me parece. À consideração superior.

Brasília, 23 de abril de 1998.

Mirtô Fraga
Consultora da União

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova de ausência de justa causa, na inassiduidade habitual, incumbe à Administração. Relatório contrário à prova dos autos não vincula o julgador.

PARECER AGU Nº GQ-156

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 25.6.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00001.007657/97-94

ORIGEM: Ministério do Exército

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Controvérsia Jurídica entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército (Parecer nº 1022-97-CJMEEx, de 30.06.97) e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 3060/97-SAJ/PR/JM, de 25.09.97), decorrente da proposta de demissão do servidor (...), por inassiduidade habitual, feita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-2/98, de 5 de maio de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 25 de junho de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-2/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-156)

EMENTA: Processo Administrativo Disciplinar nº 427/97 - GMEX. O relatório conclusivo da Comissão de Inquérito, que o conduziu, se acha díssono com os documentos que integram os autos. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora, no caso o Chefe do Poder Executivo, poderá, motivadamente, isentar o servidor de responsabilidade (cf. o art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90).

PARECER

Senhor Doutor Advogado-Geral da União,

O Exmo. Sr. Ministro de Estado da Casa Civil da Presidência da República (Interino), por meio do Aviso nº 08, de 05.01.98, solicitou a audiência desta Instituição sobre a matéria tratada nos autos nº 00001.007657/97-94, um volume, em face da controvérsia jurídica entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército (Parecer nº 1022-97-CJMEEx, de 30.06.97) e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 3060/97-SAJ/PR/JM, de 25.09.97), em decorrência de proposta de demissão do servidor (...), por inassiduidade habitual, feita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército.

2. A seguir, trago à colação, em seu inteiro teor, o Parecer nº 1022-97/CJMEX, de 30.06.97, da Consultoria Jurídica do Ministério do Exército, bem assim a Exposição de Motivos nº 034/CJMEX, de 13.08.97, do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército, para melhor compreensão da matéria sob análise. Primeiramente, então, sobredito

pronunciamento jurídico da lavra da Dra. Celuta Alkmim, Assessora Jurídica, com o visto e o de acordo do Dr. Altair Pedro Pires da Motta, Consultor Jurídico da referida Secretaria de Estado.

“Exmo. Sr. Ministro:

1. Trata-se de processo disciplinar instaurado para apurar faltas ao serviço cometidas pelo servidor (...), Assistente C&T, 2.III, Classe B, Padrão III (NI), matrícula no Siape nº 56876, CP nº 392.381, do Quadro de Pessoal Civil deste Ministério.
2. A autoridade instauradora propõe a demissão em causa por inassiduidade habitual, na forma do art. 132, inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, por ter faltado ao serviço, sem motivo justificado, por período superior a 60 (sessenta) dias interpoladamente durante 12 meses (134 faltas interpoladas no período de maio de 1995 a abril de 1996 - fls. 38 a 61).
3. Regularmente citado (fls. 97), o indiciado não ofereceu defesa (fls. 98), a qual foi apresentada por defensor dativo (fls. 101 e 104/5), não prosperando, contudo, as razões nela contidas.
4. A hipótese é, pois, de ocorrência de inassiduidade habitual, cabendo a expedição de ato de demissão na forma dos artigos 141, inciso I, 132, inciso III, e 139 da lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, razão pela qual opino pela remessa do presente processo à elevada consideração do Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

É o parecer.”

Ao processo retro, segue-se a Exposição de Motivos nº 034/CJMEX, de 11.08.97, do Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército, Gen. Zenildo Gonzaga Zoroastro de Lucena, com a proposta de demissão do servidor infrator à Chefia do Poder Executivo, *verbis*:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República

Foi instaurado no âmbito do Ministério do Exército processo disciplinar para apurar responsabilidade do servidor civil (...), decorrente de faltas ao serviço, sem causa justificada.

2. Apurou-se no inquérito administrativo, em que foi assegurado amplo direito de defesa, a ocorrência de inassiduidade habitual.
3. Trata-se, pois, de hipótese de demissão do servidor em causa, com fundamento no art. 132, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.
4. Assim, tenho a honra de encaminhar à elevada consideração de Vossa Excelência o incluso processo de demissão de (...), servidor civil deste Ministério.”

3. Conduzidos os autos do Processo Administrativo Disciplinar em epígrafe à superior apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para o conseqüente julgamento e expedição do ato demissório, a Casa Civil achou de bom alvitre ouvir a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República que, por meio da Nota nº 3060/97-SAJ/PR-JM, de 25.09.97, da lavra do Dr. José Osvaldo Fiuza de Moraes (Assessor Jurídico) com a concordância, do Dr. Francisco Luiz de Bessa Leite, Subchefe (Substituto) entendeu que:

“2. A proposta de demissão em apreço é decorrente, de certa forma, da conclusão a que se chegou a Comissão Processante, nos termos do relatório

de fls. 106/109, e do pronunciamento da Consultoria Jurídica do sobredito Ministério, a teor do que se vê no incluso Parecer nº 1022-97/CJMEX, de 30/06/97, fls. 116/117.

3. Com efeito, a conclusão do trio processante, a meu ver, é divergente dos documentos carreados para os autos e não se coaduna com os fatos narrados no próprio Relatório, cuja transcrição se faz oportuna, conforme segue:

‘Relatório Exmo. Gen. Bda. Paulo Roberto Brum de Moraes, Diretor de Pessoal Civil do Departamento Geral/Diretoria de Pessoal Civil do Ministério do Exército.

a) Intróito: Honrado pela designação de V. Ex^a para integrar a Comissão de Inquérito, incumbida de apurar os fatos relacionados com as irregularidades cometidas pelo servidor civil (...), Asst. C&T 2III, B III, matrícula Siape nº 0056876, lotado no Instituto de Projetos Especiais, ora vimos apresentar o respectivo relatório, após a audiência de 04 (quatro) testemunhas e da realização de 01 (uma) diligência para notificar o acusado.

b) Antecedentes: Vieram os fatos ao conhecimento de V. Ex^a em virtude da Sindicância (mandada proceder pela Portaria nº 001/96, de 15 abr 96, do Diretor do IPE, e encerrada em 30 abr 96, conforme fls. 11 a 30), ter constatado que o servidor (...) acumula 60 (sessenta) faltas, consecutivas e não justificadas ao serviço, no período de 22 fev 96 a 21 abr 96, ou seja, no período de 03 (três) meses, o que caracteriza abandono de cargo, segundo o art. 138 da Lei nº 8.112/90, pelo que V. Ex^a. houve por bem baixar a Portaria nº 434-DCP, de 11 nov 96, designando-nos, para em Comissão, apurar as irregularidades apontadas.

c) Os Fatos: Do que foi possível a esta Comissão apurar, verifica-se:

a) o indiciado, (...), acumulou 134 (cento e trinta e quatro) dias de faltas, não justificadas e não consecutivas, ao serviço, num período de 12 (doze) meses, a contar de 01 mai 95 a 30 abr 96, conforme documentação fornecida pela SSP/IPE (fls. 38 a 61);

b) o indiciado, (...), acumulou 38 (trinta e oito) dias de faltas, não justificadas e consecutivas, ao serviço, no período de 12 mar a 18 abr 96, conforme documentação fornecida pela SSP/IPE (fls. 38 a 61);

c) o indiciado, segundo as testemunhas, apresentava sinais de desequilíbrio emocional (fls. 78 a 85);

d) o indiciado, segundo seu chefe imediato, (...), faltava ao serviço sem apresentar justificativas (fls. 78 e 79);

e) o indiciado, segundo a testemunha (...), médico do IPE, apresentava por ocasião de uma visita médica realizada em sua residência, quadro gripal intenso além de pico hipertensivo e agitação psicomotora. Segundo a mesma testemunha, o indiciado apresentava indícios de distúrbios psicoemocionais, que poderiam inclusive, prejudicar o seu relacionamento com outros servidores (fls. 84 e 85);

f) o indiciado foi encaminhado à Junta Médica Especial que, em 22 out 96, emitiu o Parecer ‘Incapaz temporariamente para o exercício de sua função...’, baseando-se no seguinte Diagnóstico: 305.0 e 308.0 (Ver 75.OMS), conforme fl. 92;

g) o indiciado foi novamente encaminhado à Junta Médica Especial, em 17 dez 96, ocasião em que foi declarado 'Apto para o exercício de suas funções', conforme Parecer baseado no mesmo Diagnóstico: 305.0 e 308.0 (Ver 75.OMS), conforme fl. 93;

h) o indiciado, tendo sido notificado e convidado a comparecer, em 10 dez 96, para prestar depoimento, não atendeu a notificação (fl. 87). Em consequência, foi realizada uma diligência, à residência do acusado, com objetivo de inquiri-lo o que não foi possível, devido a sua declaração de que não estava em condições de prestar depoimento (fl. 88);

i) o indiciado, em 18 dez 96, declarou por escrito não ter condições de prestar depoimento (fl. 89); e

j) o indiciado, tendo sido regularmente citado, deixou de apresentar sua defesa (fls. 97 e 98).

d) Responsabilidade: De todo o exposto, somos de opinião quanto ao indiciado (...):

a) que o servidor faltou a mais de 60 (sessenta) dias (total de cento e trinta quatro), sem justificativa, num período de 12 (doze) meses (fls. 38 a 61);

b) que o servidor faltou a mais de 30 (trinta) dias consecutivos (total de trinta e oito) sem justificativa;

c) que as faltas na sindicância, apontadas pelo Sr. Defensor Dativo (fls. 104 e 105), não justificam a arquivação do processo, face aos 134 (cento e trinta e quatro) dias de faltas, num período de 12 (doze) meses, que são comprovados através da documentação fornecida pela SSPC/IPE (fls. 39 a 61);

d) que os problemas de saúde, a que se refere o Sr. Defensor Dativo (fls. 104 e 105), como tendo sido observados em relação ao servidor indiciado, são comprovados somente por prova testemunhal, uma vez que o servidor, naquele período (01 mar 95 a 30 abr 96), não foi submetido a avaliação de médico especializado. Assim sendo, estas provas não são suficientes para justificar as faltas ao serviço; e

e) a segunda Junta Médica, JISGu/VM, a que foi submetido o servidor, em 17 dez 96, declarou que o mesmo estava apto para o exercício de suas funções (fl. 93), e desta forma mentalmente capaz de responder ao presente Processo Administrativo.

f) Conclusões: Definida a situação do indiciado, concluímos que: O indiciado, (...), não cumpriu o seu dever conforme previsto no art. 116 inciso X da Lei nº 8.11/90 (RJU) 'ser assíduo e pontual ao serviço', portanto, incorreu na proibição prevista no art. 117, inciso XV, da mesma Lei 'proceder de forma desidiosa', proibição esta, caracteriza: abandono de cargo, conforme o art. 138 e como inassiduidade habitual, conforme o art. 139 da citda Lei.

g) Final: Com a certeza de haveremos envidado todos os esforços para bem cumprir o mandado que V. Ex^a. nos conferiu, apresentamo-lhes nossas respeitadas saudações.

Rio de Janeiro, RJ, 15 de janeiro de 1997'

4. É de se ressaltar que todas as testemunhas, inclusive um médico, em serviço, foram unânimes em afirmar que o acusado apresentava sinais de desequilíbrio emocional, conforme, aliás, foi narrado no supracitado Relatório.

5. E o que fez a Administração para avaliar, na oportunidade em que ocorreram os fatos, as condições de saúde do indiciado? Nada. Somente em outubro e dezembro de 1996, é que o acusado foi submetido à Junta Médica Militar. E mesmo assim, o que ocorreu, em consequência disso, foi um diagnóstico absurdo, sob o aspecto de tomada de decisões, uma vez que para o mesmo diagnóstico, o acusado foi considerado 'incapaz temporariamente para o exercício da função', tendo-se lhe concedido 30 dias de licença para tratamento, conforme consta do primeiro laudo médico, fls. 092 e 'apto para o exercício de suas funções', fls. 93, de acordo com o segundo laudo.

6. Ao responsabilizar o acusado, a Comissão justificou 'Que os problemas de saúde, a que se refere o Sr. Defensor Dativo (fls. 104 e 105), como tendo sido observados em relação ao servidor indiciado, são comprovados somente por prova testemunhal, uma vez que o servidor, naquele período (01 mai 95 a 30 abr 96) não foi submetido a avaliação de médico especializado. Assim sendo, estas provas não são suficientes para justificar as faltas ao serviço...'.

6.1. Nesse ponto, data venia, há uma patente falha da Comissão, pois a alegada falta de prova relativa a avaliação médica no período indicado, decorreu da própria omissão da Administração, a quem caberia produzir tal prova. A nossa boa doutrina é incontroversa nesse sentido. Assim é que Ivan Barbosa Rigolin escreveu:

'No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.' (Comentários ao Regime Único do Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2a. ed., p. 285)

6.2. O saudoso e sempre festejado Hely Lopes Meirelles emprestou ao tema o mesmo entendimento dado pelo Prof. Ivan Barbosa, assim se posicionando:

'Nos processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar.' (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, 20ª ed., p. 591)

7. Em face do exposto e não tendo o Relatório Final da Comissão Processante guardado consonância às provas dos autos, entendo que, sob o aspecto jurídico, o melhor desfecho para o Processo Disciplinar em apreço é o não acatamento do Relatório da Comissão, a teor do disposto no parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a consequente absolvição do acusado."

4. Convém ressaltar, de início, que a conclusão a que chegou a Comissão Processante, nos termos do seu Relatório (de fls. 106 *usque* 109, dos autos), é no sentido de demitir o acusado por inassiduidade habitual, tendo sido incurso na penalidade prevista no art. 132, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, por ter se ausentado do serviço, injustificadamente, por período superior a sessenta (60) dias, interpoladamente, durante doze (12) meses no período de maio de 1995 a abril de 1996 (cf. fls. 38 *usque* 61, dos autos).

5. Não se justifica - a meu ver - a aplicação da pena, com rigor literal, ao servidor em foco, porque a própria Comissão, no seu Relatório, apresentou motivos dirimentes (ou

atenuantes) que obstam a imposição da cominação máxima, de previsão estatutária, porquanto, asseverou, baseada em testemunhas, que o indiciado apresentava sinais de desequilíbrio emocional (fls. 78 *usque* 85).

(Nota: O presente Parecer menciona fatos anteriores à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de inassiduidade habitual.)

6. Noutra oportunidade, ainda referindo-se ao estado psicofísico do indiciado, consignou (às fls. 84 e 85, dos autos) que ele, segundo a testemunha (...), médico do IPE, apresentava por ocasião de uma visita médica em sua residência, quadro gripal intenso além de pico hipertensivo e agitação psicomotora. Segundo a mesma testemunha, o indiciado apresentava indícios de distúrbios psicoemocionais que poderiam inclusive, prejudicar o seu relacionamento com outros servidores.

7. Ora, como se não bastassem as assertivas acima feitas, ainda, a Comissão Processante relata que o indiciado foi encaminhado à Junta Médica Especial que, em 22 out 96 emitiu o Parecer “*Incapaz temporariamente para o exercício de sua função...*”, baseando-se no seguinte diagnóstico: 305.0 e 308.0 (ver 75.OMS), conforme fl. 92; e, que o indiciado foi novamente encaminhado à Junta Médica Especial, em 17 dez 96, ocasião em que foi declarado “*Apto para o exercício de suas funções*”, conforme Parecer baseado no mesmo Diagnóstico: 305.0 e 308.0 (ver 75.OMS), conforme fls. 93, dos autos).

8. Como se percebe pela leitura de ambos os laudos ofertados pela Junta Médica Especial (o de 22.10.96 e o de 17.12.96), houve uma gritante incoerência entre esses pareceres, e, ainda, baseados na mesma classificação das doenças catalogadas pela Organização Mundial da Saúde.

9. Em tais condições, não se pode admitir a aplicação da pena capital (demissão) a um servidor que, no mínimo, padece de males tais como, desequilíbrio emocional, pico hipertensivo, agitação psicomotora, distúrbios psicoemocionais, capazes inclusive, de prejudicar o seu relacionamento com outros servidores.

10. Desse modo, a pena de demissão (*in casu*) não tem cabimento; serviria, se aplicada, para desativar um doente que necessita de cuidados médicos.

11. Cabe ao Estado (de um modo geral) como administrador, propiciar assistência (*lato sensu*) a seus servidores; se as doenças ocorrerem, não faz sentido defenestrá-los do serviço público ativo, por meio de atos demissórios. Esta seria, na realidade, uma posição extremada da Administração, alheia à conceituação das doenças constatadas, por exemplo, no servidor acusado.

12. Desse modo, o Relatório Conclusivo, apresentado pela Comissão Processante, não teve consonância com as provas dos autos, uma vez que os argumentos produzidos na sobredita peça, que conduziram a autoridade competente, no caso o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército, a sugerir ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República que expeça o ato de demissão do acusado por inassiduidade habitual, não se prestam como elementos ensejadores da aplicação da pena máxima, elencada na Lei nº 8.112/90.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

13. Na sistemática da livre apreciação das provas, a autoridade julgadora, na espécie o Chefe do Poder Executivo, não fica vinculada às conclusões da Comissão Processante,

podendo, se lhe convier e na formação de sua convicção, julgar em sentido contrário, desde que para tal mister o autorizem as provas existentes nos autos do processo.

14. E sendo assim, levando-se em consideração que o relatório conclusivo - peça capital para a decisão presidencial - não guardou consonância com as provas dos autos - porquanto houve falhas clamorosas no iter apuratório, sou de opinião, que se deva levar em consideração as sugestões estampadas na Nota nº 3.060/97-SAJ/PR/JM, de 25.09.97, e com supedâneo no disposto no art. 168 e parágrafo único da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, isentar o servidor acusado da responsabilidade que se lhe imputou, uma vez que se presume a sua inculpabilidade, tendo em vista, principalmente, os seus problemas de saúde, que não foram, diga-se de passagem, avaliados por junta médica especializada, designada para tal mister.

Sub censura.

Brasília, 05 de maio de 1998.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Abandono de cargo e inassiduidade habitual requerem comprovação, por parte da Administração, de que faltas foram intencionais ou sem justa causa.

PARECER AGU Nº GQ-160

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 10.8.98”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 12/08/98, pg. 5 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 25265.001151/95-76

ORIGEM: Ministério da Saúde/FNS

ASSUNTO: Apuração de faltas ao serviço e descaracterização de infrações disciplinares.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-15/98, de 31 de julho de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de agosto de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-15/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-160)

EMENTA: Os elementos conceituais “ausência intencional” e “sem justa causa” são imprescindíveis à configuração dos ilícitos respectivamente abandono de cargo e inassiduidade habitual a que se referem os arts. 138 e 139 da Lei nº 8.112, de 1990.

PARECER

Servidor do quadro de pessoal da Fundação Nacional de Saúde faltou oitenta dias ao trabalho, de maneira interpolada, no período que medeia setembro de 1994 e julho de 1995, e, sem interrupção, por mais de trinta dias, compreendidos no período de 20 de julho a 18 de setembro de 1995.

2. Em consequência, apuraram-se essas infrações, por intermédio de processo disciplinar, onde se concluiu pela infligência da penalidade ao indiciado, com base no art. 132, II e III, da Lei nº 8.112, de 1990, que estatui a demissão na hipótese de o servidor incorrer em abandono de cargo ou inassiduidade habitual (v. o relatório de fls. 99/103).

3. O Ministro interino do Ministério da Saúde propôs a expulsão do servidor, face à inassiduidade habitual (E.M. nº 40/GM, de 12 de maio de 1998), em virtude do Despacho CJ nº 278/98, de 10 de fevereiro de 1998, exarado pelo Órgão jurídico daquela Secretaria de Estado, onde é alvitada essa penalidade, *“sem considerar o abandono de cargo, por vício na tipificação, ao mencionar-se o dispositivo estatutário de sua conceituação (art. 138) e não o da pena cominada para tal infração (art. 132, II)”* (fl. 169). No último expediente, justifica-se a irrogação da pena demissória com a assertiva de que a *“alegada perturbação mental, sustentada em sua defesa, não encontrou ressonância em laudo técnico, agora corretamente formalizado, por equipe de especialistas, inclusive com a participação de um psiquiatra, cujas conclusões não estão sujeitas a questionamento na análise jurídica, restrita aos aspectos legais do caso, formais e substanciais”*.

4. Dissentiu desse entendimento a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, ao ultimar assim a Nota nº 2209/98-SAJ/PR-JM, de 1º de julho de 1998:

“Dessa maneira, é de se notar que a Comissão Processante não conseguiu carrear para os autos nenhuma prova no sentido de que o acusado tenha faltado ao trabalho sem justa causa. Pelo contrário, o que ficou patentemente comprovado é que o servidor em apreço tem problemas de saúde. Diante do exposto e sendo da Administração o ônus da prova - de que o acusado tenha faltado sem justa causa - o que não se obteve nos presentes autos, entendo que a proposta ministerial em questão está prejudicada, devendo, por conseguinte, ser decretada a isenção de responsabilidade do indiciado, o qual, se for o caso, deverá ser submetido a tratamento médico.”

5. No expediente aludido no item anterior, efetivou-se o exame de laudos médicos relativos ao estado de saúde do indiciado, no período das ausências ao trabalho, nos quais se conclui (fls. 78, 117/120 e 161/162):

a) pela inexistência de elementos clínicos capazes de impedir o servidor de recorrer ao serviço médico de entidade pública federal, a fim de obter o abono das faltas ao trabalho;

b) no sentido de que o indiciado provavelmente seja *“portador de um quadro de Distímia (300.4 - DSM III-R), o que equivale a um quadro de neurose depressiva, aos termos do CID-OMS, 9º Rev./1975). É provável que seja portador de ambas patologias”*;

c) não terem sido apresentadas provas de o indiciado ser *“portador de patologia mental desencadeada ou agravada pelas desinteligências no ambiente de trabalho ... Em tese tudo é possível, mas a prova técnica pericial necessita de elementos fáticos comprovados para que possa examinar a concretude singular de cada caso”*;

d) o indiciado apresentava-se, na oportunidade do exame médico, *“como um dependente químico a drogas ilícitas (maconha e cocaína) ao tempo que incorreu em inassiduidade. Chama atenção, entretanto, que durante os meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 1994, bem como durante os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio e junho de 1995, ou seja, num total de 10 (dez) meses consecutivos não procurou nenhum recurso. É muito pouco provável que durante 10 (dez) meses consecutivos estivesse sob efeitos de drogas, a ponto de não poder buscar os meios adequados para justificar suas faltas”*;

e) que é modesta a contribuição oferecida pelos peritos, em decorrência dos *“dados colhidos das avaliações do examinado”*.

6. Ante o dissenso verificado entre as unidades jurídicas supramencionadas, a Presidência da República encaminhou os presentes autos a esta Instituição, a quem incumbe a pacificação da divergência.

7. A Lei nº 1.711, de 1952, no art. 207, § 1º, conceituava o abandono de cargo como resultante da *“ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos”*. A subjetividade acentuada de que se revestia a caracterização do *animus abandonandi* foi atenuada e imprimiu-se maior objetividade na verificação do tipo do fato delituoso, após a promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, art. 138, com a modificação conceptual dessa transgressão, dado que, *de lege lata*, considera-se abandonado o cargo no caso em que ocorre *“a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos”*. É nítido o propósito do legislador: à caracterização do ilícito disciplinar exige-se a

intencionalidade, elidida a exigência de que a falta ao trabalho não tenha motivo qualificado de justa causa.

8. Em consequência, entende-se autorizada a ilação de que, para efeito da configuração do abandono de cargo, são necessárias, exclusivamente, mais de trinta faltas consecutivas ao serviço e a intenção da ausência.

9. Já a imputação de responsabilidade administrativa a servidor regido pela Lei nº 8.112, de 1990, por ter praticado inassiduidade habitual, não prescinde obviamente da interpretação da norma de regência desse instituto, que possui o seguinte teor: “Art. 139. *Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses*”.

10. São, pois, elementos constitutivos da infração as sessenta faltas interpoladas, cometidas no período de um ano, e a inexistência da justa causa. Para considerar-se caracterizada a inassiduidade habitual é necessário que ocorram esses dois requisitos, de forma cumulativa. O total de sessenta faltas, por si só, não exclui a verificação da justa causa.

11. Incumbe ao colegiado apurar se a conduta do servidor se ajusta ou não a essas prescrições legais. Para tanto, deve pautar sua atuação pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos, razão por que lhe é atribuído o poder de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, com vistas à obtenção de provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos.

12. Nessa linha de raciocínio remansosa, Ivan Barbosa Rigolin expressa sua opinião, com o seguinte jaez: “*No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado*” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed, p. 285).

13. Esposa esse entendimento Hely Lopes Meirelles, pois, aludindo à instrução, asseverou que nos “*processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar*” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: E. Malheiros, 1995, 20ª ed, p. 591).

14. O fato de a c.i. haver asserido, na indicição (fl. 82) e no relatório final (fl. 103), que o indiciado teria transgredido o disposto no art. 138 da Lei nº 8.112 não seria fator impeditivo da aplicação da penalidade, pois não elide a falta disciplinar nem, por si só, implica dano efetivo para a defesa.

15. A modificação do dispositivo em que se baseia a autoridade julgadora, na aplicação da penalidade, quando é o caso, não eiva de irregularidade o ato punitivo. A conclusão do colegiado, contida no relatório, constitui-se em mera sugestão à autoridade julgadora relativamente aos fatos apurados, a qual, na apreciação do relatório, “*poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade*” (art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112), donde exsurge a viabilidade legal de fundamentar-se o ato punitivo em preceito diverso do indicado pela comissão. Essa fundamentação diferente da sugerida no relatório dimana, ainda, da natureza decisória do julgamento.

16. Não se demonstra, em qualquer fase do presente processo, que o indiciado faltou ao trabalho intencionalmente ou sem justa causa. Os laudos médicos desautorizam a conclusão de que esses elementos constitutivos das infrações disciplinares estivessem presentes nas faltas ao serviço, permitindo, ao invés, a convicção de que o indiciado fazia uso de drogas, antes e durante os períodos considerados para a apuração das possíveis irregularidades.

17. A alegação de que o servidor não procurou o serviço médico da repartição, com vistas à constatação de seu estado de saúde e ao seu licenciamento, numa conduta indesejável, é válida apenas no tocante ao aspecto de não terem sido abonadas as faltas e ao correspondente desconto na remuneração. Todavia, é imprestável para a tipificação do abandono de cargo e da inassiduidade habitual, ante o contexto dos autos. Nestes inexiste elemento de convicção que infirme a credibilidade das afirmações de que as dificuldades de saúde foram motivos determinantes das ausências do servidor.

18. Esses aspectos sobrelevam a ilação de que não se logrou demonstrar a intencionalidade ou a inexistência de justa causa para as ausências.

19. Mesmo que subsistisse dúvida em relação à veracidade das causas das faltas ao trabalho, militaría ela em benefício do indiciado e desautorizaria a inflicção do castigo, dado que não seria esta a solução mais benigna.

20. Vez que emerge dos autos a comprovação das ausências do indiciado, contudo sem a demonstração de que foram intencionais ou praticadas sem justa causa, não restaram caracterizados o abandono de cargo e a inassiduidade habitual de que adviria o poder-dever de a autoridade pública aplicar a penalidade. Assim, o presente processo disciplinar deverá ser arquivado.

Sub censura.

Brasília, 31 de julho de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Inassiduidade habitual. Rito sumário não afasta a produção de provas, se necessária para o esclarecimento do fato. Nulidade decorrente de cerceamento à defesa.

PARECER AGU Nº GQ-193

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 21.6.99”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23081.006966/97-72

ORIGEM: Ministério da Educação

ASSUNTO: Proposta de demissão do servidor (...), por inassiduidade habitual, com fundamento nos arts. 141, inciso I, 132, inciso III e 139, da Lei nº 8.112, de 12.12.90.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-1/99, de 8 de junho de 1999, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 21 de junho de 1999

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-1 /99 (Anexo ao Parecer nº GQ-193)

EMENTA: Demissão de servidor público por inassiduidade habitual com base nos arts. 141, inciso I, 132, inciso III e 139, da Lei nº 8.112, de 11.12.90. Deve-se assegurar ao acusado, no processo administrativo disciplinar, a ampla defesa. A falta de oitiva das testemunhas arroladas pela defesa constitui vício insanável. É de ser anulado, em razão disso, o processo contaminado, devendo ser constituída nova Comissão Processante, com fundamento no art. 169 da Lei 8.112/90.

PARECER

Senhor Advogado-Geral da União,

O Senhor Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Dr. Clóvis de Barros Carvalho, pelo Aviso nº 471, de 8 de abril do corrente ano, encaminhou a Vossa Excelência a Exposição de Motivos nº 49, de 23 de março de 1999, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação, acompanhada do Processo Administrativo Disciplinar nº 23081.006966/97-72, em face da controvérsia existente nos autos entre Nota SAJ nº 792/99-JAM, de 31 de março de 1999, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da sobredita Casa Civil e o Parecer Conjur/CEPA/nº 107/99, exarado pela douta Consultoria Jurídica do citado Ministério.

2. Desde logo, necessário se faz transcrever abaixo ambos os pronunciamentos jurídicos para que se possa, ao depois, oferecer desate a questão.

3. Eis, então, a manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Educação (Parecer Conjur/CEPA nº 107/99), da lavra da Drª Rosa Maria da Mata Tavares, Assessora Especial, (*in verbis*):

“Senhora Coordenadora, Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar, oriundo da Universidade Federal de Santa Maria, que teve objetivo apurar

infração disciplinar cometida pelo servidor, caracterizada por 107 (cento e sete) faltas injustificadas, no ano de 1997.

2. Na defesa, a defensora dativa justifica a imputação feita ao acusado nos termos: 'Por infelicidade, o servidor, há alguns anos, vem sofrendo problemas familiares, traduzidos em uma separação conjugal e, por problemas depressivos acentuados, veio a entregar-se ao alcoolismo. Certamente, o espírito de humanidade e justiça falará mais alto na tomada de decisão desta comissão, quando serão consideradas as alegações aqui apresentadas, bem como será atendido o pedido aqui apresentado para ouvida das testemunhas abonatórias abaixo arroladas, ficando evidenciada, assim, a não intencionalidade do requerente em prejudicar o andamento das atividades de seu local e trabalho'.

3. No Relatório, a Comissão justifica a pena de demissão nos termos: 'Em sua defesa, o denunciado alega que está passando por um momento difícil em sua vida pessoal, inclusive, em decorrência isto, entregou-se ao alcoolismo. O denunciado não junta qualquer documento relativo a atendimento médico, que registre seu histórico clínico ou participação em grupos de recuperação de alcoolismo, capazes de provar o argumento. Diante das imotivadas ausências do servidor, e considerando que o mesmo não conseguiu demonstrar o contrário nestes autos, somos de parecer, s.m.j, que o denunciado infringiu o art. 139 do RJU, pela ocorrência de faltas não justificadas'.

4. A Comissão adotou o procedimento sumário, de que trata o art. 133 da Lei nº 8.112/90, tendo o Processo desenvolvido no prazo legal e seguido os demais trâmites determinados pela referida Lei.

5. Nestes termos, referenda-se a decisão da Comissão, que é de parecer que deva ser aplicada ao servidor a pena de demissão, por infringência do art. 139, combinado com o art. 132, III, da Lei nº 8.112/90, uma vez comprovado o procedimento faltoso do servidor durante o ano de 1997, 107 dias, interpoladamente.

6. Assim, seja o presente encaminhado à Presidência da República, para o cumprimento do inciso I do art. 141 da Lei nº 8.112/90."

4. A respeito do sobredito parecer, a ilustre Consultora Jurídica do Ministério da Educação, Dra. Lúcia Magalhães Lengruber, ao encaminhá-lo ao Titular da citada Pasta, assim se pronunciou (*in verbis*):

"Senhor Ministro, a Universidade Federal de Santa Maria instaurou o Processo Administrativo Disciplinar em referência destinado a apurar faltas injustificadas ao serviço cometidas pelo servidor, Laboratorista, do Quadro de Pessoal daquela Instituição. A Comissão designada para os trabalhos apuratórios, em seu Relatório final, responsabilizou o servidor, tipificando a infração por ele cometida como inassiduidade habitual, recomendando a aplicação da penalidade de demissão nos termos do inciso III do art. 132, c/c o art. 139, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Esta Consultoria Jurídica, mediante o Parecer nº 107/99, que adoto, ao compartilhar das conclusões da Comissão, opina pela regularidade do processo, reconhecendo que o servidor faltou ao serviço, interpoladamente, no período compreendido entre os meses de janeiro a agosto de 1997, cento e sete dias, sem justificativas. Nos precisos termos do art. 141, inciso I, da Lei nº 8.112/90, a aplicação da penalidade de demissão é de competência do Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Considerando as conclusões da Comissão e os termos constantes do Aviso Circular nº 3, de

17 de julho de 1996, firmado pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República e pelo então Ministro de Estado do extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sugiro a V. Ex^a. submeter o presente processo à Autoridade julgadora.”

5. O Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação, Dr. Paulo Renato Souza o aprovou em 23 de março deste ano.

6. Chegando o processo à Casa Civil, nesta foi submetido à análise da Subchefia para Assuntos Jurídicos tendo sido produzida a Nota SAI nº 792/99-JAM, cujo signatário foi o Dr. Jorge Alberto Rocha de Menezes, Assessor, merecendo a concordância do Dr. Francisco Luiz de Bessa Leite (Subchefe-interino), vazada nos seguintes termos (*ipsis litteris*):

“Nota SAI nº 792/99-JAM. Proposta de demissão do servidor, por inassiduidade habitual, com fundamento nos arts. 141, inciso I, 132, inciso III, e 139, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; vício insanável, pela não oitiva das duas testemunhas arroladas na defesa; caracterização de cerceamento de defesa; pelo encaminhamento do presente à Advocacia-Geral da União, para solução da controvérsia.

Proc. nº 23081.006966/97-72.

Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela Portaria nº 36.681, de 02 de outubro de 1997, do Senhor Reitor da Universidade Federal de Santa Maria (fls. 21 e 22), para apurar possíveis irregularidades administrativas atribuídas ao servidor. Do nosso exame, entendemos que o processo encontra-se eivado de vício insanável, não tendo sido respeitado o princípio constitucional da ampla defesa, previsto no art. 5º, inciso LV, da Carta Política, quando não se tomou o depoimento das testemunhas arroladas pela advogada dativa na defesa (fls. 33 a 35), sem nenhuma justificativa plausível.

A Comissão Processante em seu relatório final aduz, para indeferimento da oitiva das testemunhas, que ‘não foram ouvidas pela Comissão, por desnecessidade deste tipo de prova, especialmente no rito sumário’ (fls. 38). Faz confusão, no entanto, pois se o rito é sumário, apenas para simplificação e celeridade do apuratório, e apenas nos casos de acumulação ilegal de cargos (art. 133, da Lei nº 8.112, de 1990), abandono de cargo e inassiduidade habitual (art. 140, da Lei nº 8.112, de 1990), devem ser respeitados os demais dispositivos regulamentares do regime e do processo disciplinar, para garantia da ampla defesa, nos termos do § 8º do art. 133, da Lei nº 8.112, de 1990, ‘verbis’:

‘§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei’.

Por todo o exposto, face a existência de vício insanável, opinamos pela declaração da nulidade do Processo Administrativo Disciplinar, a partir do relatório final, inclusive, de modo que possam ser ouvidas as testemunhas de defesa, sugerindo-se a constituição de nova Comissão, com fundamento no art. 169, da Lei nº 8.112, de 1990, quando, então, deverão ser cumpridos os ditames do estatuto dos servidores públicos retrocitados, e o princípio constitucional da ampla defesa. No entanto, em razão da divergência de entendimento entre esta Subchefia e a d. Consultoria Jurídica do Ministério da Educação, opinamos pelo encaminhamento dos autos à Advocacia-Geral da União, a qual compete dirimir a presente controvérsia, nos termos da lei Complementar nº 73/93.”

7. Feito o relatório, passo a apreciar a matéria.
8. Ao examinar detidamente os autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 23081.006966/97-72, instaurado para apurar as faltas injustificadas ao serviço cometidas pelo servidor, Laboratorista, do Quadro de Pessoal da Universidade Federal de Santa Maria, notei que a Comissão Processante, nos seus trabalhos apuratórios, cometeu desatinos jurídicos capazes de nulificar a apuração levada a efeito.
9. Saliente-se, por oportuno, que a matéria versada nos autos é de uma importância singular para dizer que, mesmo sumariando os trabalhos concernentes ao iter apuratório, não pode a Comissão Processante, sob pena de ocasionar sua nulificação, se descurar das regras atinentes a ampla defesa do acusado, e nesta se inclui, indubitavelmente, a oitiva de testemunhas.
10. Nem é preciso lembrar aqui, que mesmo se não houvesse a regra contida no art. 143, da Lei nº 8.112, de 11.12.90, assegurando ao acusado ampla defesa, a nossa Carta Política vigente preconiza no art. 5º, LV, que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.
11. Grifei de propósito a parte final do preceito constitucional para dizer que não existe a meio-defesa, ou defesa incompleta. Para que haja a plenitude da defesa, corolário, também, constitucional, previsto no citado dispositivo (art. 5º, XXXVIII, “a”) e não apenas para a instituição do júri, é necessário que seja assegurado ao acusado em qualquer processo o direito subjetivo de defesa. Desrespeitado esse princípio jurídico, de índole constitucional, o processo será nulo, por faltar-lhe um dos requisitos essenciais e imprescindíveis à sua validação.
12. O legislador infraconstitucional, na Lei nº 8.112/90, com as alterações feitas pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, não se descuidou ao reduzir mais ainda o arbítrio da autoridade administrativa, quando, no procedimento sumário, aplicado aos processos disciplinares, assevera que devem ser respeitados os demais dispositivos regulamentares do regime e do processo disciplinar, visando, dessa maneira, a garantia da ampla defesa, na conformidade do que se acha explícito no § 8º do art. 133 e a obediência ao contraditório, estampada no art. 153, *caput*, da mencionada lei.
13. Desse modo, deve-se assegurar ao acusado, na conformidade com a Constituição e com a lei, ampla defesa, pois, como tenho dito em outros processos dessa natureza, o uso do poder disciplinar não é arbitrário; não o faz a autoridade quando desejar, nem como preferir. Deverá fazê-lo quando tiver ciência da irregularidade, mas, dentro dos ditames legais, não podendo aplicar subjetivamente regras que lhe vêm à mente sob o pálio de estar dando celeridade ao processo.
14. Assim, para que a Administração Pública possa atingir os objetivos colimados, urge que se promova a oitiva das testemunhas arroladas pela defensora do acusado concedendo-lhe, de consequência, a ampla defesa (na sua inteireza) e não o cerceamento desta, imposto *ad libitum* pela Comissão Processante.
15. Não é, assim, de modo precipitado a apresentação do relatório, isto é, sem se ater para o regramento imposto pela lei aplicável à espécie, uma vez que se investiga a verdade material. Caso contrário, o que se estará fazendo é uma investigação pessoal contra o acusado, mesmo porque no processo administrativo disciplinar é insubstituível o princípio da igualdade das partes, embora, no caso, uma delas, o Estado-patrão esteja buscando, por meio do processo, a possibilidade de alijar do serviço público o servidor inassíduo.

16. Com estas aduções, sem maiores delongas, opino no sentido de que seja declarada a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar nº 23081.006966/97-72, instaurado pela Portaria nº 36.681, de 2 de outubro de 1997, do Senhor Reitor da Universidade Federal de Santa Maria, a partir do relatório conclusivo, ao fito de serem ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa, com a sugestão de que seja constituída nova Comissão Processante, na conformidade do art. 169, da Lei nº 8.112/90 que assim estabelece:

Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.

17. Desse modo, com a adoção das providências acima sugeridas, permitir-se-á o amplo esclarecimento do julgador, no caso o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, que, a par de elementos informativos suficientes, poderá ou não aplicar a pena demissória ao acusado.

É o parecer, sub censura.

Brasília, 08 de junho de 1999.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-84, no tópico ABANDONO DE CARGO.

12 - INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

Assuntos abordados neste Parecer: Independência das instâncias. Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Enquadramento em crime contra Administração requer condenação judicial transitada em julgado. Possibilidade de alteração do enquadramento proposto na indicição. Participação na gerência ou administração de empresa. Atividade incompatível durante o horário de trabalho.

PARECER AGU Nº GQ-121

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo. Em 20.3.97”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 25380.008838/95-25

ORIGEM: Fundação Oswaldo Cruz

ASSUNTO: Apuração de irregularidades ocorridas na Fundação Oswaldo Cruz.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-1/97, de 19 de março de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 20 de março de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-1/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-121)

EMENTA: A substituição ou omissão de dispositivo legal na indicição, por si só, não implica prejuízo para a defesa, não advindo, daí, nulidade do processo disciplinar. Somente se configura a inobservância da proibição ínsita ao inciso XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, quando o servidor desempenha atividade, incompatível com o exercício do cargo, durante o horário de trabalho.

PARECER

Recebida denúncia de irregularidades em que estariam incorrendo os servidores (...) e (...), o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) designou colegiado para proceder à averiguação da verdade dos fatos, o qual concluiu que a primeira deveria ter sua aposentadoria cassada e ser destituída do cargo em comissão, que então ocupava, pois transgrediu o disposto no inciso X (exercer a gerência de sociedade comercial) do art. 117 da Lei nº 8.112, de 1990, e, o segundo, haveria de ser apenado com suspensão de sessenta dias, por infringência à proibição contida no item XVIII do mesmo preceptivo (exercer atividade que seja incompatível com o exercício do cargo e com o horário de trabalho).

2. Em face de pronunciamento do Órgão jurídico do Ministério da Saúde, o Titular daquela Pasta encaminhou os presentes autos à consideração do Presidente da República, com proposta de exculpação dos indiciados, da qual dissentiu a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, por entender que, *ex vi* do art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990, haveria de *“ser acatado o Relatório de fls. 667/675, no tocante à cassação da aposentadoria de (...) e à suspensão, por sessenta dias, de (...), ficando prejudicada a*

aplicação da penalidade de destituição do cargo em comissão para a primeira, por falta de objeto, eis que a mesma já fora exonerada do mencionado cargo em comissão, conforme noticiado no expediente de fls. 678/679”.

3. Ante esse dissenso, o presente processo disciplinar foi encaminhado a esta Instituição, com vistas à pacificação da divergência interpretativa.

4. O exame dos autos, sob o aspecto formal, indica que foi observado o princípio do contraditório, tanto que os servidores a quem se atribuiu a prática das irregularidades:

a) foram notificados da instauração do processo e para acompanhar os depoimentos, como efetivamente ocorreu (v. as fls. 119/21, 137/46, 182/3, 185/9, 190, 207, 214/5, 221, 228, 231, 236 e 317);

b) pleitearam e obtiveram cópia do processo e de peças processuais a este juntadas posteriormente ao atendimento do primeiro pedido (fls. 129/30, 199/200, 201, 572 e 574);

c) arrolaram testemunhas e foram colhidos depoimentos (fls. 203 e 204/5);

d) foram indiciados com indicação dos ilícitos e das respectivas provas (fls. 564/7); e

e) apresentaram defesa, após a regular citação (fls. 575, 576, 582/612 e 613/64).

5. Nada obstante admitir-se que (...) incorreu na infração administrativa, posto que as provas, inclusive o iterativo reconhecimento expresso da indiciada (fls. 317/22 e 582/612), são de molde a proporcionar a mais firme convicção a esse respeito, foram desenvolvidos esforços, de ordem interpretativa, no Parecer nº 5/96 (fls. 702/9), tendentes a justificar a exculpação da indiciada, em decorrência das seguintes asserções precípuas:

1) a vida funcional e o conceito profissional da indiciada exigiriam tratamento diferenciado da simples apuração da falta administrativa e da valoração da penalidade a aplicar-se, por isso que *“a cada dia vai ganhando mais espaço o entendimento de que na aplicação do direito punitivo administrativo não é irrazoável socorrer-se de técnicas do direito penal, no aspecto puramente de seu sistema interpretativo, visto, sob esse enfoque, em contexto mais amplo em que o primeiro estaria inserido. Nesse sentido, embora se proclame a autonomia do direito disciplinar administrativo, a excluir soluções pela analogia, há referências, que constam, inclusive, de julgado do Supremo Tribunal Federal, enfáticas no sentido de admitir-se, em tal caso, a interpretação extensiva, segundo a diferenciação, ali feita, entre uma e outra técnica de aplicação do direito. (V. voto do Ministro Moreira Alves, no MS nº 20.069-DF). Com respaldo nessa percepção, o exame da matéria não se cingiria à mera verificação da tipicidade, mas teria necessariamente que enveredar-se pela pesquisa da culpabilidade. A tipificação, que hoje é uma exigência do RJU, depõe eloqüentemente a respeito das conotações entre o regime disciplinar administrativo e as técnicas do direito penal”*.

Não assim prelecionam a doutrina e as decisões judiciais ou estatui a disciplina da matéria. A propósito da independência da inflição da penalidade administrativa, é apropriado ressaltar o despacho exarado pelo Sr. Ministro Celso de Mello, quando, na condição de Relator, apreciou pedido de deferimento de medida liminar, pleiteada junto ao Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Pessoalmente, entendo, na linha de diversas decisões que pronunciei neste Supremo Tribunal Federal, que o exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito ao prévio encerramento da ‘persecutio criminis’, que venha a ser instaurada contra o servidor público perante órgão competente do Poder Judiciário. Na realidade, as sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à

prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal. Com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública (MS 21.029-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). Essa autonomia das sanções administrativas e penais, associada à independência das respectivas instâncias, tem levado a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais a reconhecerem que o exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito à prévia conclusão da ‘persecutio criminis’ promovida pelo Ministério Público perante os órgãos do Poder Judiciário.” (MS nº 22.438-1/130).

Em fase seqüencial, o aludido despacho sobreleva o entendimento de Hely Lopes Meirelles e a jurisprudência do STF, com idêntica proposição. Despiciendo realizar incursões nas normas de Direito Administrativo anteriores à Lei nº 1.711, de 1952, e à Constituição de 1934, para demonstrar que o Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, sem a viabilidade de aproveitarem-se normas criminais, interpretativamente (v. os arts. 188 e seguintes da Lei nº 1.711, de 1952, e 116 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990; a Lei nº 8.027, de 1990; e as Constituições Federais de 1934, art. 169; de 1937, art. 156, c; de 1946, art. 188; e de 1967, art. 99).

Esses preceitos constitucionais já cuidavam da perda do cargo público e da ampla defesa. A intercomunicação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato e a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e à prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112). É independência legal que também se justifica (não obstante ser comum a ambos os ramos do Direito a infligção de penalidade) porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, ao passo que o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no respeitante às mais graves (é prescindível o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor.

O primeiro ramo se destina a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas. A dissociação do Direito Disciplinar e do Direito Penal é consignada no voto do Ministro Rodrigues Alckmin, proferido em 23 de maio de 1975, na qualidade de Relator do RE nº 78.949-SP, *verbis*:

“Contudo, outro postulado assente na doutrina é a independência do direito administrativo e do seu ramo disciplinar. Por mais pontos de contato que se apontem, entre o direito penal e o direito disciplinar, as diferenças serão tais e tantas, pela natureza jurídica das penas e em razão das pessoas e órgãos estatais envolvidos, que sempre faltará aquela semelhança e razão suficiente, necessárias para a aplicação da analogia ‘legis’, ou mesmo da analogia ‘juris’, antes de um exame em profundidade de cada questão omissa que com a analogia se queira resolver.”

Na seqüência de sua explanação, o Senhor Relator alude à doutrina:

“Caio Tácito foi, nesse sentido, muito claro: Não colhe invocar, a esse respeito, a sistemática penal, que obedece a outros pressupostos e

obedece a bens jurídicos diversos. A autonomia do direito disciplinar é tema pacífico em matéria administrativa, não se conformando, em seus delineamentos essenciais, aos ditames da responsabilidade penal' (Pena Disciplinar, in Revista de Direito Administrativo 45-482)."

Em coerência com a tese da autonomia do Direito Disciplinar, o art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, adnumera os casos em que a Administração compulsoriamente edita ato efetivando a desvinculação do servidor faltoso, verbis:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

Denota-se que, no inciso I, o art. 132 estatui a demissão no caso de "crime contra a administração pública" e, nos incisos II, VII, VIII e X, a decorrente de abandono de cargo; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, todas infrações administrativas que, à guisa de exemplo, encontram correspondentes no capítulo do Código Penal específico dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral.

A compatibilização da incidência desses preceitos ocorre em que à apenação, com base no inciso I, é exigida sentença penal com trânsito em julgado e, nos demais casos, é suficiente a decisão da autoridade julgadora, no processo disciplinar em que, regularmente, apuraram-se a materialidade do ilícito e a autoria. Pretende o legislador que a Administração atue de forma não autônoma, para restabelecer a ordem social, apenas quando o servidor é condenado, na esfera criminal, decorrendo, assim, a expulsão estatuída no item I; nos demais casos, é imposta, na Lei, uma apreciação administrativa independente, mediante o julgamento de que tratam os arts. 166 e 167 (Lei nº 8.112).

Destarte, não se restringe a incidência do aludido art. 132, isento de limitações no que é pertinente ao poder-dever atribuído à Administração para apenar seu pessoal. Na oportunidade em que apreciou o comando do art. 125 da Lei nº 8.112, Ivan Barbosa Rigolin assim externou sua opinião:

"Delitos ou infrações dessas naturezas evidentemente são independentes entre si, e só podem sê-lo. Se não se comunicam, a sanção a cada qual é também incomunicável e distinta uma com relação a outra. O só fato de que uma delas pode agravar a situação do servidor, em outro plano judicial, não significa em absoluto que se podem unificar civil, administrativa ou penalmente os três cometimentos, em tudo diversos." (Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis, 2ª ed, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 219)

A obrigatoriedade de irrogar-se o servidor faltoso com a cassação da aposentadoria exsurge da própria literalidade do art. 134 da Lei nº 8.112, de 1990, que preceitua, *verbis*:

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Bem se houve Hely Lopes Meirelles, ao expor sua opinião a respeito da inflição de penalidade:

A responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados. No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações.” (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 20ª ed, 1995, p. 416)

2) a teor da Lei nº 8.112, *“a proibição de participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil ou de praticar o comércio identifica-se com a necessidade de garantir que tal atividade não venha a comprometer o desempenho do servidor durante o período de seu expediente. Os elementos constantes do Processo Administrativo Disciplinar depõem a respeito da correção da indiciada no cumprimento de seus deveres funcionais, sem registrar ausências, sequer esporádicas ao trabalho, de modo que não houve, nem ao de leve, comprometimento de seu desempenho na instituição, onde registra, ao revés, invejável folha de assinalados serviços prestados. Não houve, assim, qualquer perda para o bem tutelado, ou seja, a normalidade das tarefas a seu cargo, conduzidas com dedicação e zelo”*.

No intuito de determinar a finalidade da proibição de o funcionário participar em gerência ou administração de empresa, Contreiras de Carvalho sobreleva as razões de veto parcial ao item VI do art. 195 da Lei nº 1.711, as quais assinalam que essa vedação se justifica por serem a gerência e administração incompatíveis com a função pública.

“Essa incompatibilidade nasce com a investidura em cargo público e somente desaparece quando o funcionário dele se desliga em definitivo. Por isso, a regra da proibição não admite exceções que possam desvirtuar a sua própria finalidade, que é a de resguardar a ética profissional e os superiores interesses da administração.” (Estatuto dos Funcionários Públicos Interpretado, Rio de Janeiro: Revista Forense, 1995, p. 97)

Essa incompatibilidade entre a atividade privada e o desempenho da função pública é esposada por Themístocles Brandão Cavalcanti que, na obra O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico, invoca a seguinte manifestação de Mosto:

“Um funcionário civil não se deve colocar em posição que leve a um conflito entre o seu dever e o seu interesse, e por isso mesmo a orientação de seus negócios particulares não deve ser levada a ponto de permitir uma suspeita de que tenha abusado da confiança, ou revelado um segredo, ligado ao cargo.” (Op. cit, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, Tomo II, 1958, p. 218)

Os depoimentos de fls. 137/46, 185/9 e 190/1 demonstram, com clareza meridiana, que, no Ministério da Saúde, a indiciada foi atendida, em várias oportunidades, por telefone ou pessoalmente, no horário de expediente, a fim de tratar de interesses de sua empresa, sendo que servidores tinham ciência de sua condição de agente da Fiocruz. Ainda, os

documentos de fls. 13 e 290 a 293 evidenciam que a interessada acompanhou, no Ministério da Saúde, a tramitação dos processos de interesse de sua empresa;

3) a interessada, na época em que se encontrava em atividade, desconheceria o caráter ilícito de sua conduta anti-social, de que não teria advindo qualquer prejuízo para o Serviço Público, motivo por que, a fim de obstar a inflição de penalidade, as preceituações da Lei nº 8.112, de 1990, devem ser interpretadas com o concurso do Direito Penal, mormente em vista de o erro ser considerado como excludente de culpabilidade, na área criminal. Não teria a servidora agido de má-fé. Nunca teria ocultado a condição de proprietária de empresa. As punições disciplinares somente seriam admissíveis se praticadas dolosamente. *“Abstraído o tratamento penal, é perfeitamente lógico admitir-se que a ausência de dolo no ilícito administrativo é fundamento suficiente para não se aplicar a penalidade. A intenção de constituir uma empresa e até de geri-la não se confunde com a intenção de transgredir o dispositivo do RJU proibitivo dessa situação. A intencionalidade, nessa última hipótese, não encontra ressonância nos elementos recolhidos no processo, como resultou claro da análise precedente”*.

Em aditamento às ponderações supra, destinadas a demonstrar que se não estendem, ao Direito Disciplinar, por via exegética, conceitos e institutos pertinentes ao Direito Criminal, posto que o regramento do primeiro é bastante para reger a conduta do servidor, apurar e restabelecer a ordem jurídica no caso de transgressões aos comandos da lei, deve ser profligada a proposição da aplicabilidade, no âmbito administrativo, do desígnio criminoso, posto que a cogitada extensão se caracteriza como mera idealização, sem respaldo nas normas de regência da matéria, e, ademais, é contrária à jurisprudência e à doutrina, consoante foi demonstrado acima. Ainda nesse sentido, encontra-se consignado o seguinte pensamento de Carlos Maximiliano, *verbis*:

“Interpreta-se a lei penal, como outra qualquer, segundo os vários processos de Hermenêutica. Só compreende, porém, os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis, ou lhes aplicar penas;” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed, 1979, p. 321)

Reafirme-se que o art. 134 da Lei nº 8.112 é peremptório: *“Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão”*. Nem o dolo e a culpa são elementos constitutivos da infração, nem a culpa é considerada como excludente de apenação. Se o servidor tinha plena capacidade de entendimento do caráter delituoso de sua conduta funcional, não pode a autoridade competente esquivar-se do cumprimento do dever de infligir a punição, porém há de valorar esta ante *“a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”* (art. 128 da Lei nº 8.112).

No caso, a interessada tinha conhecimento da ilicitude de sua atuação, tanto assim que omitiu o fato de ser proprietária de empresa, quando firmou a declaração de bens de fl. 270, perante a Fundação Oswaldo Cruz, numa óbvia intenção de manter recôndita a irregularidade.

É notória a norma proibitiva da espécie e encontra-se inserida, de forma expressa, no regime jurídico a que a indiciada é submetida, donde exsurge a validade da presunção de seu prévio conhecimento.

6. Propõe-se a suspensão de (...), por se lhe imputar a violação do item XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112 (exercer atividade incompatível com o desempenho do cargo), eis que, é incontestado:

a) assinou termos de responsabilidade relativos a processos do interesse de firma de que era sócio cotista e protocolizados no Ministério da Saúde, na condição de representante de empresa, fato admitido pelo servidor às fls. 423/8 e 431/6 e na própria defesa, os quais teriam influenciado na tramitação daqueles autos;

b) firmou declaração de bens junto à Fiocruz, omitindo a propriedade de cotas da empresa em comento (fl. 269).

7. No supramencionado Parecer nº 5/96 (fls. 702/9), considera-se o indiciado como insuscetível de sofrer punição, porque a assinatura, acostadas aos aludidos documentos, não seria *“uma exigência formal para a validade do requerimento, pois bastava a do representante legal e a do responsável técnico. Os estatutos da empresa não lhe conferem qualquer dessas funções. A explicação que dá, em seu depoimento, é pois plausível; a de que, assim procedera, por se sentir marginalizado dos negócios da firma”*.

8. É irrelevante o exame do aspecto da prescindibilidade da assinatura do documento como condição da sua validade. Sob a faceta da observância das regras disciplinares, o relevo dessa atuação é enfocada pela comissão de inquérito, ao asseverar que *“interesses da firma Prophylaxis foram levados à apreciação de uma das Unidades da Fiocruz, contendo a assinatura solidária do indiciado, através de inúmeros processos, com entrada na SVS/MS, em 12 de dezembro de 1994 (fls. 10/3). Esse conjunto de assinaturas (efetiva e confessadamente firmadas pelo indiciado), além de configurar seu placet, acabou por influir na tramitação documental ‘interna corporis’, gerando as diligências reportadas nos memorandos vestibulares”* (relatório final constante de fls. 667/76). Desses fatos e da omissiva declaração de bens (correlata com os mesmos fatos, uma vez que assim foi firmada para preservar o desconhecimento da qualidade de sócio cotista) advieram *“manifesto dano à imagem da instituição”* (assertiva do colegiado processante, contida no aludido relatório).

9. A atuação do indiciado é dissonante do dever de lealdade à instituição a que serve, emergindo, destarte, a inobservância do disposto no art. 116, II, da Lei nº 8.112, o que embasa a apenação proposta pela c.i, cujas conclusões, concernentes à materialidade e à autoria das infrações, assim, devem ser acolhidas (art. 168 do mesmo diploma legal).

10. Não possui conotação obstativa da aplicação da penalidade o fato de o referido art. 116 não haver sido especificado na indicição. Isto porque indicia-se o servidor, com a enumeração dos fatos que se lhe imputam e as correspondentes provas, para facilitar, na elaboração da defesa, a constatação do ilícito e o exame das respectivas provas. A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indicição, os preceitos desrespeitados não desmerece a execução dos seus trabalhos.

11. É coerente com esse entendimento a decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada no Mandado de Segurança nº 21.321-DF, cuja ementa, publicada no D.J. de 18 de setembro de 1992, p. 15.408, registra o seguinte excerto: *“A defesa do indiciado em processo administrativo, como ocorre no processo penal, se faz com relação aos fatos que lhe são imputados, e não quanto a enquadramento legal”*.

12. Incabível realmente, como alvitado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, a apenação do indiciado com supedâneo no item XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112, porque, ao proibir o servidor de *“exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho”*, esse dispositivo tornou elemento

constitutivo da configuração da falta administrativa o desempenho da atividade incompatível durante o horário de trabalho. Esta condição não se exclui quando o servidor desempenha a atividade incompatível com o cargo de que é titular fora do seu horário de expediente. Essa a finalidade da utilização da aditiva “e”, no aludido inciso XVIII.

13. As qualificações funcionais dos interessados, realçadas nos autos, não possuem força suficiente para exculpar as infrações, porquanto comprovadas, de forma indubitável, e os respectivos autores tinham discernimento de seus atos. A proposta punitiva guarda conformidade com verdade emergente do processo disciplinar e as faltas cometidas possuem gravidade tal que, por este fato, impõe-se a edição de atos não só de cassação da aposentadoria de (...) e de conversão de sua exoneração em destituição de cargo em comissão (arts. 117, X; 132, XIII; 134 e 135, parágrafo único, da Lei nº 8.112), bem assim a suspensão, por sessenta dias, de (...), por descumprimento do dever de lealdade à instituição a que serve (arts. 116, II; 128; 129 e 130 da mesma Lei).

Sub censura.

Brasília, 19 de março de 1997.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Independência das instâncias. Absolução judicial por insuficiência de prova não invalida penalidade administrativa.

PARECER AGU Nº GQ-165

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 1º.X.98”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00400.001494/98-41

ORIGEM: Ministério da Saúde

ASSUNTO: Inviabilidade de reintegração de servidores demitidos pelo extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-22/98, de 25 de setembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 1º de outubro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-22/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-165)

EMENTA: O ato de improbidade que enseja a rescisão contratual, com justa causa, possui sentido amplo e, por esse aspecto, não correspondente, necessariamente, ao crime de estelionato ou de concussão. A absolvição judicial, calcada na insuficiência de prova, não invalida a aplicação de penalidade administrativa a servidor regido pela legislação trabalhista. A reintegração versada nos arts. 28 e 182, da Lei nº 8.112, de 1990, não se aplica no caso de demissão de servidor celetista, efetuada anteriormente à vigência desse Diploma Legal.

PARECER

O Diário Oficial do dia 26 de abril de 1988 publicou as Portarias Inamps/ Departamento de Recursos Humanos nº 1.034 e 1.037, ambas as duas de 4/4/88, consignando a demissão de (...) e de (...), do emprego de Médico, da tabela do extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, com base no art. 482, alínea a, da Consolidação das Leis do Trabalho, após apurar a improbidade em processo disciplinar.

2. Inobstante anterior indeferimento de pedidos de revisão dos atos punitivos, tornaram os interessados com o pedido de fls. 1 e 2 do Proc. nº 33461/002341/95, onde postularam a designação de colegiado, a fim de aferir fatos novos, proporcionando a reconsideração das demissões. Sobrelevam a sentença proferida pelo Titular da 1ª Vara Federal de Criciúma da Seção Judiciária de Santa Catarina, a qual absolveu os postulantes por ter reconhecido a inexistência de prova suficiente para a condenação (art. 386, VI, do C.P.P.).

3. O Ministério da Saúde efetuou a revisão e alçou à consideração do Presidente da República projetos de decreto destinados a declarar sem efeito as punições supra e reintegrar os interessados no “cargo de Médico, do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde”, em face do disposto nos arts. 28, 181 e 182 da Lei nº 8.112, de 1990 (cfr. a E.M. nº 69/GM, de 12/8/98, do Titular da aludida Pasta).

4. Dissentiu de tal proposta a Casa Civil da Presidência da República, sob a alegação de que *“os atos de dispensa dos ex-empregados em apreço não estão a demandar reparos e muito menos a sua anulação, uma vez que foram editados em estrita observância às formalidades legais aplicáveis à espécie”* (Nota nº 3176/98-SAJ/PR-JM, de 9/9/98).

5. A pacificação da divergência justificou o encaminhamento dos presentes autos a esta Instituição, nos termos do Aviso nº 1.251, de 16 de setembro em curso, do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

6. A decisão judicial exculpou os requerentes da imputação dos delitos de estelionato e concussão, eis que *“não se colhe da instrução probatória indícios ou provas que os incriminem. Vale destacar, quanto ao primeiro, que a prática de fazer pequenas cirurgias em consultório era do interesse do hospital e do conhecimento do Inamps, que não a desautorizou no momento oportuno. Quanto ao segundo, não se coligiu prova de qualquer espécie no sentido de que tenha cobrado honorários de pacientes atendidos pelo Inamps”*.

7. Essas são transgressões conceituadas assim no Código Penal:

Estelionato

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Concussão

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

8. Os elementos constitutivos desses delitos imprimem aos últimos balizamentos a ser observados, de maneira estrita, na tipificação das faltas criminais e são insuscetíveis de ampliação, por via interpretativa, como entendido na doutrina e na jurisprudência. Delimitações desse teor se não contêm no dispositivo trabalhista de regência da dispensa dos peticionários. Atente-se para seu jaez, *verbis*:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

9. Omissis o código trabalhista em estabelecer o sentido conceptual da expressão “ato de improbidade”, a ela há de ser atribuído sentido amplo, sem a tipificação restrita das figuras criminais instituídas nos transcritos arts. 171 e 316.

10. Essa abrangência é pontificada por Jorge Severiano Ribeiro, como consignado por Mozart Victor Russomano:

“Poder-se-á, pois, falar em improbidade sempre que o obreiro deixar de conduzir sua vida pelas regras jurídicas e morais que pautam a conduta em sociedade ... E os atos que revelam a improbidade são os que revelam, claramente, desonestidade, abuso, fraude ou má-fé de parte do trabalhador.” (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, 13ª ed, p. 559)

11. O último doutrinador é incisivo ao assim imprimir alcance amplo à caracterização da improbidade:

“Não se exige, para configuração da falta, que o ato de improbidade seja cometido em serviço ou que tenha relação com o serviço. O empregado que se conduz mal fora do trabalho, na sua vida íntima, também poderá comportar-se de modo prejudicial dentro do estabelecimento, na sua vida funcional.” (Op. cit, p. 559)

12. Não é discrepante o pensamento externado por De Plácido e Silva, ao elaborar o Vocabulário Jurídico:

“Na terminologia das leis trabalhistas, a improbidade é a desonestidade, a falta de retidão, o procedimento malicioso, a atuação pernicioso. E o empregado que se enquadra na improbidade dá razões para que seja justamente despedido”.

13. Conotações tais de caracterização de ilícitos sensivelmente diferenciadas, nas esferas penal e trabalhista, desautorizam, em regra, a repercussão da decisão judicial, sentenciadora da carência de provas, na validade do ato punitivo, advindo de satisfatória apuração da materialidade da falta e autoria, mediante processo disciplinar. Também pertinentes a essa isenção de conseqüências são as diversidades das naturezas e finalidades das penas nas áreas penal e trabalhistas: o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, quando o Direito do Trabalho não versa sobre a pena corporal, porém, no tocante à mais grave, prevê a cessação da vinculação empregatícia. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente os interesses e o patrimônio do empregador.

14. São essas peculiaridades que, por certo, induziram Victor Russomano a realçar a irrelevância de a improbidade ser, *“ou não, definida pela lei penal como um crime ... Pode haver coincidência das duas figuras, mas também pode haver improbidade sem que haja crime. Nessa hipótese, embora absolvido pela Justiça Criminal, o empregado pode perder o emprego. Basta para isso:*

a) que se faça, perante a Justiça do Trabalho, a prova que escasseou perante a Justiça Criminal, o que marca a autonomia dos órgãos trabalhistas do Poder Judiciário;

b) que a improbidade, não sendo definida como delito, implique, apesar de tudo, em violação da confiança normal que precisa existir entre empregado e empregador” (Op. cit, p. 559).

15. É o caso tratado no presente processo. A conduta dos postulantes de que proveio a irrogação das penalidades, a teor do relatório final da comissão de inquérito (fl. 1.087 do Proc. nº 33461.005942/86), consistiu no seguinte:

“- (...):

a) ... cobrou indevidamente honorários médicos de pacientes internados em enfermaria, cujos procedimentos foram autorizados e pagos pelo Inamps;

b) cobrou indevidamente honorários médicos (consulta) de pacientes atendidos em Pronto-Socorro, cujos procedimentos foram pagos pelo Inamps, através do MSC-5;

- (...):

a) incorreu em falta de pontualidade na qualidade de Diretor do PA-Araranguá;

b) realizou pequenas cirurgias em consultório particular, mas cobradas do Inamps como sendo realizadas no hospital, implicando cobrança de taxa de sala ao extinto Instituto;

c) extraiu duas unhas na mesma ocasião e cobradas como se tivessem sido realizadas em dias diferentes”.

16. A comissão efetuou profícua averiguação das veracidade das denúncias, anteriormente constatadas em auditoria feita pelo Inamps, e, de forma analítica, examinou as provas e as defesas apresentadas pelos interessados (relatório final de fls. 1.035 a 1.088 do Proc. nº 33461.005942/86). À sua vez, a comissão revisora sequer desenvolveu esforços no sentido de demonstrar a inverossimilhança da materialidade e autoria gizadas nesse documento, adstringindo-se à asserção de que as *“alegações finais de (...) e (...) são coerentes e encontram respaldo nos documentos e testemunhos que carregaram aos autos no decorrer do presente processo revisional, razão pela qual reputamos justo o pretendido”* (fl. 197 do Proc. nº 33461.002341/95-02).

17. Não elidiram a força de convencimento emanante da averiguação efetivada pela comissão de inquérito os pronunciamentos do Ministério da Saúde (fls. 200/219), mormente em se considerando os seguintes prismas:

I - o processo disciplinar de que adveio a dispensa, com justa causa, dos requerentes atendeu ao regramento à época vigente (Lei nº 1.711, de 1952), com defesa satisfatoriamente assegurada, sendo incabível pretender-se, agora, que a c.i. observasse regras processuais reguladas na Lei nº 8.112, editada após a apenação;

II - o fato de dirigente do Hospital Bom Pastor declarar que autorizou a realização de pequenas cirurgias no consultório particular de (...), e mesmo que esses atendimentos fossem do conhecimento do Inamps, não descaracteriza a improbidade da atuação funcional do médico, porquanto disso resultou prejuízo para a Previdência Social, consistente no pagamento de taxa de sala pelo Inamps, ao mencionado Hospital, além das demais despesas contratuais previstas em convênio celebrado entre essas duas entidades assistenciais;

III - a assertiva de que (...) não recebeu qualquer contraprestação pecuniária, relativa à extração de duas unhas num mesmo atendimento, porque os correspondentes documentos foram *“roubados do Setor de Contas do hospital, sem passar pela revisão técnica do Inamps e como não recebeu por tal serviço não tem que prestar contas por ele”*, não constitui fator excludente da caracterização da improbidade, pois o pagamento era indevido (o servidor apenas apresentou duas contas como se o trabalho tivesse sido feito em dias diferentes - fl. 213 do Proc. nº 33461.002341/95-02) e não ocorreu por motivo independente da vontade do interessado, sendo que a feitura das duas requisições de trabalho, por si só, já demonstra a falta de honestidade e retidão e atuação fraudulenta e de má fé, elementos estes capazes de configurar a improbidade, como visto nos itens 10 e 12 deste Parecer.

Cabe o destaque feito pela c.i. (fls. 1.077 e 1.078 do processo disciplinar):

a) *“irregularidade houve, pois foi pago ao hospital duas taxas de sala ao invés de uma e medicamentos também em dobro, acarretando ônus para a Previdência”*;

b) *“Concordamos que os gastos com a extração das unhas da beneficiária (...) não foram pagos pelos Inamps, pois os citados documentos foram retirados do hospital antes de serem encaminhados ao Inamps. Porém, os gastos com as extrações das unhas da beneficiária (...) o foram”*;

IV - possuem pouca credibilidade as três declarações, juntadas ao processo revisional por (...), em que igual número de beneficiários da Previdência Social infirmam as próprias asserções de pagamento de honorários, na oportunidade em que foram atendidos pelo aludido médico e à conta da Previdência Social. Essas acusações foram feitas à comissão de inquérito (v. fls. 544, 627, 708, 710, 714, 993, 994 e 995) e nenhuma justificativa foi aduzida de maneira a desacreditar a primeira das duas versões.

De qualquer sorte, restaram duas declarações de recebimento indevido de honorários, impondo-se salientar a fragilidade da alegação de que, no tocante a uma delas, a importância teria sido cobrada para custear *“corrida de taxi, porque o médico estava na praia”* e o paciente foi atendido num dia de domingo, o que induziu os pareceristas a concluir, nos expedientes de fls. 210 a 215 e 216 a 219, que o médico encontrava-se em dia de folga de seu expediente e teria efetuado despesa com seu transporte, com o intuito de atender a um beneficiário da Previdência Social.

A propósito da afirmação de que “a outra (refere-se à declaração prestada por (...) à fl. 627 do Proc. nº 33461.5942/86) não possuía carteira de segurado do Inamps, exigível, à época, para o atendimento, ocorrido, de resto, no Hospital Bom Pastor e, por este cobrado como paciente particular” (item 13 do Parecer CJ nº 11/98, do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde), impende reproduzir excerto dessa declaração, em vista de seu caráter suficientemente elucidativo e contrário a tal ilação, *verbis*:

“a (o) beneficiário (...), por livre e espontânea vontade, sendo interrogada (o), prestou as seguintes declarações: Que sua sogra (...) esteve internada no Hospital Bom Pastor no período de 27.10.86 a 30.10.86, quando foi submetida a cirurgia com o Dr. (...). Que teve que pagar mais ou menos Cz\$ 100,00 ou Cz\$ 150,00 de consulta para o Dr. (...), que foi pago para a sua secretária, no Hospital Bom Pastor. Que sua sogra internou-se em enfermaria. Que levou a carteira do Inamps no dia da internação e até hoje continua no Hospital. Declara, ainda, que quando da alta hospitalar, o declarante dirigiu-se ao médico para saber se estava devendo alguma coisa, então, foi informado pelo Dr. (...) que teria que pagar Cz\$ 2.400,00, sendo este valor correspondente aos honorários do anestesista, taxa de sala, diária hospitalar e os serviços do próprio Dr. (...). Finalizando, diz, ainda, que quando da alta da Dona Custódia, a funcionária da Portaria disse-lhe que a Carteira do Inamps teria que ficar lá no Hospital. Apresentou Carteira de Identidade de nº 15/R-1.975.718, expedida em 09.09.85, pela SSP-SC.”

Observe-se que a comissão de inquérito tivera o cuidado de verificar que esse atendimento, e os demais, foram pagos pelo Inamps e os pacientes tinham em mãos todos os documentos necessários à internação hospitalar (v. fls. 1.070 e 1.071 do processo disciplinar). Os documentos de fls. 628 a 630 demonstram a regularidade da internação da paciente a que alude a transcrição acima;

V - os atrasos ao trabalho em que incorreu (...) são inconteste. É válido transcrever o realce feito pela comissão de inquérito a esse aspecto, no relatório final (fl. 1.071):

“O próprio indiciado confessa em sua defesa que inicia o expediente após as doze (12) horas e permanece até o término do atendimento dos médicos que atendem no período da tarde, ou seja, até as quatorze (14) horas.”

Valentim Carrion enfatiza decisão da Justiça do Trabalho concernente à tipificação da conduta do empregado, de modo a configurar a desídia:

“Constitui justa causa - desídia - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 18ª ed, 1994, p. 363)

18. Dirimiou-se que a sugestão, alvitada pelo Ministério da Saúde, implica declarar sem efeito a demissão e reintegrar os interessados *“no cargo de Médico, do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde, resultante da transformação do emprego”* que ocupavam, com supedâneo nos arts. 28, 181 e 182 da Lei nº 8.112.

19. Não se afiguraria apropriada a fundamentação desses atos nos preceptivos estatutários, adnumerados no item anterior, se jurídica e judiciosa fossem tais medidas, porquanto:

1) a dispensa dos suplicantes e a conseqüente vacância do emprego de Médico verificaram-se sob a égide da legislação trabalhista: haveria ela de incidir na reintegração da espécie, se viável fosse. A relação empregatícia cessou com a demissão dos peticionários, sucedida pela edição da Lei nº 8.112, de 1990, que não surtiu efeitos retroativos (v. seu art. 252);

2) esse estatuto não transformou emprego vago em cargo, donde sobressai a impropriedade da afirmação de que os cargos em que pretendem efetuar as reintegrações são resultantes da transformação dos empregos de que os interessados eram titulares. Nem mesmo se esclarece, nos autos, se esses empregos encontravam-se desocupados na data de vigência da Lei nº 8.112;

3) os seguintes dispositivos da Lei nº 8.112 reputam-se inadequados à reintegração de pessoal trabalhista, em face de:

a - art. 28: a reintegração constituir modalidade de provimento de cargo e o sentido literal desse dispositivo induzir ao pressuposto inarredável dessa investidura que o servidor haveria de ter sido afastado, a título de penalidade, também de cargo, todavia não de emprego;

b - art. 182: a Lei nº 8.112 haver entrado em vigor a partir da data de sua publicação, ou seja, a contar de 12 de dezembro de 1990 e a aplicação desse preceito não ser de molde a alcançar a reintegração de pessoal trabalhista, dispensado, com justa causa, em 1988.

20. Demitidos em abril de 1988, os interessados pleitearam seu retorno e foram cientificados da manutenção da penalidade em outubro de 1992 (cfr. os avisos de recebimento constantes do Proc. nº 33461.15948/92-19, *in fine*).

21. Destarte, as ponderações, acima efetuadas, possuem caráter meramente ilustrativo dos fatos que culminaram na apenação e na proposta de reintegração, pois o direito de ação para os interessados peticionarem o respectivo retorno foi alcançado pelo decurso do tempo, ex vi dos arts. 11 da C.L.T. e 7º, XXIX, da Carta.

22. Em conclusão, tem-se que a pretensão dos interessados encontra-se prejudicada pela prescrição. Ainda que assim não fosse, haveria de ser indeferida: os atos punitivos são harmônicos com as normas aplicáveis, à época, ao processo administrativo e as provas coligidas.

Sub censura.

Brasília, 25 de setembro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-124, no tópico CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; PARECER Nº GM-3, no tópico *IN DUBIO PRO REO*; e PARECER Nº GQ-55, no tópico NULIDADE.

13 - IN DUBIO PRO REO, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E ÔNUS DA PROVA

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova da irregularidade incumbe à Administração. Autorização, no art. 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para se aplicar suspensão em hipótese originariamente punível com advertência. Ressarcimento do dano causado ao erário não elide a responsabilização.

PARECER AGU Nº GQ-136

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 26.1.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 03000.005894/95-10

ORIGEM: Ministério do Planejamento e Orçamento

ASSUNTO: Julgamento de processo administrativo disciplinar pelo Presidente da República.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-1/98, de 19 de janeiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 26 de janeiro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-1/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-136)

EMENTA: A penalidade do servidor deve adstringir-se às faltas sobre as quais existam, nos autos, elementos de convicção capazes de imprimir a certeza quanto à materialidade da infração e à autoria. No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração.

PARECER

Em face de controvérsia estabelecida entre a Consultoria Jurídica do Ministério Planejamento e Orçamento e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, abrangente do mérito da inflição da penalidade expulsiva a servidor pertencente ao quadro permanente da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a Presidência da República encaminhou os autos a esta Instituição, a fim de ser efetuado o exame do assunto, pacificando o dissenso (Aviso nº 13, de 5 de janeiro fluente, do Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, interino).

2. O processo versa sobre irregularidades verificadas na “*folha de pagamento do servidor (...), no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1993, referentes às rubricas ‘0073 - Adiantamento de Férias’, ‘0077 - Abono Pecuniário’ e ‘0020 - Adicional 1/3 de Férias’, em que foram recebidas quantias maiores do que as devidas e foram descontadas quantias menores do que as devidas ou não feitos os descontos devidos*” (f. 167 dos autos - relatório final).

3. A seguir, são reproduzidos excertos de aspectos reputados relevantes à formação do juízo de caracterização da materialidade de ilícito administrativo e de culpabilidade do indiciado, ínsitos ao relatório final, *verbis*:

“O servidor indiciado estava devidamente habilitado para acessar o Siape, tinha senha autorizada e trabalhava na área de pagamento de pessoal desde meados de julho de 1990 até janeiro de 1995.” (f. 168)

“Até dezembro de 1993, a entrada de valores correspondentes às rubricas ‘Férias Antecipadas’, ‘Abono Pecuniário’ e ‘Adicional 1/3 de Férias’ era feita manualmente, ou seja, o operador indicava as quantias a serem percebidas por cada servidor. A partir de janeiro de 1994, por medida de segurança, o próprio Sistema calculava automaticamente as quantias a serem lançadas nestas rubricas e providenciava o correspondente desconto, além de, a cada rubrica digitada, associar à transação o horário, o número do terminal e a senha do operador. A falta destes controles de segurança permitiu que o servidor indiciado se apropriasse de importâncias indevidas, apesar de não poder ser provada sua ação direta.” (f. 170)

“Apesar de não poder ser comprovada a ação direta do servidor indiciado, existiu a vontade livre e consciente de apropriar-se do resultado obtido (a quem mais interessaria tal resultado?), caracterizando-se o dolo genérico (‘animus delinquendi’). Há que se considerar, também, que o servidor indiciado, em cinco oportunidades, exerceu a função de Supervisor da Equipe de Folha de Pagamento, na ausência do seu titular. Em junho de 1992, fevereiro e julho de 1993 e março e julho de 1994 observam-se nas Fichas Financeiras lançamentos na rubrica ‘00024 - Substituição’, que se refere ao pagamento de gratificação de função eventual/ por substituição em cargo de confiança.” (f. 171)

“No caso apurado neste Processo, sabendo da ausência de efetivos controles internos, rotineiros e imediatos, para a detecção de erros de pagamentos indevidos, o servidor, com a certeza da impunidade, aproveitando-se das circunstâncias havidas, procurou auferir vantagens recebendo valores superiores ao que seria correto e deixando de descontar quantias recebidas como adiantamento.” (f. 179)

“No caso apurado no presente Processo, observa-se a prática de múltiplos eventos de uma mesma espécie que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e destinatário, comprovam que os eventos subseqüentes podem ser considerados como continuação do primeiro, em consequência do aproveitamento contínuo da condição de servidor (competência funcional e conhecimento técnico-operacional relativos ao processamento da folha de pagamento).” (f. 181)

“Ainda que não ficasse comprovada a ação por comandos indevidos na folha de pagamento (isto porque documentos que deveriam ser mantidos sob proteção especial foram deteriorados por fatores adversos), a ação física do delito é apropriar-se da coisa, consumando-se aí o delito, ao desaparecer a boa fé e surgir o dolo, por saber que aquelas quantias não lhe cabiam. Já a omissão de indicar os comandos que seriam devidos ou informar às chefias para procederem à correção devida da folha de pagamento mostra a infidelidade ao dever do ofício, à função exercida, descumprindo obrigações que lhe são inerentes, movido o servidor por interesse ou sentimento próprios.” (f. 182)

“Diante do apurado neste processo, concluir-se: b) que ficou comprovada a materialidade do delito, pela análise das Fichas Financeiras mensais, que provam o recebimento de quantias superiores ao devido e a não-devolução de adiantamentos de pagamento; c) que ficou caracterizada a prática de apropriação de dinheiro público que, por dever de ofício, experiência e conhecimento técnico-profissional, o servidor sabia ser indevido,

retardando ou deixando de providenciar a correção e a devolução das quantias recebidas a mais.” (f. 186)

4. Entendendo caracterizada infração disciplinar grave e os danos sofridos pelo Erário, o colegiado propugnou pela apenação do indiciado, nos termos do art. 132, IV e X, da Lei nº 8.112, de 1990.

5. Não menos ponderáveis as preleções dos aludidos Órgãos jurídicos, motivo por que devem ser cotejadas, no respeitante aos seus fundamentos, de ordem fática e jurídica, dando ensejo a melhor visualização da temática do mérito da conduta funcional do indiciado.

I - Entendimento da Consultoria Jurídica do MPO: Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República:

“Após colher-se os muitos depoimentos, não se chegou à convicção de que a ação delituosa seria de sua alçada, mesmo porque, todos os que ali trabalhavam sabiam da senha que acessava o sistema. É o que se vê do depoimento de fls. 127/132. Ora, os muitos depoimentos trazem a convicção de que o indiciado não promoveu qualquer ato que o levasse ao cometimento de uma ação delituosa do porte da definição retrotranscrita, ensejadora, pois, de sua demissão. Mesmo porque, não se pode imputar a servidor a obrigação de, quando do recebimento de sua remuneração, nela incluídas parcelas de férias, se dirigir à Chefia para dar-lhe ciência das importâncias recebidas. Mesmo porque, é verdade que pouca gente, no universo dos servidores, sabe, efetivamente, se o que recebe e lhe descontam nessas oportunidades é, realmente, o que deveria ser pago ou descontado. A obrigação que lhe cumpre é a de repor os valores recebidos a maior, quando assim determinado pela administração, e até mesmo ser demitido, após o devido processo legal, onde ficar devidamente provado que ele agiu delituosa e deliberadamente em seu favor ou de outrem.

Note-se mais: o memorando de fl. 02, que ensejou a instauração do PAD, afirma que o servidor, no período de 1990 a 1994, recebeu, em determinados momentos, valores a maior. Ora, em 1990, ele trabalhava em outra área do DRH/IBGE, a de pagamento, e não tinha acesso ao sistema de elaboração das folhas de pagamento. É o que se vê do depoimento de fls. 111/114. Ainda mais, em seu próprio depoimento, o indiciado afirma, e não foi contestado, que começou a preparar folha de pagamento de férias do ‘final de julho de 1993 até 1994’. (v. fls. 133/145). Isso posto, em decorrência das razões expendidas nos itens 5/7, o PAD deveria ser declarado nulo; entretanto, considerando que o silêncio não constitui delito ensejador de demissão; considerando que, ‘in casu’, o servidor ficou aguardando a ação da administração - a efetiva promoção do desconto-, como, de resto, é um procedimento comum aos servidores; considerando que não restou provado que o próprio servidor elaborou as diversas folhas que o beneficiaram; considerando que a reposição dos valores recebidos a maior já vem ocorrendo, sou, salvo melhor entendimento, pelo arquivamento do PAD, sob pena de estar recomendando um ato de injustiça. Deixo, em apenso, minuta da E.M. e do Aviso que a encaminhará.”

II - Entendimento da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República:

“Com a ‘*permissa venia*’ ao entendimento jurídico formulado pela Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento e Orçamento, as provas dos autos indicam o cometimento do ato ímprobo por parte do servidor indiciado. Com efeito, ensina Ivan Barbosa Rigolin, in Comentários ao

Regime Único dos Servidores Públicos Civis, págs. 229 e 230, que improbidade que dizer ‘desonestidade, imoralidade, prática de ato ou atos ímprobos, com vistas a vantagem pessoal ou de correlato do autor, sempre com interesse para o agente. (...) é ato doloso é conduta com efeitos necessariamente assumidos pelo agente, que sabe estar sendo desonesto, desleal, imoral, corrupto’, e isso ficou patente nos autos, inclusive com o próprio depoimento do indiciado (fls. 133/145), no qual admitiu a percepção do benefício indevido e a ausência intencional de providências para reparar o erro, não restando dúvidas de que se tornou ímprobo. Do mesmo mestre citado, têm-se que ‘a improbidade é sempre ato doloso, ou seja, praticado intencionalmente, ou cujo risco é inteiramente assumido’. Sabia o indiciado que estava se beneficiando de uma vantagem totalmente indevida, o que se agrava mais ainda por ser tratar de um elemento que trabalhava no próprio setor de pagamento de pessoal. A Comissão processante vivenciou, por meses, de forma exaustiva, a apuração dos fatos delituosos, observando, como dito acima, todos requisitos processuais e legais pertinentes, tendo colhido importantes elementos ensejadores de sua conclusão, o que só pode ser rechaçado caso se tenham argumentos convincentes, calcados em provas, para descaracterizar o convencimento pela aplicação da penalidade expulsória. E isso não foi demonstrado, data vênua, pela douta Consultoria Jurídica do MPO. Na forma do disposto no artigo 168, da Lei nº 8.112/90, o julgamento do PAD acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos. As provas dos autos indicam, sobremaneira, a prática de atos ímprobos e lesão aos cofres públicos.”

6. No caso, devem ser assinalados os seguintes aspectos, posto que sobremaneira relevantes para o julgamento do processo:

a) consoante demonstrado às fls. 172 a 174, peças estas compreendidas no relatório final, houve percepção a maior das importâncias devidas a título de adiantamento de férias, de abono pecuniário e de adicional de férias, relativos aos períodos de fevereiro a março de 1991 e a janeiro de 1992. No tocante às férias, usufruídas em janeiro de 1993, houve a percepção apenas do adiantamento de férias em valor superior àquele a que o indiciado fazia jus. Em relação ao período de junho a julho de 1991, o valor total pago é inferior ao devido, embora o abono pecuniário tenha sido depositado em valor maior que o correto. Portanto, foram efetuados três pagamentos em importâncias maiores que as devidas e um em valor total inferior ao que o indiciado tinha direito. Esses fatos são incontestes e reconhecidos até mesmo pelo indiciado;

b) como visto nos excertos do relatório final, acima reproduzidos, a comissão, em mais de uma oportunidade, assevera que não logrou comprovar a *“ação direta do servidor indiciado”* na efetivação desses pagamentos. A bem da verdade, elucide-se que as provas dos autos igualmente não evidenciam sequer a participação indireta do indiciado, até mesmo porque:

I) o Sr. (...), responsável pela área de pagamento na época em que os fatos ocorreram, prestou depoimento no sentido de que a) a responsabilidade para efetuar os comandos com vistas ao pagamento era de servidores outros que não o indiciado (f. 101). Essa incumbência encontra-se explicitada também no depoimento da servidora (...) (f. 68); b) *“o serviço era de tamanho volume que os chefes também operacionalizavam”* (f. 104); e c) são de difícil explicação e possivelmente oriundos de vários fatores os comandos de que advieram os lançamentos irregulares (f. 106);

II) o servidor (...) afirma que, no período em que o indiciado trabalhou sob sua chefia, este não possuía senha no Siape e tinha por atribuições *“receber e encaminhar expedientes. Em nenhum momento entrou com comandos de pagamento, isto era específico meu e de minha substituta (...)”* (f. 112);

III) no depoimento, o indiciado negou a autoria dos lançamentos (f. 138) e, na defesa, ao reafirmar sua inocência, os atribuiu a erro do sistema de computação (f. 159), justificando que, em determinados períodos em que se verificaram os pagamentos sob comento, trabalhava no arquivo ou tinha por atribuições *“receber e encaminhar expediente”*, sem acesso aos comandos e conferência da folha de pagamento (f. 159); IV) Às fls. 68 e 69, 105 e 131, os depoentes (...), (...) e (...) afirmaram que o indiciado podia efetuar comandos na folha de pagamento e possuía a senha do Siape (esta última assertiva é feita somente por (...)), porém não se determinou a partir de que data o servidor passou a desempenhar essas atribuições, de modo a melhor ser avaliada a real atuação do indiciado;

V) o IBGE não dispunha de controle rigoroso da exatidão dos pagamentos efetuados e foram qualificados de vulneráveis os métodos de confecção das respectivas folhas, o que poderia dar azo a fraudes ou erros (v. as respostas às perguntas ns. 37, 26, 36, 20, 12, 25 e 42 das correspondentes folhas 68, 105, 106, 114, 116, 118 e 132);

VI) no período em exame, não se efetuou completo levantamento dos possíveis erros na elaboração das folhas de pagamento, com o intuito de verificar se os da espécie podem ser considerados como fatos isolados ou se ocorreram outros em número considerável, relativamente a outros servidores, não obstante alguns terem sido noticiados nas folhas 69, 106 e 116 (v. as respostas às perguntas ns. 43, 37 e 13, respectivamente).

7. Essas facetas e demais elementos de convicção constantes dos autos não são de molde a proporcionar certeza a respeito da responsabilidade do indiciado no depósito de importâncias superiores às que tinha direito, nem de corroborar a conclusão de que esse servidor se apropriou ou recebeu essas vantagens, valendo-se das circunstâncias e da condição de servidor, como evidenciado no item 3 deste expediente.

8. Ao invés do que ocorre no processo de revisão, onde o ônus da prova cabe ao requerente (v. o art. 175 da Lei nº 8.112, de 1990), posto que o ato punitivo goza da presunção de legalidade, compete à Administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.

9. Nessa linha de raciocínio remansosa, Ivan Barbosa Rigolin expressa sua opinião, com o seguinte jaez:

“No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que o autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.”
(*Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed, p. 285*)

10. Comunga nesse entendimento Hely Lopes Meirelles, pois, aludindo à instrução, asseriu que nos *“processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar”* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, 20ª ed, p. 591).

11. Diversa, entretanto, é a convicção de que o servidor faltou com os deveres de lealdade com a entidade a cujo quadro de pessoal pertence e de cientificar a autoridade superior a respeito do pagamento a maior de que se beneficiou (cfr. o art. 116, II e VI, da Lei nº 8.112), por isso que percebeu o depósito das importâncias superiores a que tinha direito e omitiu-se na adoção das medidas cabíveis, não obstante ter pretendido justificar-se com a alegação de que esperou a efetivação do desconto por iniciativa da unidade competente, olvidando-o com o decurso do tempo (v. o depoimento: fls. 139, 140 e 144).

12. Sob esse aspecto, impõe-se a apenação do servidor, *ex vi* do art. 124 da Lei nº 8.112, na forma do qual a *“responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”*, a qual não foi elidida pela restituição do indébito.

13. Embora o art. 129 da Lei nº 8.112, na condição de regra geral, comine a penalidade de advertência nos casos de inobservância de dever funcional, a gravidade da falta disciplinar em que incorreu o indiciado indica a infligção de penalidade mais severa, a teor da parte final desse preceptivo. Assim, em visa das condicionantes adnumeradas no art. 128 da mesma Lei nº 8.112, alvitra-se a suspensão do indiciado pelo período de sessenta dias.

14. O processo disciplinar desenvolveu-se com observância do princípio do contraditório e foi assegurada a ampla defesa, tanto que o servidor foi regularmente indiciado e apresentou defesa, após ser notificado da instauração processual e dos depoimentos coligidos.

Sub censura.

Brasília, 19 de janeiro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Enquadramento no inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, decorrente das atribuições regularmente desenvolvidas pelo servidor. Ônus da prova da irregularidade incumbe à Administração.

PARECER AGU Nº GQ-139

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 19.2.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 08650.000276/96-14

ORIGEM: Ministério da Justiça

ASSUNTO: Demissão de servidores.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-3/98, de 30 de janeiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 19 de fevereiro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-3/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-139)

EMENTA: À apenação é imprescindível que estejam demonstradas, de maneira convincente, a materialidade e a autoria da infração, hipótese em que a edição do ato disciplinar torna-se compulsória. A caracterização da inobservância da proibição de receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, compreendida no art. 117, XII, da Lei nº 8.112, de 1990, pressupõe o exercício regular das atribuições cometidas ao servidor.

PARECER

A Presidência da República encaminhou o presente processo disciplinar a esta Instituição (Aviso nº 11, de 5 de janeiro de 1998, da Casa Civil), em virtude da divergência de entendimentos verificada entre a respectiva Subchefia para Assuntos Jurídicos e a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, no respeitante à comprovação da prática de infração atribuída pela comissão de inquérito a (...), ocupante do cargo de Patrulheiro Rodoviário Federal do Ministério da Justiça.

2. No relatório de fls. 476 a 498, a c.i. concluiu haver o indiciado, em 16 de março de 1996, “*quando de serviço no posto da Polícia Rodoviária Federal em Barreiras/BA, ao fiscalizar o veículo Scania Vabis 112H, placas ICD-5136-RS, tendo como condutor o Sr. (...) recebido a quantia de cinco reais para liberar a passagem daquele veículo naquele posto policial, fatos estes que em tese, preliminarmente, tipificam infrações capituladas nos incisos I, II, III e IX do art. 116, IX, XII, e XV do art. 117, ambos da Lei 8.112/90-RJU, c/c alíneas a e g do inciso XV do Dec. 1.171 de 22/06/94*”.

3. A discordância do Órgão jurídico do aludido Ministério justifica-se pelos seguintes motivos (Parecer CJ nº 43/97, de 12/9/97, acolhido pelo Despacho CAD/CJ/nº 96/97 - v. fls. 504/513):

“Embora comprovado que o PRF (...) fiscalizou o veículo do motorista (...), não há provas nos autos indicando que o servidor recebeu a propina de R\$

5,00 (cinco reais) tal como alega o motorista de Caxias do Sul em seu depoimento às fls. 333/334.

Transcrevemos: 'passou à mão do PRF a nota fiscal de sua carta, já com uma nota de R\$ 5,00 dentro, vindo estão indagar pelo resto da documentação, que no ponto de vista do depoente seria a complementação de mais R\$ 5,00 para totalizar R\$ 10,00 que era a cota estipulada para passarem por aquele posto sem serem importunados... disse ao patrulheiro para lhe quebrar aquela, pois só tinha a importância citada que ficaria devendo para a próxima'.

Nas vistorias realizadas no Posto pelos PRFs (...),(...) e pelo Chefe da Delegacia (...) não foi encontrada nenhuma cédula de R\$ 5,00 (cinco) reais. O Chefe da Delegacia (...) declarou, à fl. 97, que o próprio PRF (...) 'se dispôs a uma revista na sua farda pela equipe de inspeção, fato que não ocorreu'.

Portanto, não há provas capazes de justificar a punição do patrulheiro por infringência do inciso XII do art. 117 e inciso XI do art. 132 da Lei nº 8.112/90. Consta dos autos apenas o testemunho de acusação do motorista (...), contraditado pelo PRF (...) em seu interrogatório às fls. 214/216. Por essas razões, discordamos das conclusões do Colegiado para sugerir a absolvição do indiciado, sob o fundamento do princípio do direito '*in dubio pro reu*'."

4. À sua vez, a Subchefia para Assuntos Jurídicos, na Nota nº 3559/97-SAJ/PR-JM, aprovada em 6/11/97 (fls. 515 e 516), a respeito da manifestação reproduzida no item anterior, entendeu, *verbis*:

"Ocorre, todavia, que o depoimento da testemunha, Sr. (...), fls. 117, não deixa qualquer dúvida a respeito do ilícito praticado pelo PRF (...), ao afirmar que 'entregou a nota fiscal acompanhada por uma nota de dez reais, e que o PRF solicitou o restante da documentação, e após uma rápida olhada nesses, devolveu e liberou o condutor, mas que o dinheiro permaneceu em poder do PRF; que ao ser indagado se o PRF que lhe fiscalizara era o aqui presente, o PRF (...), respondeu que não; e ao ser apresentado às identidades constantes do presente, reconheceu como sendo o PRF (...), fls. 09, confirmando ter sido este que ficara com o dinheiro'. Diante do exposto, entendo que deva prevalecer a conclusão ofertada pela Comissão Processante, a qual, *data venia*, está em perfeita harmonia com as provas carreadas para os autos."

(Nota: Não consta do original deste Parecer o parágrafo 5.)

6. Com vistas à imprescindível compreensão dos acontecimentos, apreciados no presente processo, deve ser elucidado que são imputadas infrações aos patrulheiros rodoviários federais (...), (...) e (...), sob a alegação de que teriam recebido, o primeiro e o último, dez reais e, o segundo, cinco reais, oferecidos pelos condutores de veículos de transportes por eles vistoriados no posto fiscal de Barreiras, localizado na BR-020/BA, fatos denunciados por (...), à época titular do cargo de confiança de Chefe da Coordenação de Pessoal, Ensino e Disciplina do DNER, como resultado de fiscalização, que efetuou em conjunto com (...) e (...), também patrulheiros rodoviários federais.

7. Para efeito do deslinde do dissenso estabelecido entre as mencionadas unidades jurídicas, torna-se necessário apreciar as provas coligidas pela c.i, quanto aos indiciados (...) e (...) (afigura-se indene de dúvida a materialidade e a autoria da falta disciplinar imputada a (...)), eis que a vistoria dos três veículos ocorreu simultaneamente e há conexão de esclarecimentos, prestados pelos condutores dos veículos vistoriados.

8. De forma indubitável, está demonstrado que (...) fiscalizou o veículo Scania Vabis 112H, placa ICD 5136 - RS, conduzido por (...), e (...) o Volvo, placa JJC 1506 - DF, dirigido por (...).

9. Além do depoimento prestado pelo denunciante às fls. 125 e 126 (...), onde este assevera que os três servidores, referidos, praticaram os ilícitos, são apresentadas as seguintes provas das transgressões atribuídas aos indiciados:

1 - (...) - *“depoimento da testemunha (...) às fls. 333 e 334 e o próprio Termo de Interrogatório do indiciado que confirma ter fiscalizado o auto-carga da testemunha acima referido. Destarte, os fatos se complementam e a existência de indícios veementes nos autos, levam este colegiado ao convencimento de culpa do indiciado”* (f. 496). A c.i. silenciou a respeito dos indícios a que estava se referindo. Consoante visto, na Nota nº 3559/97-SAJ/PR-JM (fls. 515 e 516), ainda foi considerado, como prova, o fato de (...) haver reconhecido (...) como o patrulheiro que teria recebido os dez reais, durante a fiscalização de que se trata. A c.i. entendeu que este indiciado teria recebido cinco reais e do motorista (...), mas não de (...), cujo veículo foi vistoriado por (...);

2 - (...) - *testemunho de (...), asseverando a entrega de dez reais. No entanto, em face do contexto do apuratório, a comissão considerou que, reconhecendo tal testemunha “outro patrulheiro que não era este indiciado e sim o indiciado (...), não tem relevância. Senão vejamos: Inicialmente, o indiciado ao ser interrogado, reconhece que fiscalizou o auto-carga, cor branca e placa de Brasília. Segundo: no momento da inspeção realizada que originou este PAD, foram parados três auto-cargas, que foram fiscalizadas por três patrulheiros diferentes, só restando o indiciado (...), que reconhecidamente, nos presentes autos, não fiscalizou nenhum auto-carga. Com isso, os três condutores entregaram notas de reais junto com as notas fiscais, aos patrulheiros que os abordaram. Ainda mais, o indiciado, ao pressentir o flagrante, como ocorreu com seu colega (...), procurou se livrar da propina, fato este já claramente demonstrado nos autos”*. (f. 497).

10. Vez que (...) teve seu veículo vistoriado por (...), não haveria como imprimir credibilidade ao fato de haver reconhecido (...) como sendo o patrulheiro que recebeu os dez reais. Não aproveita à incriminação do último indiciado a prova considerada para demonstrar a culpabilidade de (...), dado que, como relatados os fatos, as três inspeções foram concomitantes e a cada patrulheiro coube a vistoria de um único veículo.

11. Resta sopesar o aspecto de (...) (a autoridade denunciante das irregularidades), no depoimento de fls. 125 e 126, não haver afirmado que viu (...) e (...) receberam os cinco e dez reais, correspondentemente, embora tenha asseverado que os três indiciados praticaram os ilícitos.

12. Resultam na fragilização da certeza da veracidade das transgressões de que (...) foi acusado o fato de não ter-se encontrado a nota de cinco reais e a insegurança e imprecisão demonstradas por (...) (depoimento de fls. 333 e 334) ao responder assim a indagações pertinentes às irregularidades:

a) *“não se recorda precisamente a sua posição em relação aos três veículos que foram parados, mas com certeza o primeiro não era; que foi o último a ser liberado, e acredita ter sido também o último a ser liberado (sic)”*. Observe-se que apenas três veículos estavam sendo inspecionados, um dos quais era conduzido pelo aludido depoente;

b) *“não reconhece os PRFs cujas fotos lhe foram apresentadas, constantes de fls. 09, 10 e 11, mas lembra vagamente, não podendo afirmar com certeza que o PRF que lhe fiscalizou é o constante de fls. 09 (...).”*

13. Não obstante os elementos probatórios, constantes dos autos, proporcionarem a certeza da prática das infrações atribuídas a (...) e a (...), o mesmo não ocorre no tocante a (...) e a (...).

14. Inadequada a fundamentação do ato de demissão de (...) e de (...) no inciso XII do art. 117 da Lei nº 8.112.

15. É que esse dispositivo estatui:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

.....

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

16. O contexto do regime disciplinar e a positividade do transcrito inciso XII, mormente o sentido que se empresta à expressão “em razão de suas atribuições”, induzem ao entendimento de que o recebimento de propina, comissão, presente ou qualquer modalidade de vantagem é decorrente das atribuições regularmente desenvolvidas pelo servidor, sem qualquer pertinência com a conduta censurável de que resulte proveito ilícito.

17. Em vista do que consta dos autos, cabe a conclusão de que:

a) impõe-se a demissão dos indiciados (...) e (...), com supedâneo no art. 132, item XI, da Lei nº 8.112, de 1990, e

b) a exculpação de (...), por insuficiência de prova, e de (...) a quem a c.i. não imputa qualquer falta disciplinar.

Sub censura.

Brasília, 30 de janeiro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: *In dubio pro reo*. Dúvida acerca da responsabilidade impede imposição de pena.

PARECER AGU Nº GQ-173

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 28.X.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 08004.003283/97-56

ORIGEM: Ministério da Justiça

ASSUNTO: Inviabilidade da aplicação de penalidade disciplinar.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-23/98, de 19 de outubro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 28 de outubro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-23/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-173)

EMENTA: A Administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado.

PARECER

O Departamento de Polícia Federal, mediante processo disciplinar, apurou a utilização de certidões por tempo de serviço, expedidas pelo Posto de Benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social, localizado em Irajá, Estado do Rio de Janeiro, por servidores da antiga Fundação Centro Brasileiro para a Infância e Adolescência (FCBIA), com o fito de obterem aposentadoria.

2. No relatório de fls. 2.405 a 2.495, a c.i. alvitrou a demissão de quatro servidores, dentre os quais (...), por haverem incorrido em improbidade administrativa e lesão aos cofres públicos, o que foi acolhido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e pelo Titular daquela Pasta (documentos de fls. 2.125 e 2.126).

3. Em virtude de a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República haver dissentido da apenação de (...), anuindo ao pronunciamento versado no Parecer CJ nº 037/98, de 29 de maio de 1998, da referida Consultoria Jurídica (v. a Nota SAJ nº 3495/98 - LR, de 6 de outubro de 1998), o nominado Órgão da Presidência da República transmitiu os presentes autos a esta Instituição, com vistas a dirimir o real alcance da atuação funcional da referida servidora.

4. A comissão de inquérito relatou os fatos, ligados à conduta funcional de (...), e extraiu suas conclusões sobre a responsabilidade administrativa, com o seguinte teor:

“Não pode ser acatada tal alegação (na defesa, a indiciada alega que houve erro dos servidores do INSS ao emitir a certidão, sendo incabível imputar-lhe tal responsabilidade), uma vez que os servidores do INSS jamais iriam realizar a inserção de firmas e acréscimo de tempos de serviço, na Certidão

de Tempo de Serviço da indiciada, sem haver uma contrapartida, e quanto a este aspecto, por qual motivo os servidores do INSS iriam inserir informações falsas quanto às empresas e períodos trabalhados na Certidão expedida em favor da nominada? Será que se ao contrário ocorresse, ou seja, se os mesmos servidores deixassem de efetivar registros de vínculos empregatícios provadamente trabalhados pela indiciada em sua Carteira Profissional, mesmo assim a citada indiciada utilizaria a mencionada Certidão? Certamente que não. O que houve realmente foi um ajuste entre os inescrupulosos servidores do Posto do INSS no Irajá, e os requerentes das alegadas Certidões, os últimos, de comum acordo com os primeiros, assumiram com suas condutas, o risco dos efeitos dessas ações irregulares, ficando desta maneira comprovada a má fé da indiciada, pois conforme a prova dos autos, ficou evidenciado que (...) tinha pleno conhecimento dos dados falsos contidos em sua CTS, não convencendo a alegação de que não tenha lido o mencionado documento quando de seu recebimento no Posto do INSS em Irajá/RJ, e posterior apresentação à extinta Fundação, para fins de averbação dos tempos de serviço, comprovadamente falsos, com conseqüente obtenção indevida de sua aposentadoria.

Ademais, as provas dos autos demonstram claramente e a própria (...), em seu interrogatório, quando indagada sobre as razões de constar que a mesma possuía documento comprovando que tinha trabalhado no período de 01/11/72 a 31/01/73, na Almeida Lima Ferragem Ltda e de 01/03/72 a 28/02/73, na Secretaria Municipal de Educação de Itabuna/BA, confirmou que veio para o Rio de Janeiro em julho de 1.972, relatando que tinha havido algum erro e indicando não confirmar a data que consta da Certidão de Tempo de Serviço expedida pelo Posto do INSS, relativa a saída da Prefeitura de Itabuna/BA, ou seja 28 de fevereiro de 1.973, acrescentando inclusive, que não colocou o Tempo de Trabalho relativo a Almeida Lima Ferragem Ltda, em seu Pedido de CTS, 'porque eram apenas três meses de serviço...', declarando que compareceu pessoalmente ao Posto do INSS/Irajá, tanto para dar entrada no pedido como para o recebimento de sua CTS, sendo que ao receber o citado documento fez a conferência dos dados relativos aos nomes das empresas e quanto ao tempo líquido de serviço constante do documento, verificando naquela oportunidade, erro quanto a data de expedição do documento, fato que a fez solicitar retificação, afirmando categoricamente que os demais dados estavam corretos, consoante mencionado às fls. 1.524, salientando também, que não observou naquela ocasião, o fato relativo a concomitância dos Tempos de Serviço trabalhados na Almeida Lima Ferragem Ltda, e Secretaria Municipal de Educação de Itabuna, por não está com a documentação em mãos, relatando novamente que não iria precisar do tempo de serviço prestado na firma Almeida Lima Ferragem Ltda, pois eram apenas três meses, fatos estes não contestados pela Defesa. Ao final, afirmou que possui parentes na cidade de Itabuna/BA, e que em 1.991 retornou a citada localidade indo pessoalmente à Prefeitura de Itabuna, onde requereu a Certidão de Tempo de Serviço apresentada junto ao Posto do INSS no Irajá, ficando desta forma, confirmado que a Certidão de Tempo de Serviço expedida pela aludida Prefeitura não condiz com a verdade real dos fatos, e comprovado o uso da mesma para instruir o pedido de averbação de tempo de serviço e conseqüente concessão do benefício da aposentadoria da nominada.

Desta forma, denota-se que a mesma, ao dar entrada em seu Pedido de Averbação do Tempo de Serviço junto a extinta-FCBIA, tinha plena consciência que não tinha trabalhado o período de tempo integral

constante de sua CTS, relativo a Secretaria Municipal de Educação/BA, portanto, esta Comissão contesta integralmente os elementos de defesa, confirmando esta Comissão, em parte, o teor do indiciamento de (...), documento de fls. 1.735/1.758, dos autos, uma vez que ficou comprovado o procedimento ímprobo contra a Administração Pública, quando fez uso da Certidão de Tempo de Serviço, contendo informações falsas, obtendo, assim, de forma ilícita sua aposentadoria, caracterizando a presença do dolo, como elemento subjetivo, uma vez que a improbidade é ato doloso, cujo risco foi inteiramente assumido pela indiciada, que apostou na desorganização estrutural da administração pública e na impunidade, causando, por via de consequência, lesão aos cofres públicos, pelo recebimento indevido de seus proventos no período em que esteve aposentada irregularmente, rejeitando-se o pedido da não punição da aludida servidora, haja vista que tipificada a conduta prevista no artigo 132, incisos IV e X, da Lei 8.112/90, por ser improcedente o enquadramento no inciso I, do artigo 132 da Lei 8.112/90, por não haver sentença com trânsito em julgado em Processo-Crime relativo a nominada, haja vista ser pacífica a jurisprudência dos Tribunais, quanto a aplicação do mencionado dispositivo legal somente nos casos em que os indiciados tenham sido julgados e condenados por sentença transitada em julgado, o que realmente, não ocorreu no caso de (...), vide (MS Nº 21.310-DF - Relator: Ministro Marco Aurélio - D.J. 11.03.94, pp. 4.096, - Ement. - vol. 1.736-2, pp. 263 e segtes, RTJ 152/475), e outras no mesmo sentido.” (fls. 2.478/2.480)

5. Em síntese, tem-se o entendimento externado pela comissão, quanto aos aspectos de maior relevo, no sentido de que:

a) em conluio com servidores do INSS, lotados no posto de benefícios de Irajá, a indiciada obteve certidão de tempo de serviço consignando período não trabalhado e a utilizou, de forma consciente, para aposentar-se na FCBIA;

b) esse tempo não prestado, e registrado em certidão, compreende-se no período de 1º de março de 1972 a 28 de fevereiro de 1973, quando vigorou o contrato de trabalho por prazo determinado celebrado entre a indiciada e a Prefeitura Municipal de Itabuna, Estado da Bahia, sendo que essa servidora trabalhou, no espaço de tempo que medeia 1º de novembro de 1972 e 31 de janeiro de 1973, na firma Almeida Lima Ferragem Ltda, localizada na cidade do Rio de Janeiro, onde teria fixado domicílio em julho de 1993, consoante suas próprias declarações;

c) a indiciada compareceu ao aludido posto de benefícios para requerer a certidão de tempo de serviço e, ao recebê-la, *“fez a conferência dos dados relativos aos nomes das empresas e quanto ao tempo líquido de serviço constante do documento, verificando naquela oportunidade, erro quanto a data de expedição do documento, fato que a fez solicitar retificação, afirmando categoricamente que os demais dados estavam corretos”*. Requereu à extinta FCBIA a averbação desse tempo com plena consciência de que não havia trabalhado o período integral na Prefeitura Municipal de Itabuna.

6. A esse respeito, a Subchefia para Assuntos Jurídicos pensa *“que a Comissão não logrou demonstrar a má fé da servidora ou mesmo que as declarações sobre o tempo de serviço, constantes das certidões de fls. 651 e 654 não são verdadeiras. Quando muito, pesará contra a servidora o abandono de emprego ao não cumprir o contrato de trabalho com a Prefeitura de Itabuna/BA, o que não está em julgamento”* (Nota SAJ nº 3495/98 - LR). O Parecer CJ nº 37/98, emitido na Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, mas que não mereceu a concordância do titular daquele Órgão no tocante à exculpação de (...), evidencia a inexistência de prova da tipificação da improbidade administrativa ou da lesão aos cofres

públicos e aduz os seguintes aspectos, julgados capazes de elidirem a responsabilidade administrativa:

“Preliminarmente, há de considerar-se que os documentos apresentados para efeito de prova junto ao INSS são autênticos. Não há nenhum incidente de falsidade ou alegação de inautenticidade do contrato de trabalho por prazo determinado, celebrado entre a Srª (...) e a Prefeitura de Itabuna/BA. Pelo contrário, todos os funcionários entrevistados pelo servidor policial atestaram a autenticidade dos documentos e das assinaturas apostas nos mesmos. Portanto, está afastada qualquer arguição de improbidade administrativa. Presume-se no presente caso, que a professora (...) não cumpriu integralmente referido contrato, pois antes de expirado o prazo estava no Rio de Janeiro trabalhando na empresa Almeida Lima Ferragem Ltda (doc. de fl. 1533). Por outro lado, parece-nos que a Prefeitura naquela época não questionou o suposto descumprimento do contrato de trabalho, pelo menos não há nos autos nenhuma informação neste sentido. Portanto, não cabe aqui indagar se a Srª (...) cumpriu ou não ‘in totum’ o aludido contrato, até porque é inegável que o alegado inadimplemento parcial do contrato de trabalho há tempo foi fulminado pela prescrição.”

7. É inconteste que a servidora prestou serviços à Prefeitura Municipal de Itabuna, todavia não por todo o tempo em que vigiu o contrato de trabalho (1/3/72 a 28/2/73) e registrado integralmente nas certidões, fornecidas pela Prefeitura e INSS, pois efetivamente trabalhou no Rio de Janeiro, durante três meses desse período (1/11/72 a 31/1/73), e afirma ter fixado residência na última cidade em julho ou agosto de 1972 (fl. 1.522).

8. Dúvida também não remanesce que a indiciada solicitou as certidões à Prefeitura e ao INSS (a certidão fornecida pela última entidade foi utilizada para a concessão de aposentadoria, com proventos integrais), sem encarecer o registro do serviço prestado à firma Almeida Lima Ferragem Ltda, o que evidenciaria a concomitância dos tempos, embora sob a justificativa de que: I - *“quando compareceu ao Posto do INSS fez a entrega apenas das Carteiras de Trabalho e nelas continham inclusive os registros relativos a Almeida Lima Ferragem Ltda”*; II - o tempo omitido soma tão-só três meses e era desnecessário à inativação.

9. É de notar-se o fato de o tempo de serviço não trabalhado haver sido computado apenas para integralizar os proventos. O direito à aposentadoria, com proventos proporcionais, existia independentemente desse tempo (cfr. os arts. 40 da Constituição e 186 da Lei nº 8.112, de 1990).

10. Como visto no item 4 deste expediente, a c.i. louvou-se também no depoimento da indiciada para extrair suas ilações sobre os fatos e a culpabilidade, até mesmo efetuando deduções comuns a todos os indiciados, inclusive (...), concernentes ao conluio destes com os servidores do INSS para expedirem as certidões. Na apreciação da responsabilidade que se atribui à servidora, é imperativo considerar o prisma de que, entre a prestação de serviços na Prefeitura e o recebimento da correspondente certidão, transcorreram cerca de dezenove anos e, entre a vigência do contrato de trabalho e os informes prestados pela indiciada, no seu depoimento à comissão, mais de vinte e quatro anos, períodos suficientes para esmaecerem os fatos que influenciam na apreciação da intencionalidade, até mesmo quanto à percepção ou ciência do registro dos dados inverídicos, atestados nas certidões, mormente em se considerado a assertiva de que a servidora *“não notou erros em sua CTS (a fornecida pelo INSS) no momento em que fez a conferência quando do recebimento porque não tinha os documentos para realizar uma melhor verificação”* (fl. 1.525)

11. A dificuldade para determinar-se a verdade dos acontecimentos, em virtude do decurso do tempo, vislumbra-se inclusive no relatório policial de fls. 1.461 e 1.462. Outrossim, há depoimento em que servidor da Prefeitura assevera que seriam verídicos os informes ínsitos na certidão por ela expedida (v. o depoimento de fls. 1.280 e 1.281, prestado à Divisão de Polícia Federal em Ilhéus, Estado da Bahia), aspecto evidenciado com o intuito de sobrelevar a carência de elementos probatórios suficientes para firmar-se a convicção sobre os fatos, em toda a extensão de sua verdade.

12. Se comprovação inexistente de que houve conluio entre a indiciada e servidores da Prefeitura e do INSS, com vistas ao fornecimento das certidões, não menos considerável é a probabilidade de a indiciada encontrar-se ciente da inexatidão do documento da espécie, emitido pelo INSS, à época em que requereu a averbação, e, ainda assim, tê-lo apresentado à extinta FCBIA, para efeito de contagem do tempo não prestado integralmente.

13. No entanto, as provas coligidas e o jaez dos argumentos aduzidos pela c.i. não possuem força suficiente para proporcionar o convencimento de que há responsabilidade da servidora, na confecção imperfeita dos documentos em exame e na decorrente contagem do tempo de serviço, com vistas à integralização dos proventos. Conforme já dirimido, esse cômputo do serviço prestado à Prefeitura não interferiu na caracterização do direito de a indiciada ser aposentada.

14. A dúvida milita em benefício da servidora e desautoriza a inflição do castigo, pois não seria esta a solução mais benigna.

15. Por oportuno, elucide-se que qualquer ato punitivo é fundamentado num só dispositivo legal nos casos de infração singular e de as plurais possuírem as mesmas características. É imprescindível a fundamentação múltipla na hipótese em que os fatos ilícitos apresentem diferenciação em suas conotações intrínsecas.

16. Vez que emerge dos autos a comprovação do registro de tempo de serviço não prestado pela indiciada e seu cômputo para fins de aposentadoria, todavia sem a demonstração indubitável da responsabilidade funcional, deve a Administração abster-se de apenas a servidora. Impõe-se o desconto da parcela de proventos correspondente a um trinta avos, relativa à inclusão incabível do período sob comento.

Sub censura.

Brasília, 19 de outubro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: *In dubio pro reo*. Dúvida acerca da responsabilidade impede imposição de pena.

PARECER AGU Nº GQ-182

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 28.XII.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 35301.154205/94-11

ORIGEM: Ministério da Previdência e Assistência Social

ASSUNTO: Inviabilidade da apenação de servidor aposentado, em face de não haver sido caracterizada a responsabilidade administrativa.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-25/98, de 4 de dezembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 28 de dezembro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-25/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-182)

EMENTA: A Administração deve editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida a respeito da responsabilidade administrativa do indiciado. A dúvida induz à exculpação.

PARECER

Comissão de inquérito apurou irregularidades praticadas por (...), no exercício do cargo de Fiscal de Contribuição Previdenciária, do quadro permanente do Instituto Nacional do Seguro Social, e sugeriu a suspensão, por noventa dias, a ser unicamente registrada nos assentamentos funcionais do indiciado, em virtude de este haver sido aposentado.

2. No entanto, o Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social anuiu à sugestão de que se casse a aposentadoria do indiciado, alvitada pela Consultoria Jurídica daquela Pasta, e alçou o processo ao julgamento do Presidente da República. À Casa Civil afigurou-se inadequada a fundamentação da penalidade, todavia o MPAS manteve sua opinião. Presentes os autos a esta Instituição, a fim de subsidiar a decisão presidencial.

3. Com o intuito de proporcionar melhor visualização dos pontos nodais objetos do dissenso, seguem reproduzidos excertos dos pareceres divergentes.

“Segundo consta, a acusação que paira sobre o indiciado é a de ter deixado de apurar débitos relativos a contribuições previdenciárias da empresa Transecur S/A no período de out/90 a dez/93, por ocasião da fiscalização efetuada pelo mesmo. Tais débitos foram posteriormente apurados por junta fiscal, a qual entendeu que houve negligência do acusado, já que os mesmos eram de fácil constatação. Nesse ponto, convém assinalar que a empresa devedora assumiu a dívida existente, quitando parte dela, e parcelando o restante.

A Comissão de Inquérito designada conseguiu apurar que realmente a fiscalização realizada pelo indiciado deixava a desejar, todavia não provou

que tal falha decorreu de comum acordo com a empresa fiscalizada, ou a pedido da mesma, sob a promessa do acusado perceber algum favor em troca do erro cometido, a ensejar a afirmação de que se valeu do cargo para lograr proveito próprio ou de outrem. O ex-servidor, em sua defesa, alega que o erro cometido decorreu do excesso de trabalho e da falta de treinamento e condições técnicas para a realização da fiscalização. Note-se que a comissão processante sequer ouviu o depoimento dos dirigentes da empresa. Logo, não se pode afirmar que o indiciado usou deliberadamente o cargo para favorecer a firma em questão. A má-fé, por sua vez, também não ficou expressamente caracterizada.

Como se sabe, no processo disciplinar o ônus da prova recai sobre a Administração. Nessa linha de pensamento, Ivan Barbosa Rigolin leciona, *verbis*:

‘No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.’ (Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed., p. 285)

À toda evidência, o que se conseguiu provar é que o ex-servidor foi desatento no desempenho das atribuições que lhe eram afetas, o que poderia, quando muito, ensejar desídia. No entanto, ‘a desídia fortuita ou ocasional, a que pode vir por um descuido de momento, por uma desatenção momentânea, não constitui motivo para a despedida do empregado ou trabalhador. É justificável’. (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro, Forense, 1987, 10ª Edição, p. 53).

Diante disso, à mingua de provas robustas e concretas, não vislumbro como prosperar a pretensão de cassação da aposentadoria do ex-servidor, por descaracterização da infringência ao disposto no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90. Assim sendo, sou pelo arquivamento dos autos, já que outra penalidade a ser aplicada - advertência ou suspensão - se demonstra incabível, face a aposentadoria do envolvido.” (Nota nº 2.860/98-SAJ/PR-CZ, de 21/8/98, cuja conclusão foi acolhida na Nota nº 3.734/98-SAJ/PR-MM, de 21/10/98, ambas da Casa Civil)

“Com efeito, o teor do Parecer/CJ/nº 1463/98, que propôs a cassação da aposentadoria do servidor deve ser mantido, uma vez que consta nos autos provas substanciais que caracterizam a infringência ao disposto no inciso IX, do art. 117 da Lei nº 8.112/90. O servidor foi indiciado por lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. Com isto, não há que se levantar questões a respeito da existência ou não de acordo entre a empresa e o servidor, com vistas ao recebimento de algum favor por este em troca de uma fiscalização ineficiente, como afirma a Nota 2.860/98. O que ficou plenamente caracterizado foi o proveito da empresa, razão esta já suficiente a ensejar a aplicação da pena ao servidor, ficando descartado, por conseguinte, o exame a respeito de eventual existência de proveito próprio logrado pelo indiciado.

No que concerne à caracterização de favorecimento da empresa mediante a fiscalização irregular realizada pelo servidor, esta ficou evidente, conforme indicam os elementos probatórios juntados aos autos. Primeiramente, a análise feita durante a refiscalização pelo FCP Emanuel Castro de Oliveira (fls. 01 a 07), com base nas informações lançadas no CFE

- cadastro de fiscalização de empresa, conta-corrente das contribuições previdenciárias, extrato de empresa dos recolhimentos para o FGTS, RAIS-relação anual de informações sociais, guias de recolhimento das contribuições previdenciárias e livros-diário, concluiu pela existência de evasão das contribuições previdenciárias, conclusão esta possível através de uma simples verificação dos elementos disponíveis à fiscalização.

Ademais, às fls. 103, o Relatório Fiscal referente à refiscalização da empresa, elaborado por (...), assim explicita: entre o período 1091 e 0894 a empresa vinha recolhendo apenas uma parcela de aproximadamente 1/3 de suas contribuições previdenciárias. A empresa no decorrer da ação fiscal regularizou sua situação: recolheu a parcela referente ao desconto dos empregados, num montante de R\$ 502.593,10 (Reais) e parcelou a parcela patronal num valor de R\$ 1.899.426,64 (Reais). Perfazendo um total entre recolhimento e parcelamento de R\$ 2.402.019,74 (Reais). Confirmando estas informações, o Fiscal (...) aduz, às fls. 104/105, que, em grande parte do período acima indicado, havia sido feita a fiscalização pelo servidor ora indiciado, não tendo este procedido à apuração regular do débito, não obstante o contato que teve com os documentos da empresa. Este acesso aos documentos solicitados à empresa foi, inclusive, afirmado pelo próprio termo de interrogatório do servidor, que não teve qualquer dificuldade durante a fiscalização da empresa Transecur, tendo apurado o débito de Cr\$ 5.415.011,82 (fls. 397/402).

Vê-se, portanto, que os documentos apresentados, tais como as folhas de pagamento, propiciavam um levantamento do débito, ao menos mais aproximado do resultado obtido durante a refiscalização, mesmo com a existência de fatores que impossibilitariam o seu trabalho, tais como a falta de instrumentos, dados, treinamento, o fato de estar sozinho etc. O que não se admite é que um servidor com vinte e cinco anos de prática venha a cometer um erro grosseiro tal como o levantado em sua fiscalização, em que o débito apurado representava apenas um terço do que realmente era devido pela empresa. Acrescente-se, ainda, outro dado que corrobora o entendimento dado no Parecer, no que concerne à ausência de contestação por parte da empresa, quando foi levantado o débito de 2.242.641,34 Ufir durante a refiscalização, tendo esta se manifestado no sentido de unicamente quitar esta dívida (fls. 189/190).

Deve-se considerar, no mínimo, anormal e incomum o fato de a empresa não ter mostrado qualquer interesse em impugnar a refiscalização, que levantou um débito bem maior do que a primeira fiscalização. Caso a empresa considerasse correto o recolhimento de suas contribuições, o procedimento esperado seria a contestação ao débito posteriormente levantado, fundamentando-se no resultado obtido na primeira fiscalização, o que, 'in casu', não ocorreu.

Por fim, no que concerne à afirmação na referida Nota de que a conduta do servidor poderia caracterizar apenas a desídia, não tem fundamento. Isto porque a desídia revela-se por uma síntese de faltas reiteradamente praticadas no decorrer de um período de tempo, não apenas pela existência de um só fato isolado. Dessa maneira, a ocorrência de uma só fiscalização não poderia configurar tal violação, a uma, pela ausência de reiteração de faltas; a duas, pela gravidade do ato praticado pelo servidor, conforme já relatado.

Dessa maneira, as provas contidas nos autos são suficientes para a demonstração de violação ao art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, de modo a presumir-se que a falta do depoimento dos dirigentes da empresa não

ilidiriam a sua culpa, ao contrário do que fora alegado na Nota nº 2.860/98. Ademais, os elementos probatórios constantes dos autos evidentemente não revelam apenas a desídia, que por si só já seria injustificável, dado o montante do débito não levantado na fiscalização, mas também revela o favorecimento da empresa, por ser inadimplente para com a Seguridade Social, tendo recolhido apenas pequenas diferenças em razão da primeira fiscalização.” (Nota/CT/ nº 172/98, de 24/9/98, da Consultoria Jurídica do MPAS).

4. O exame das provas dos autos, inclusive o interrogatório do indiciado (fls. 397 a 402), e do relatório final, não proporcionam maiores elementos de convicção que os suscitados, com propriedade, nos trasladados pronunciamentos das aludidas unidades jurídicas.

5. A c.i. imputou ao indiciado a infração consistente em *“beneficiar a outrem, a empresa Transecur S.A. - Transportadora de Valores, que indubitavelmente foi beneficiada, pois era inadimplente para com a Seguridade Social, foi fiscalizada e após recolher pequenas diferenças decorrentes da aplicação de alíquotas incorretas nas GRPS, foi considerada como se estivesse com a situação regularizada, isto em decorrência da atuação do FCP (...) na ação fiscal, ao deixar de constituir débito que era visível, conforme se comprova sem dificuldades nos autos”* (fl. 21 do relatório final).

6. Inexiste discordância quanto a esses fatos, até mesmo porque são comprovados no processo.

7. Embora demonstrados o proveito da Empresa e a facilidade de detectar-se, durante a fiscalização, o montante dos recolhimentos previdenciários não efetuados, o colegiado não conseguiu comprovar que o indiciado tenha agido propositadamente ou com negligência ou imperícia, na oportunidade em que apurou e consignou o inexato valor do débito. Justificam essa conclusão as condições em que se efetuou a inspeção, indicadas pelo indiciado no interrogatório de fls. 397/402 e não contraditadas pela c.i., via de regra.

8. O contexto do processo e os argumentos nele aduzidos não proporcionam o firme convencimento de que há responsabilidade administrativa no caso, até mesmo em se considerando o fato de o indiciado haver trabalhado durante mais de trinta e cinco anos (v. fl. 20 do relatório final) e a c.i. haver enfatizado, com o propósito de sugerir a pena de suspensão, os aspectos de que ele *“é primário, não dificultou a apuração dos fatos, tem bons antecedentes funcionais, foi por cinco vezes Chefe de Serviço de Arrecadação e Fiscalização DAI-112.2, nas Regiões Fiscais 01 e Centro Sul/RJ e atuou no Grupo Especial da Procuradoria Regional - GEPR”* (fl. 21 do relatório final). São informes que, em princípio, recomendam certa credibilidade às justificativas aduzidas no mencionado interrogatório.

9. Ao invés do que ocorre no processo de revisão, onde o ônus da prova cabe ao requerente (v. o art. 175 da Lei nº 8.112, de 1990), posto que o ato punitivo goza da presunção de legalidade, compete à Administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.

10. Nessa linha de raciocínio remansosa, Ivan Barbosa Rigolin expressa sua opinião, com o seguinte jaez:

“No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.” (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed, p. 285)

11. Comunga nesse entendimento Hely Lopes Meirelles, pois, aludindo à instrução, asseriu que nos *“processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar”* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, 20ª ed, p. 591).

12. Em virtude de subsistir dúvida quanto à responsabilização do indiciado, a qual milita em benefício dele e desautoriza a inflição da penalidade, pois não seria esta a solução mais benigna, deve ser arquivado o presente processo.

Sub censura.

Brasília, 4 de dezembro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Independência das instâncias. Enquadramento em crime contra Administração requer condenação judicial transitada em julgado. Conceitos de atos de improbidade e de desídia. Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. *In dubio pro reo*.

PARECER AGU Nº GM-3

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 10.4.2000*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23123.000427/97-87

ORIGEM: Ministério da Educação

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar irregularidades verificadas na Fundação Universidade Federal de Rondônia.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-4/2000, de 31 de março de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de abril de 2000

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-4/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-3)

EMENTA: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa. Incumbe à Administração apurar as irregularidades verificadas no Serviço Público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna. Apuradas a materialidade da infração e a autoria, por intermédio de processo disciplinar em que se assegurou o exercício do direito de defesa, e se o servidor tinha capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua atuação funcional, a irrogação da penalidade torna-se compulsória, sem margem à discricionariedade da autoridade julgadora e à constatação do dolo. À responsabilização administrativa por proceder o servidor de forma desidiosa, no exercício de cargo ou função de confiança, é imprescindível o exame da conduta do indiciado em face de fatores variados e condicionantes de sua realização funcional.

PARECER

A Casa Civil da Presidência da República encaminhou o presente processo disciplinar a esta Instituição, a fim de ser pacificada divergência, de ordem jurídica, verificada entre a Subchefia para Assuntos Jurídicos do mesmo Órgão e a Consultoria Jurídica no Ministério da Educação, em consequência de à primeira afigurar-se consentânea com as provas, constantes dos autos, a ilação da comissão de inquérito, relativa à apenação de servidores responsabilizados por irregularidades perpetradas na Fundação Universidade Federal de Rondônia, ao passo que a última entende cabíveis exculpação e atenuação de penalidades.

2. Sem demonstrar os motivos de sua conclusão, a Subchefia para Assuntos Jurídicos asseve que, *“tendo em vista o conjunto probatório carreado aos autos, discordando da manifestação da d. Consultoria Jurídica do Ministério da Educação, pois entendemos perfeitamente comprovados os desmandos no âmbito da Fundação Universidade Federal de Rondônia, onde foram realizados diversos pagamentos indevidos, com o conseqüente prejuízo ao erário, somos pela aprovação do relatório final da Comissão Processante, e opinamos no sentido da aplicação das penalidades propostas”* (Nota SAJ nº 4329/99 - JAM, de 27/12/99).

3. O processo disciplinar instaurou-se em decorrência de denúncia formulada pela Procuradoria da República e de correição extraordinária realizada por esta Advocacia-Geral da União, o qual compreende diversas irregularidades, praticadas no referenciado estabelecimento de ensino. Apuração tumultuada por fatores vários. No entanto, os autos consubstanciam elementos que permitem a avaliação dos acontecimentos e a formação de juízo sobre a materialidade de ilícitos e as autorias.

4. Em um dos relatórios finais, atinente às transgressões em que incorreu (...), a c.i. propugna a punição demissória desse indiciado, com supedâneo nos arts. 117, XI; 132, IV e X; e 116, II, III e IX, todos da Lei nº 8.112, de 1990 (cfr. o Vol. IV, Tomo I), porque:

I - atuou em causa própria em reclamação trabalhista e como advogado de reclamantes em ações movidas junto à Justiça do Trabalho em que a Universidade figura no pólo passivo;

II - usufruiu licença para tratar de interesses particulares remunerada;

III - apresentou contracheque que registrava remuneração do mês de referência e do imediatamente anterior, de maneira a majorar as importâncias que lhe seriam devidas em virtude de sua reintegração judicial, objeto de processo que correu à revelia da Universidade.

5. É dissonante o resultado interpretativo explicitado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, no Parecer/MEC/Conjur/RLMC nº 412/99, de 28/5/99, de maneira a exculpar o indiciado, eis que;

I - o processo seria nulo: com vistas à apresentação de defesa pelo indiciado, a c.i. efetuou a citação por hora certa, nos termos do Código de Processo Civil, ao passo que, entende-o a aludida unidade jurídica, na hipótese de o servidor, envolvido na infração disciplinar, ocultar-se para não receber a citação, deve a Administração socorrer-se *“de outras formas, que por questão analógica, com o Direito Penal empresta-lhe tal subsídio por ser também do ramo do Direito Público”*, com o que haveria de citar-se o indiciado com base no art. 362 do Código de Processo Penal, isto é, *“por edital, com prazo de cinco dias”*;

II - o art. 30 da Lei nº 8.906, de 1994, exclui do rol dos casos de impedimento para o exercício de advocacia os docentes dos cursos jurídicos;

III - quanto *“ao fato de apresentar o contracheque para cálculo de um mês em que havia registro de pagamento de mês anterior incluído, entendendo que tal fato não é previsto como ilícito administrativo de crime contra a administração pública, ou outro que se possa identificar como lesão aos cofres públicos, pois não se encontram presentes os elementos que tipifiquem tal conduta”*;

IV - no pertinente à licença remunerada, *“como ficou devidamente demonstrado que houve a concessão da licença para usufruto no período de 26.09.95 a 26.03.96 conforme Portaria nº 1.42/GR de 01.12.95, com a conseqüência abstinência da prestação do serviço,*

mas houve o recebimento indevido da remuneração daquele período, entretanto não ficou provado o dolo de tal recebimento”.

6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: “*será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão*”. O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuassem a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.

7. A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa.

8. A validade do processo disciplinar, como idealizada pela Consultoria Jurídica no MEC, adviria da vinculação que se pretende estabelecer entre as normas processuais penais e administrativas, para tanto utilizando a analogia, método incompatível, no particular, com a doutrina, as decisões judiciais e a disciplina da matéria, bem assim com o entendimento desta AGU, firmado mediante o Parecer GQ-164, de 24/9/98, na oportunidade em que adotou o Parecer nº AGU/WM-18/98, *in* D.O. de 28 seguinte.

9. Na linha da exposição ínsita ao aludido pronunciamento desta Instituição, é válido assinalar o despacho exarado pelo Sr. Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança nº 22.899, ao apreciar o pedido de deferimento de medida liminar, embora adstrito à independência da aplicação da penalidade administrativa, cuja tese aproveita ao prisma processual, *verbis*:

“Entendo, na linha de diversas decisões que pronunciei neste Supremo Tribunal Federal, que o exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito ao prévio encerramento da ‘persecutio criminis’, que venha a ser instaurada contra o servidor público perante órgão competente do Poder Judiciário. Na realidade, as sanções penais e administrativas, qualificando-se como respostas autônomas do Estado à prática de atos ilícitos cometidos pelos servidores públicos, não se condicionam reciprocamente, tornando-se possível, em consequência, a imposição da punição disciplinar independentemente de prévia decisão da instância penal. Desse modo, com a só exceção do reconhecimento judicial da inexistência de autoria ou da inocorrência material do próprio fato, ou, ainda, da configuração das causas de justificação penal, as decisões do Poder Judiciário não condicionam o pronunciamento censório da Administração Pública (MS 21.029-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). Essa autonomia das sanções administrativas e penais, associada à independência das respectivas instâncias, tem levado a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais a reconhecerem que o exercício do poder disciplinar pelo Estado não está sujeito à prévia conclusão da ‘persecutio criminis’ promovida pelo Ministério Público perante os órgãos do Poder Judiciário.”

10. Em fase seqüencial, o aludido despacho sobrelevou o entendimento de Hely Lopes Meirelles e a jurisprudência do STF, com idêntica proposição.

11. Despiciendo realizar incursões nas normas de Direito Administrativo anteriores à Lei nº 1.711, de 1952, e à Constituição de 1934, para demonstrar que o Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, sem a viabilidade de aproveitarem-se normas criminais, interpretativamente (v. os arts. 188 e seguintes da Lei nº 1.711, de 1952, e 116 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990; a Lei nº 8.027, de 1990; e as

Constituições Federais de 1934, art. 169; de 1937, art. 156, c; de 1946, art. 188; e de 1967, art. 99). Esses preceitos constitucionais já cuidavam da perda do cargo público e da ampla defesa. A intercomunicação com a lei penal admitida pelas normas disciplinares é restrita, exclusivamente, ao afastamento da responsabilidade administrativa no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou a autoria; a demissão decorrente de condenação por crime contra a Administração Pública; e à prescrição (arts. 126, 132 e 142 da Lei nº 8.112).

12. É independência legal que também se justifica (não obstante ser comum a ambos os ramos do Direito a infligção de penalidade) porque o Direito Penal trata da restrição do direito de liberdade, cominando a pena de prisão simples, detenção e reclusão, embora existam a multa e as penas acessórias, como as interdições de direitos, ao passo que o Direito Disciplinar não versa sobre a pena corporal, porém, no respeitante às mais graves (é prescindível o enfoque das apenações mais brandas), prevê a desvinculação do servidor. O primeiro ramo se destina a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas.

13. A dissociação do Direito Disciplinar e do Direito Penal é consignada no voto do Ministro Rodrigues Alckmin, proferido em 23 de maio de 1975, na qualidade de Relator do RE nº 78.949-SP, *verbis*:

“Contudo, outro postulado assente na doutrina é a independência do direito administrativo e do seu ramo disciplinar. Por mais pontos de contato que se apontem, entre o direito penal e o direito disciplinar, as diferenças serão tais e tantas, pela natureza jurídica das penas e em razão das pessoas e órgãos estatais envolvidos, que sempre faltará aquela semelhança e razão suficiente, necessárias para a aplicação da analogia ‘legis’, ou mesmo da analogia ‘juris’, antes de um exame em profundidade de cada questão omissa que com a analogia se queira resolver.”

14. Na seqüência de sua explanação, o Senhor Relator alude à doutrina:

“Caio Tácito foi, nesse sentido, muito claro: ‘Não colhe invocar, a esse respeito, a sistemática penal, que obedece a outros pressupostos e obedece a bens jurídicos diversos. A autonomia do direito disciplinar é tema pacífico em matéria administrativa, não se conformando, em seus delineamentos essenciais, aos ditames da responsabilidade penal.’” (Pena Disciplinar, in Revista de Direito Administrativo 45-482)

15. Em coerência com a tese da autonomia do Direito Disciplinar, o art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990, adnumera os casos em que a Administração compulsoriamente edita ato efetivando a desvinculação do servidor faltoso, *verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;

XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.

16. Denota-se que, no inciso I, o art. 132 estatui a demissão no caso de “crime contra a administração pública” e, nos incisos II, VII, VIII e X, a decorrente de abandono de cargo; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; e lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, todas infrações administrativas que, à guisa de exemplo, encontram correspondentes no capítulo do Código Penal específico dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral. A compatibilização da incidência desses preceitos ocorre em que à apenação, com base no inciso I, é exigida sentença penal com trânsito em julgado e, nos demais casos, é suficiente a decisão da autoridade julgadora, no processo disciplinar em que, regularmente, apuraram-se a materialidade do ilícito e a autoria. Pretende o legislador que a Administração atue de forma não autônoma, para restabelecer a ordem social, apenas quando o servidor é condenado, na esfera criminal, decorrendo, assim, a expulsão estatuída no item I; nos demais casos, é imposta, na Lei, uma apreciação administrativa independente, mediante o julgamento de que tratam os arts. 166 e 167 (Lei nº 8.112). Destarte, não se restringe a incidência do aludido art. 132, isento de limitações no que é pertinente ao poder-dever atribuído à Administração para apenar seu pessoal.

17. Na oportunidade em que apreciou o comando do art. 125 da Lei nº 8.112, Ivam Barbosa Rigolin assim externou sua opinião:

“Delitos ou infrações dessas naturezas evidentemente são independentes entre si, e só podem sê-lo. Se não se comunicam, a sanção a cada qual é também incomunicável e distinta uma com relação a outra. O só fato de que uma delas pode agravar a situação do servidor, em outro plano judicial, não significa em absoluto que se podem unificar civil, administrativa ou penalmente os três cometimentos, em tudo diversos.” (Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 219)

18. Em aditamento às ponderações supra, destinadas a demonstrar que se não estendem, ao Direito Disciplinar, por via exegética, conceitos e institutos pertinentes ao Direito Criminal, posto que o regramento do primeiro é bastante para reger a conduta do servidor, apurar e restabelecer a ordem jurídica no caso de transgressões aos comandos da lei, deve ser profligada a proposição da aplicabilidade, no âmbito administrativo, do desígnio criminoso, posto que a cogitada extensão, nada obstante versar sobre normas adjetivas, caracteriza-se como mera idealização, sem respaldo nas normas de regência da matéria, e, ademais, é contrária à jurisprudência e à doutrina, consoante foi demonstrado acima. Ainda nesse sentido, encontra-se consignado o seguinte pensamento de Carlos Maximiliano, *verbis*:

“Interpreta-se a lei penal, como outra qualquer, segundo os vários processos de Hermenêutica. Só compreende, porém, os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade, para qualificar faltas reprimíveis, ou lhes aplicar penas.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed., 1979, p. 321)

19. A materialidade dos ilícitos e a autoria do indiciado são indenes de dúvida e não se as contestam: a c.i. coletou provas irrefutáveis e as indicam na indicição e no relatório final (cfr. o Vol. IV, Tomo I). No seu item 41, este documento sublinha que o indiciado: “... *atuou em causa própria no Processo nº 2.436/89 e 2.437/89 - 2ª Junta de Conciliação e Julgamento - Porto Velho/RO (2ª JCI- PVH/RO), e também como procurador (advogado) dos reclamantes*

nas Ações Trabalhistas correspondentes aos Processo nº 2.022/90 - 1ª JCJ-PVH/RO, Processo nº 1.755/90 - 1ª JCJ-PVH/RO, Processo nº 2.021/90 - 1ª JCJ-PVH/RO e Processo nº 318/91 - 2ª JCJ-PVH/RO, e assim constituindo-se em algoz do seu próprio empregador, e pouco faltou para que instalasse um anexo de seu escritório de Advocacia, juntamente com o Dr. (...) que também era patrono de servidores, no recinto da Universidade, pois na quase totalidade das reclamações trabalhistas de servidores da UNIR, relativas aos ditos planos econômicos, ele atuou praticando com isso ilícitos insertos nas proibições a que todos os servidores públicos estão adstritos inclusive, por incrível que pareça, em seu depoimento de fls. 814/815, afirma 'que atuou como patrono dos reclamantes em várias ações trabalhistas contra a UNIR, acompanhando os processos contratados a outro Advogado residente em outro Estado, atuando em conjunto com outros colegas de escritório, intervindo algumas vezes nos autos. Que atuou, também, em causa própria, na fase final do Processo nº 2.436/89 e 2.437/89 2ª JCJ-PVH/RO'..."

Registre-se ainda que causou espécie a este Colegiado o fato de que todos os processos nos quais atuou o indiciado, quer em causa própria ou não, tiveram seus prazos expirados por influência direta ou indireta do procurador/advogado (...), conforme pode-se verificar nas Ações Trabalhistas 2436/89, 2437/89, 318/91 da 2ª JCJ/PVH/RO, e 2022/90, 1755/90 e 2021/90 da 1ª JCJ/PVH/RO, usando de sua condição de professor dos cursos jurídicos para intermediar junto aos procuradores (...) e outros, além dos órgãos técnicos e administrativos da UNIR, como é o caso do acordo assinado pelo então Procurador-chefe da UNIR, Dr. (...), e a parte adversa, no Processo 1755/90 - 1ª JCJ/PVH/RO (fls. 185/190 do Anexo VII), que teve como procuradores/advogados os Drs. (...) e (...), numa evidente prova da pressão que era exercida por ele no sentido de lograr êxito usando de tais artifícios, a constituir um verdadeiro conluio contra a Administração pública. Cabe-nos ressaltar que, quando o Procurador da República de Rondônia, Dr. (...), atualmente Procurador-chefe, fez a denúncia ao Chefe de Gabinete do Ministro da Educação, foi em razão de que tais ilícitos tiveram início ano de 1989 (Processos 2346/89, 2347/89, 2022/90, 1755/90, 2021/90 e 318/91), portanto, cinco anos antes de vigor a Lei nº 8.906/94, e não como o indiciado fez questão de assinalar em seu depoimento de fls. 814/815 do Volume II, quando afirmou “... Que, atuou, também, em causa própria, na fase final do Processo nº 2436 e 2437/89-2ªJCJ/PVH/RO, entendendo que em ambos os casos agiu dentro da proteção legal prevista no artigo 30 da Lei Federal nº 8.906/94, bem como na observância do 'jus postulandi' trabalhista.”

20. Vê-se, em consonância com a transcrição supra, que a atuação do indiciado não se restringiu ao exercício de advocacia, todavia também valeu-se do cargo para lograr proveito próprio e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei nº 8.112, de 1990). Quanto a tais fatos, não remanesce qualquer dúvida e foram até confessados.

21. Despiciendo o exame do tema sob a faceta de o art. 30, parágrafo único, da Lei nº 8.906, de 1994 (versa sobre o Estatuto da advocacia), possivelmente abranger ações da espécie, tornando não mais punível o exercício de advocacia pelo indiciado, precedente à edição desse Diploma Legal, bem assim a adequação desse preceptivo ao princípio constitucional da moralidade administrativa. É que a demissão do indiciado há de ser fundada na inobservância da proibição de o servidor valer-se do cargo (art. 117 da Lei nº 8.112).

22. Nos itens 49/51 e 54/56 do relatório final, constante do Vol. IV, Tomo I, são relatadas as atuações do indiciado para lograr proveito, o que tornou-se possível face à sua condição de servidor da Instituição de Ensino.

23. Perceber retribuição durante o licenciamento para o trato de interesses particulares implica lesão aos cofres públicos e constitui uma decorrência da prática da improbidade administrativa.

24. Elucidativas e conforme com as provas as ponderações contidas nos itens 54 a 56 do relatório final (v. o Vol. IV, Tomo I), resultando igualmente lesão aos cofres públicos decorrente de ato de improbidade administrativa a relatada utilização do contracheque de fls. 66 do Anexo I, para obter cálculo a maior de indenização pela reintegração judicial do indiciado.

25. Em alusão ao instituto da improbidade, suscetível de justificar a rescisão do contrato trabalhista, (...) pontifica o sentido amplo da expressão “ato de improbidade”, como consignado por Mozart Victor Russomano:

“Poder-se-á, pois, falar em improbidade sempre que o obreiro deixar de conduzir sua vida pelas regras jurídicas e morais que pautam a conduta em sociedade ... E os atos que revelam a improbidade são os que revelam, claramente, desonestidade, abuso, fraude ou má-fé de parte do trabalhador.” (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990, 13ª ed, p. 559)

26. O último doutrinador é incisivo ao assim imprimir alcance amplo à caracterização da improbidade:

“Não se exige, para configuração da falta, que o ato de improbidade seja cometido em serviço ou que tenha relação com o serviço. O empregado que se conduz mal fora do trabalho, na sua vida íntima, também poderá comportar-se de modo prejudicial dentro do estabelecimento, na sua vida funcional.” (Op. cit, p. 559)

27. Não é discrepante o pensamento externado por De Plácido e Silva, ao elaborar o Vocabulário Jurídico:

“Na terminologia das leis trabalhistas, a improbidade é a desonestidade, a falta de retidão, o procedimento malicioso, a atuação perniciosa. E o empregado que se enquadra na improbidade dá razões para que seja justamente despedido.”

28. O conceito de improbidade administrativa, no que pertine ao enriquecimento, aos danos patrimoniais do Erário e à ofensa aos princípios que presidem a atuação dos órgãos e entidades públicos, foi inserido nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429, com o seguinte teor:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no artigo 1º desta Lei, e notadamente ...;

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º desta Lei, e notadamente ...;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente

29. O art. 132 da Lei nº 8.112 é peremptório: “A demissão será aplicada nos seguintes casos”. O dolo não é elemento constitutivo da infração, nem é considerado como excludente

de punibilidade. Se o servidor tinha plena capacidade de entendimento do caráter delituoso de sua conduta funcional, não pode a autoridade competente esquivar-se do cumprimento do dever de infligir a punição.

30. São irrefutáveis os elementos probatórios da lesão aos cofres públicos, da improbidade administrativa e do valimento do cargo para lograr proveito próprio e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública. O ato que isentasse o indiciado da responsabilidade que se lhe imputa seria destoante do princípio da moralidade administrativa, em vista do pensamento realçado por Sérgio de Andréa Ferreira, quando destacou: *“Diz Pontes que o ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera”*. (Comentários à Constituição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 3º vol, p. 90).

31. Em relatório conclusivo (v. as fls. 1.851/1.856 e 1.860 do Vol. IV), a c.i. pugnou pela demissão de (...), Professor Assistente da Universidade, com apoio nos arts. 117, IX, XV e XVII, e 116, I, II e II, ambos os dois da Lei nº 8.112, por isso que entendeu comprovados *“o descaso, a incúria e o desleixo em relação à Projur, por parte do Magnífico Reitor (...), no tocante às condições de infra-estrutura técnica e de condições decentes de trabalho”*.

32. A suspensão de trinta dias é alvitada pela Consultoria Jurídica no MEC (Parecer/MEC/Conjur/Cepa/CMS nº 477/99, constante do Vol. IV, Tomo I), uma vez que o indiciado não *“teve qualquer atuação direta que tenha ensejado o cometimento de faltas funcionais no trato das questões judiciais e administrativas, na sua gestão como Reitor da UNIR, destacando-se que no tocante às dificuldades invocadas quanto às precárias condições de trabalho da Universidade, é evidente que as razões são procedentes, porque a situação crítica dos meios à disposição dos serviços ambientais da Fundação, é tão grave, que foi reconhecida não só pelos Procuradores Jurídicos, como também pelo ex-Reitor e pelo atual, o qual não envidou esforços na busca de soluções aos graves problemas enfrentados pela UNIR, no que diz respeito à insuficiência de infra-estrutura, equipamentos e recursos humanos, visando resguardar o funcionamento regular da Instituição que administra”*.

33. A Consultoria Jurídica no MEC não demonstrou em que tópicos se baseou para extrair a ilação de que o indiciado não *“teve qualquer atuação direta que tenha ensejado o cometimento de faltas funcionais no trato das questões judiciais e administrativas, na sua gestão como Reitor da UNIR”*.

34. Nos aspectos de maior relevo para a formação de juízo sobre a verdade dos fatos, frise-se que a c.i. pinçou de depoimentos, prestados por Procuradores-Chefes e Procurador-Substituto, afirmações que, no seu entendimento, se harmonizam e induzem à constatação de que o indiciado foi omisso quanto à salvaguarda das condições de funcionamento do Órgão jurídico do estabelecimento de ensino que dirigia e, em consequência, com o Tesouro Nacional, viabilizando o proveito pessoal logrado por reclamantes, no âmbito judicial, até mesmo em se considerando que cerca de noventa por cento dos servidores da Universidade eram demandantes colimando lograr melhoria remuneratória adstrita aos planos econômicos (v. os excertos de depoimentos destacados às fls. 27 e 28 do Vol. V e os itens 67 a 70 e 76 do relatório de fls. 1.837 a 1.862 do Vol. IV). A comissão assinalou sua certeza de que o indiciado tinha conhecimento de prazos inobservados e a comprovação de *“ilícitos praticados direta e indiretamente pelo Reitor”* (f. 25 do Vol. V).

35. No intuito de embasar suas assertivas, o colegiado destacou os aspectos relatados, a seguir, por possuírem relevância decisiva na formação de juízo sobre a verdade dos acontecimentos.

36. Há, nos autos, documentos, endereçados ao Reitor ou à Reitoria, expondo a situação de funcionamento da Procuradoria Jurídica e encarecendo medidas tendentes a

proporcionar meios satisfatórios de trabalho, como se vê nas fls. 495 e seguintes do Vol. II. Eles foram juntados a pedido de (...), colimando a demonstração da veracidade de suas afirmações a respeito do funcionamento e das instalações da Procuradoria Jurídica (f. 493 do Vol. II).

37. Na qualidade de Advogada da Universidade, em exercício no aludido Órgão jurídico, (...) asseverou, no seu depoimento (f. 429 do Vol. II): *“Que, quando a depoente saiu da Universidade fez um relatório das atividades desenvolvidas e dos processos pendentes e em andamento, com especificação da fase e providências necessárias a cada um, especialmente com destaque para aqueles com prazos fatais, inclusive com os prazos para impetrar Ação Rescisória vincendas no ano de 1995, relatório este entregue em mãos ao Magnífico Reitor (...)”*, versão corroborada no depoimento de (...) (fl. 491 do Vol. II). Os documentos 7 e 8 não comprovam a entrega do relatório na Procuradoria Jurídica, em 22.3.95, como o assevera o indiciado na sua defesa (fl. 1.585 do Vol. IV). O sucessor de (...) na Procuradoria Jurídica, (...), afirma que não recebeu tal relatório do Reitor (...) ou de qualquer outra pessoa (fl. 432 do Vol. II).

38. As perdas de prazos judiciais eram públicas e notórias nos recintos da Universidade, como o registra a servidora (...), na primeira folha do seu depoimento, porém sem atribuir responsabilidade ao indiciado: *“Que era praxe na UNIR comentários a respeito de ações trabalhistas impetradas contra a mesma, por parte das ditas Associações, principalmente no pertinente a perda de prazo”* (f. 426 do Vol. II).

39. Inegável a comprovação de que o indiciado tinha conhecimento de caso judicial, como realçado pelo colegiado. Demonstra-o a asserção, ínsita à defesa daquele (f. 1.584 do Vol. IV) e relativa à sua determinação para que se verificasse da viabilidade legal de prosseguir com ação judicial, todavia *“devido ao acúmulo de trabalho o referido estudo ainda não foi concluído”*. No entanto, esses acontecimentos, por si sós, não infundem a noção de prova de ato omissivo do indiciado, em virtude do dirimido no item 42 e seguintes deste Parecer.

40. Salienta-se, na indicição (f. 1.246 do Vol. V), com o fito de demonstrar o conhecimento de perda de prazos pelo indiciado: *“participava ativamente das pendências da área jurídica concernente aos ditos planos econômicos juntamente com seus Procuradores-Chefes”*, porque Procurador-Chefe asseriu: *“Que foram elaboradas as Ações Rescisórias e Cautelares pendentes, e encaminhadas ao Magnífico Reitor (...), solicitando por meio de ofício autorização para ingresso das mesmas na Justiça Trabalhista”* (o depoimento registra que o indiciado restituiu essas peças com a autorização para proporem-se as ações - f. 432 do Vol. II), assim como outra depoente formulou acusação, na f. 429 do Vol. II, com o seguinte jaez:

“Que em reunião convocada pelo Magnífico Reitor (...), em janeiro de 1995, ali presentes a depoente e o Dr. (...), aquele informou da orientação da Advocacia Geral da União no sentido da elaboração de Medidas Cautelares Incidentais para dar efeito suspensivo às Ações Rescisórias, cujos precatórios seriam pagos no decorrer do ano de 1995. A depoente pesquisou as ações enquadráveis naquela situação e junto ao Reitor (...) e este informou à depoente que não entrasse com as medidas cautelares logo no início do ano e deixasse para quando os precatórios estivessem próximos de serem pagos para entrar com as cautelares. Que a depoente nesse episódio da pressão dos servidores não encontrou o amparo necessário junto ao Reitor (...) tendo o mesmo, em reunião com o sindicato dos servidores, no Auditório da Biblioteca, se eximido de qualquer comunicação à Projur sobre a necessidade de tais cautelares, o que gerou

nos servidores um certo antagonismo com relação à pessoa da depoente por acharem que a mesma estava praticando perseguição aos servidores litigantes ... Que as citações eram feitas na pessoa do Reitor e as intimações e notificações, algumas vezes, na pessoa dos Advogados/Procurador e do Reitor. Existem documentos na Projur onde os Advogados solicitavam ao Reitor celeridade no envio daqueles documentos à Projur, posto que várias vezes estes chegavam próximo de expirar ou até já expirados os prazos, com o agravante de o campus universitário ser distante cerca de dez quilômetros da Projur, o que dependia de transporte para levar e trazer documentos. Até a saída da depoente a situação permanecia a mesma.”

Os autos carecem de maiores informes sobre o desate de ajuizamento das cautelares e possíveis danos para o Estado.

41. A c.i. logrou seu intento em elucidar que o indiciado tinha conhecimento da situação de funcionamento da Procuradoria Jurídica e de perdas de prazo, muito embora não se possa precisar a extensão dessa ciência no tocante a todos os casos, se parcial e total.

42. Contudo, observe-se que a responsabilidade administrativa *“resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”* (art. 124 da Lei nº 8.112). Esta deve ser apurada e as faltas indicadas quanto a cada autoridade, considerada individualmente, evidenciando a sua prática efetiva. No caso, não se comprovou o descumprimento de atribuições diretamente pelo indiciado capaz de atribuir-lhe a responsabilidade administrativa por proceder de forma desidiosa, porquanto a atuação de servidor, na direção de órgão ou entidade, para tais fins, há de ser avaliada não somente ante o contexto da política administrativa, adotada e implementada no Serviço Público Federal na data em que as irregularidades ocorreram, reconhecidamente direcionada à contenção dos gastos públicos, compreendendo os vários seguimentos da função de que se incumbe a Administração, inclusive as atividades-meio, bem assim a dinâmica do complexo funcional do órgão ou entidade, envolvente de atividades e responsabilidades diluídas pelas várias unidades administrativas e respectivos dirigentes.

43. Não se pode relegar ao olvido que as realizações funcionais são condicionadas por fatores vários com que o Administrador se defronta na sua gestão da coisa pública e, não raro, a superação dos obstáculos fica na dependência da convergência de vontades e de atos de competência de autoridades diversas.

44. Em 28 de setembro de 1998, o Diário Oficial já publicava o Parecer nº GQ-164, de 24 antecedente, que fixou a seguinte orientação normativa contida na ementa do Parecer nº AGU/WM-18/98, de 27/8/98:

“À constatação da prática de infração ‘proceder de forma desidiosa’, a imputar-se em razão de fatos ligados à titularidade de cargo de confiança, é necessário o exame do método e volume dos trabalhos e das condições de funcionamento e acesso de servidores às dependências em que funciona a unidade administrativa dirigida pelo indiciado, na hipótese em que, no caso em apreciação, esses aspectos sejam considerados de relevo à formação do juízo de culpabilidade ou inocência.”

45. As particularidades abrangentes da conduta omissiva do indiciado hão de ser aquilatadas em vista das globais condições fáticas de funcionamento da Universidade, da disponibilidade de recursos e das necessidades provenientes do funcionamento das unidades estruturais, tidas e havidas no todo, dos critérios de admissão de pessoal dentre outros, tudo com o fito de proporcionar a visualização do desempenho gerencial do indiciado.

46. A esse propósito, nos itens anteriores, no depoimento de f. 432 do Vol. II, na indicição e nos itens 69, 70 e 75 do relatório de fls. 1.837 a 1.862, aludem-se a medidas administrativas pertinentes ao funcionamento da Procuradoria Jurídica e adotadas pelo indiciado. Por igual, constituem demonstrativos da atuação do indiciado, objetivando a melhoria do desempenho das atividades adstritas a esse Órgão jurídico, as designações de servidores para representarem a Universidade em Juízo, em relação às quais a c.i. entende terem se configurado desvios de função passíveis de castigo.

47. O memorando a que alude o item 71 e seguintes do relatório, contido no final do Vol. IV (nele o então titular da Procuradoria Jurídica declara que ela *“está em ordem, todos os atos processuais foram praticados, bem como os administrativos”*), há de ser sopesado em proveito das alegações do indiciado: constitui ato administrativo que desfruta da presunção de legalidade e esta não resultou elidida pelas ponderações feitas nos mesmos itens quanto à sua credibilidade.

48. Na defesa (fls. 1.587 e seguintes do Vol. IV), o indiciado especifica situações de funcionamento da Universidade na data em que foi investido no cargo de Reitor e enumera providências solicitadas, ao MEC e ao extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, com vistas às atividades da Instituição. São aspectos explicitamente não analisados para efeito da caracterização ou não da desidía.

49. Não induz à configuração do procedimento desidioso específico do indiciado, sem que sobrevenha dúvida, no mínimo, o exame de todas as conotações que envolvem a função gerencial do indiciado, inclusive a conjuntura administrativa da Universidade, na oportunidade da posse desse Reitor, e do Serviço Público Federal, em fase de reformas profundas que, quiçá, poderão ter influenciado os órgãos públicos em não atenderem às postulações citadas no item anterior.

50. Ao invés do que ocorre no processo de revisão, onde o ônus da prova cabe ao requerente (v. o art. 175 da Lei nº 8.112, de 1990), posto que o ato punitivo goza da presunção de legalidade, compete à Administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza.

51. Nessa linha de raciocínio remansosa, Ivan Barbosa Rigolin expressa sua opinião, com o seguinte jaez:

“No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.”
(Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed, p. 285)

52. Comunga nesse entendimento Hely Lopes Meirelles, pois, aludindo à instrução, asseriu que nos *“processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar”* (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, 20ª ed, p. 591).

53. Já em relação à licença concedida para (...) tratar de seus interesses particulares, não ressaí da correspondente portaria a participação do indiciado na percepção irregular de estípidios pelo primeiro, durante esse afastamento, nem o contexto dos autos permite vislumbrar o liame entre a atuação do último e a efetivação do deferimento remuneratório e do pagamento irregulares.

54. Elucide-se, quanto ao desvio de função, o fato de a Lei nº 8.112, de 1990, art. 117, XVII, vedar que se cometa a servidor atribuições diversas das relativas ao cargo de que seja titular, salvo em situações de emergência e transitórias. Razoáveis as justificativas aduzidas pelo indiciado na sua defesa, mesmo porque a emergência e a transitoriedade não significam que, necessariamente, as designações para os servidores assim atuarem durem por curto espaço de tempo.

55. É coerente com o exposto exculpar-se o servidor pela responsabilização de que se cuida. Entretanto, não fosse a incidência da prescrição, o indiciado não haveria de eximir-se da punição pelos fatos relatados no item 40, *in fine*, deste expediente, ou seja, por haver determinado que a Procuradoria Jurídica “*não entrasse com as medidas cautelares logo no início do ano e deixasse para quando os precatórios estivessem próximos de serem pagos para entrar com as cautelares*”. Na defesa, o indiciado não contestou tais afirmações.

56. Em outro relatório final, a c.i. consigna faltas disciplinares e os respectivos indiciados (pp. 42 e 43), com o seguinte jaez, verbis:

“Diante do que ficou claramente elucidado nos presentes autos, esta Comissão encaminha a Vossa Excelência este Processo Administrativo Disciplinar para conhecimento, solicitando que, em seguida, os presentes autos sejam submetidos à apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para o competente julgamento, em obediência aos arts. 141, inciso I, e 167, § 2º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com as seguintes sugestões:

I - que seja aplicada a pena de demissão ao servidor (...), Auxiliar Administrativo, Classe C, Nível IV, Matrícula Siape nº 0396518, do Quadro de Pessoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia, por ter infringido os arts. 117, incisos IX e XV, e 116, incisos I, II, III e VI, observando-se, em consequência, a disposição do art. 137, *caput*, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

II - que seja aplicada a pena de demissão ao servidor (...), Advogado, Classe D, Nível IV, Matrícula Siape nº 6396920, do Quadro de Pessoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia, por ter violado os arts. 117, incisos IX e XV, e 116, incisos I, II, III e VI, observando-se, em consequência, as disposições do art. 137, *caput*, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

III - que seja aplicada a pena de demissão à servidora (...), Assistente em Administração, Classe B, Nível II, Matrícula Siape nº 0396896, do Quadro de Pessoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia, por ter infringido os arts. 132, incisos IV e X, e 116, incisos II, III e IX, observando-se, em consequência, a disposição do art. 136, *caput*, e o parágrafo único do art. 137, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

IV - que seja aplicada a pena de demissão ao servidor (...), Professor Adjunto III-DE, Matrícula Siape nº 0396718, do Quadro de Pessoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia, por ter infringido os arts. 117, inciso XV, e 116, incisos I, II e III, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

V - que seja convertida em destituição a exoneração do cargo em comissão Procurador Jurídico da Fundação Universidade Federal de Rondônia da servidora (...), atualmente ocupando o cargo efetivo de Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho, lotada e em exercício na Delegacia Regional do Trabalho no Estado de Rondônia, por força do art. 135, *caput*, e parágrafo único, por ter infringido os arts. 117, incisos IX e XV, e 116, incisos I, II, III e

VI, observando-se, em consequência, a disposição do art. 137, *caput*, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dando ciência deste fato à Sua Excelência o Senhor Ministro de Estado do Trabalho para as providências de sua competência.

VI - que seja aplicada a pena de advertência ao servidor (...), Assistente em Administração, Classe B, Nível IV, Matrícula Siape nº 0396486, do Quadro de Pessoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia, por ter infringido o art. 116, incisos 1, II, III e IV, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

VII - que seja aplicada a pena de advertência à servidora (...), Técnico em Assuntos Educacionais, Classe A, Nível I, Matrícula Siape nº 0396596, do Quadro de Pessoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia, por ter infringido o art. 116, inciso I, II, III e VI, todos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

VIII - que determine à Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR que providencie o imediato ressarcimento, com a devida correção, aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente à servidora (...), conforme ficou demonstrado e provado nos presentes autos.”

57. O dissenso da Consultoria Jurídica desta Instituição em funcionamento junto ao MEC encontra-se assim sintetizado no Encaminhamento nº 88/99, de julho de 1999, aprovado pelo Ministro de Estado no dia 6 dos mesmos mês e ano, *ipsis litteris*:

“No que concerne à responsabilidade dos demais servidores, as citadas manifestações divergiram da proposta pela Comissão, de modo que seja inocentado o servidor (...), com a reposição ao erário do que recebeu indevidamente, bem como adotadas penalidades mais brandas, em substituição à pena capital no serviço público, em decorrência do reconhecimento de algumas circunstâncias atenuantes, na seguinte forma: (...), (...), (...), (...) e (...), suspensão por 30 (trinta) dias. No que se refere à servidora (...), conversão da exoneração em destituição do cargo em comissão, por infração sujeita à pena de suspensão, ao invés de demissão, como sugeriu a Comissão.”

Observe-se que a comissão propôs se converta a exoneração da última servidora do cargo de provimento em comissão de Procurador Jurídico da Fundação Universidade Federal de Rondônia para destituição de cargo em comissão, como assinalado no item anterior.

58. A minimização das penalidades é atinente a servidores do quadro de Pessoal da Universidade, à exceção de uma servidora do Ministério do Trabalho, e justificada com a indicação de denominadas “circunstâncias atenuantes”, no Parecer/MEC/Conjur/Cepa/CMS nº 477/99, de junho de 1999, com o teor a seguir reproduzido:

“a) (...), titular do cargo de Assistente em Administração: é sugerida a suspensão por trinta dias, tendo em vista que apesar de não ter solicitado oficialmente à Diretoria de Recursos Humanos a exclusão da incorporação do percentual de 84,32, referente ao IPC de março de 1990, incorporado em seus vencimentos, de acordo com o determinado por autorização judicial, em Mandato de Incorporação, sem que tivesse usado de má-fé para receber tal vantagem econômica, cujo equívoco foi posteriormente sanado por outra medida judicial, dirigiu-se diretamente ao Diretor de Recursos Humanos da UNIR, Sr. (...), comunicando-lhe que em seus contracheques permaneciam a rubrica correspondente ao referido índice, como registrado no seu depoimento perante a Comissão, sem que nenhuma providência fosse tomada pelos órgãos competentes da UNIR

para corrigir o equívoco'. Nas fls. 33 e 34 do relatório final, a c.i. enfatiza, com base nas provas coligidas e incontroversas, incluído o depoimento prestado pela indiciada, que esta:

I - tinha ciência do irregular pagamento do acréscimo remuneratório correspondente a 84,32% (percentual relativo ao índice de preços ao consumidor de março de 1990), durante quase três anos;

II - permaneceu 'no aguardo das providências por parte da UNIR, haja vista que, a seu ver, é competência dos Procuradores/Advogados dessa instituição comunicar ao Setor competente de que a mesma, embora tivesse seu nome constando do Mandado de Incorporação em causa, não fazia parte do rol de reclamantes beneficiados'. Não restou confirmada pelo diretor da unidade de recursos humanos (cfr. o vol. II, f. 488) a alegação feita pela indiciada no sentido de 'que certa vez se dirigiu diretamente ao Diretor de Recursos Humanos da UNIR, Sr. (...), comunicando-lhe que em seus contracheques permanecia a rubrica correspondente aos 84,32%'.

Na verdade, o pagamento persistiu e, após sua cessação, após quase três anos, não se procedeu à devida reposição. A omissão da indiciada caracteriza a improbidade administrativa. Incabível qualquer proposição que venha a qualificá-la como de boa fé. À evidência a má fé com que se porta o servidor que durante quase três anos auferiu retribuição irregular, nas circunstâncias acima expostas e incompatíveis com o princípio da moralidade administrativa. O ato que isentasse a indiciada da responsabilidade que se lhe imputa a comissão seria destoante do princípio da moralidade administrativa, em vista do pensamento realçado por Sérgio de Andréa Ferreira quando destacou: 'Diz Pontes que o 'ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera' (Comentários à Constituição, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, 3ª vol, p. 90)'.

O fato ilícito e a autoria são indubitáveis e incontestes. A irrogação do castigo legal decorre do caráter de norma imperativa de que se reveste o art. 132 da Lei nº 8.112, de 1990. Afirma-se o cunho peremptório desse preceptivo, *ipsis verbis*: 'Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: ... IV - improbidade administrativa;'. Austera e irretorquível a opinião de Hely Lopes Meirelles, explicitada sobre a inflição de penalidade: 'A responsabilização dos servidores públicos é dever genérico da Administração e específico de todo chefe, em relação a seus subordinados. No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações'. (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 20ª ed, p. 416)

b) (...), ocupante do cargo de Auxiliar Administrativo: pretende-se seja suspenso do exercício do cargo, por trinta dias, descaracterizando a expulsão, em virtude de as infrações, reconhecidamente praticadas, não revelarem a 'prática de conduta para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, nem intenção de beneficiar algum servidor, sendo que no caso em tela não restou comprovada a má-fé do servidor', sendo que o inquérito policial correspondente a esses fatos foram arquivados por falta de tipicidade. As infrações praticadas pelo indiciado consistem em:

I - manter o pagamento da remuneração auferida, durante quase três anos, por (...) e não providenciar a imediata restituição de tal importância;

II - na execução de decisão judicial pertinente a (...) e a outros reclamantes, consignou importâncias estipendiárias a maior, por falta de exame adequado dos cálculos;

III - omitiu-se no desconto de remuneração percebida por (...) em dias em que este faltou ao trabalho;

IV - permitiu que (...) fosse licenciado para o trato de interesses particulares com percepção de estipêndios e usufrísse férias durante essa afastamento, com percepção das importâncias a estas pertinentes;

V - pagamento de acréscimos remuneratórios, relativos a planos econômicos, a (...) e a (...) que não foram alcançadas pela decisão judicial;

VI - mantida acéfala a unidade de pagamento no mês de janeiro de 1996, proporcionando as irregularidades a que aludem os dois últimos itens.

As faltas a que se referiu o MEC são ligadas só e só ao pagamento indevido feito a (...), a (...) e a (...) e à análise dos cálculos judiciais concernentes a (...), sendo silente no respeitante às demais. Mesmo assim, não se contesta que houve dano ao Erário e à moralidade administrativa. O indiciado conduziu-se de maneira consciente, resultando a desordem jurídica e o proveito de vários servidores, na condição de reclamantes ou não. Se o servidor tinha plena capacidade de entendimento do caráter delituoso de sua conduta funcional, não pode a autoridade competente esquivar-se do cumprimento do dever de infligir a punição, valorando-a ante a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais (art. 128 da Lei nº 8.112).

A gravidade, o número e as conseqüências das transgressões induzem à constatação da razoabilidade do entendimento da comissão apuradora, indicativo da necessidade de apenar-se o indiciado, impondo-se acolhê-lo ante a imperatividade do art. 168 da Lei nº 8.112. É desprovido de relevo jurídico o aspecto de que tenha sido arquivado inquérito policial em razão de atipia dos fatos: a responsabilidade administrativa e a aplicação da penalidade ao indiciado não se baseia no resultado de inquérito policial, nem este é pertinente ao Direito Disciplinar e à natureza das infração de que advirá a desvinculação punitiva do servidor. Ainda, a falta de tipicidade à conduta alegada pelo MEC não significa a negação dos fatos ilícitos.

c) (...), titular do cargo de Advogado: haveria de ser suspenso por trinta dias, em face de não restar provada a hipótese de conluio entre esse Procurador e os reclamantes/servidores da UNIR, no Processo nº 1.755/90, que tramitou perante a 1ª JCJ/PVH/RO, referente ao pedido de Correição Parcial, para inclusão de servidores em folha de pagamento para receber percentuais de Planos Econômicos.

Vez que o autoridade julgadora acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos (art. 168 da Lei nº 8.112), cabia ao MEC demonstrar a procedência de sua asserção de que não estaria provada a imputação feita ao indiciado. Não o fez e adstringiu-se a afirmar a falta de elemento probatório e a considerar esta como circunstância atenuante. Se não fundamentada em prova a ilação da c.i., inviável seria até mesmo a suspensão que o próprio MEC sugeriu. Na indicição (fls. 1.229 a 1.231) e no relatório final (pp. 26 a 31), são indicadas as infrações e as provas e, o último, consubstancia o exame da defesa apresentada pelo defensor dativo,

de modo a imprimir a certeza da prática dos seguintes ilícitos, até em face de confissão do indiciado:

I - confessadamente, 'na condição de Advogado da UNIR, orientou, indevidamente, o servidor (...), Pró-Reitor de Administração, no exercício da Reitoria, no sentido de que este assinasse, de comum acordo com o patrono dos reclamantes, a petição de fls. 172/175 do Anexo VII (Processo nº 1.755/90 1ª JCJ-PVH/RO), na qual requerem a inclusão na Sentença dos nomes dos servidores (...), (...), (...) e (...), por não constarem do Mandado de Incorporação de Salários (fls. 77/79 do Anexo VII)' (f. 1.229);

II - indeferido esse pedido por falta de respaldo legal, confessa-o o indiciado, 'na condição de Procurador-Chefe da UNIR, assinou em conjunto com o advogado dos servidores Reclamação Correicional (fls. 185/190 Anexo VII), elaborada pelo patrono dos reclamantes, conforme declaração do próprio servidor às fls. 490/494 do Volume II: 'Que foi o Dr. (...), patrono dos reclamantes na Reclamação Trabalhista nº 1.755/90 1ª JCJ-PVH/RO, que elaborou a petição de fls. 185/190, assinada conjuntamente com o depoente', objetivando a reconsideração. (f. 1.231)';

d) (...), Fiscal do Trabalho do quadro de pessoal do Ministério do Trabalho: a c.i. propugnou que seja convertida a exoneração de cargo de confiança em destituição de cargo em comissão, sugestão também proposta pelo MEC que, no entanto, entendeu haver o colegiado concluído pela demissão, nos seguintes termos: 'conversão da exoneração em destituição do cargo em comissão, por infração sujeita à pena de suspensão, ao invés de demissão, com sugeriu a Comissão' (v. o item 20 do aludido Encaminhamento nº 88/99, de julho de 1999). Justifica-se essa proposta como a seguir transcrito. '...a servidora empregou todos os esforços no sentido de corrigir a extrapolação de prazos em questão judicial, lamentavelmente ocorrida pelo fato de existir na Projur/UNIR, à época, grande quantidade de processos judiciais e demandas administrativas, com insuficiência de profissionais, em precárias condições ambientais e de equipamentos auxiliares' (p. 13 do Parecer/MEC/Conjur/CEPA/CMS nº 477/99).

Imputam-se à indiciada o requerimento para arquivar-se processo judicial em que figurava como reclamante (...), o qual foi indeferido, e a perda de prazo na mesma ação, dando azo a que o mesmo postulasse novos cálculos e passasse da condição de devedor para a de credor da reclamada, ou seja, a Universidade. Outrossim, perdeu cinco outros prazos, advindo prejuízos pecuniários para a Universidade. Os fatos ligados ao arquivamento do processo não estão dirimidos de maneira a imprimir plena certeza sobre a verdade. São relevantes os seguintes aspectos: a indiciada oficiou à 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Velho para 'apresentar os documentos comprobatórios dos valores creditados pelo reclamante acima em favor desta Instituição (Doc. 02 e 03), bem como pagamento das custas processuais (Doc. 04). Diante do exposto, considerando que o objetivo da reclamação já foi totalmente cumprido, requer-se o arquivamento do feito' (f. 179 do Anexo I).

O indeferimento do arquivamento deveu-se ao aspecto de a 2ª Junta de Conciliação e Julgamento de Porto Velho haver percebido que o montante devolvido pelo reclamante não havia sido objeto de correção e juros, relativamente a certo período, e a atualização efetuada quanto a outro espaço de tempo considerou percentual diverso do correto, em vista do que determinou-se a devolução de quantum específico (v. as fls. 220 e 221 do Anexo I). A indiciada explica o pedido de arquivamento do processo judicial sob a alegação de que 'valeu-se da petição de fls. 171/172 do Anexo

I - Processo nº 2.436 e 2.437 2ª JCJ-PVH/RO, subscrita pelos Advogados das partes, ou seja UNIR e (...), sendo que pela UNIR subscreveu Dr. (...), então Procurador-Chefe da Projur, na qual requerem o arquivamento do feito, e no despacho de fls. 173 do mesmo Anexo, uma vez que contava com apenas 05 (cinco) dias no exercício do cargo; Que, a seu ver, a responsabilidade por esse estado de coisa é do Dr. (...) que após o 'De acordo' no sentido de que a quantia a ser devolvida estava correta, contudo foi tomada de surpresa pelo Despacho de fls. 187 do mesmo Anexo I, o qual indefere o arquivamento do feito em razão do valor ter sido devolvido sem correção'.

A perda dos prazos é justificada pelas condições de funcionamento da Procuradoria Jurídica, no tocante ao meio ambiente em que se localiza a Universidade, a distância entre esta e o fórum, a maneira como eram recebidas as notificações judiciais (di-lo a c.i, nas fls. 1.236 e 1.237: '... não havia controle de recebimento de notificações, citações, intimações, normas de procedimento para o trâmite de tais expedientes eram inexistentes, visto que qualquer pessoa, até mesmo alheia ao Quadro da UNIR podia receber e recebeu Notificação conforme se pode verificar às fls. 59 do Anexo I - Proc. 2.436/89 e 2.437/89 2ª JCJ/PVH/RO, recebida por uma pessoa de nome (...), que por sua vez recebeu a notificação destinada ao reclamante e à reclamada e, em razão de tal acontecimento, ocasionou prejuízos de grande monta ao erário, uma vez que a UNIR (reclamada) não pôde fazer a sua defesa ... a situação chegou ao absurdo de as notificações judiciais serem entregues até mesmo a servidores que eram partes no processo, ou melhor, detinham a condição de reclamantes, daí foi que em razão das notificações campearem de mão em mão chegarem à Projur na maioria das vezes com prazos já expirados ou prestes a expirar...'. (...)

Ao menos de forma explícita, no respeitante à indiciada, a c.i. não ponderou sobre a veracidade dessas condições de funcionamento da Procuradoria e do trabalho na área jurídica, a fim de contraditar ou anuir à sua relevância para a configuração das transgressões, bem assim quanto à asserção de que, por esses motivos, 'era comum a perda de prazo por parte da Reclamada em razão do volume de ações judiciais e demandas administrativas' (depoimento da indiciada à f. 825 do Anexo I). No entanto, na oportunidade em que o colegiado procedeu à indicição de outro servidor, efetivou o destaque de depoimentos ligados às condições insatisfatórias de funcionamento da órgão jurídico da Universidade e asseriu que, em 'diligência realizada às dependências da Projur, esta Comissão teve a oportunidade de confirmar o estado precário das instalações físicas, a deficiência do acervo bibliográfico, a insuficiência dos recursos humanos, a inexistência de controle de recebimento de notificações, citações, intimações e de prazos processuais, enfim, o caos quanto a normas de procedimentos, ato já registrado nos presentes autos pela Advocacia Geral da União' (fls. 27 a 29 do Vol. V).

Demais disso, a notificação de f. 209 foi endereçada ao Reitor, mas não à indiciada. São fatos ponderáveis e capazes de incutir, no mínimo, dúvida sobre a escusa das falhas funcionais, verificadas nas circunstâncias relatadas no depoimento da indiciada e não refutadas pela c.i. Se verídicas estas, seriam compreensíveis o requerimento e a perda dos prazos, considerando-se a capacidade laborativa de um servidor mediano. Os elementos probatórios coligidos e o contexto dos autos não imprimem convicção segura sobre a caracterização do valimento do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função, ou da desídia.

O ato punitivo deve ser editado tão-só no caso de a Administração encontrar-se convencida a respeito da responsabilidade administrativa do servidor. A dúvida milita em benefício deste e desautoriza a aplicação do castigo, dado que não seria esta a solução mais benigna;

e) (...), Professor Adjunto: pretende-se substituir a penalidade de demissão por suspensão de trinta dias, 'levando em conta que o servidor adotou durante sua gestão como Reitor da UNIR, providências para solucionar a falta de condições adequadas de trabalho da Universidade, assim como, sanar as irregularidades ocorridas em processos judiciais de natureza trabalhista, ajuizados contra a Instituição, referentes à expirações de prazos, cometidas por parte da sua Procuradoria Jurídica, creditando-se as falhas operacionais e a desestruturação administrativa da Projur/UNIR, às dificuldades enfrentadas pela Fundação e notadamente no que se refere a carência de recursos humanos, em especial a pessoal especializado, aliadas aos problemas estruturais no setor jurídico da UNIR'.

O MEC não elucidou quais as providências o indiciado teria adotado. Na maneira de pensar da comissão, a desvinculação punitiva do indiciado se justificaria porque configurada a desídia na sua gestão da Instituição de Ensino, na qualidade de Reitor, em decorrência dos seguintes casos:

I - perda de prazo por parte da Procuradoria Jurídica;

II - carência de organização e 'controle de recebimento de notificações, citações, intimações, normas de procedimento para o trâmite de tais expedientes eram inexistentes' (f. 1.236);

III - tramitação de um processo judicial por quase um ano à revelia da Universidade;

IV - haver exonerado um Procurador Jurídico, possivelmente, 'em razão do fato relacionado com a petição de fls. 171/172 do Anexo I, ou seja, o dito Procurador ter assinado conjuntamente com o Advogado dos reclamantes requerimento pedindo o arquivamento do feito, que felizmente não foi atendido pela Juíza do Trabalho Substituta ...' (f. 1.238), e omitir-se na instauração de processo disciplinar;

V - o indiciado não 'tomou as providências cabíveis com relação aos Procuradores/ Advogados e outros servidores com função de confiança, que cometeram ilícitos, em prol da moralidade e da probidade administrativa, mandado apurar as responsabilidades pelos atos praticados de conformidade com o art. 143, *caput*, da Lei nº 8.112/90' (f. 903).

Nos pontos de maior relevo do depoimento do indiciado, extraem-se as seguintes justificativas (fls. 563 a 565 do Vol. II):

I - 'em função da falta de telefone, falta de água no campus, da malária no campus e falta de meios de transporte, durante toda a sua gestão, o declarante dividia suas atividades com o Vice-Reitor e, em repetidas reuniões, acentuava a necessidade e a importância de cada um assumir e se responsabilizar pelo âmbito do seu trabalho. Isso particularmente, com relação à área jurídica, considerada um dos pontos nevrálgicos da Instituição'. É harmônico com a última assertiva a afirmação de que teve ciência, 'por intermédio do Vice-Reitor (...), que o Dr. (...), na condição de Procurador Jurídico da UNIR, não cumpriu a sua obrigação funcional, e em razão disso, de imediato, determinou ao vice-reitor no exercício do cargo de Reitor que procedesse à exoneração ...' (f. 564 do Vol. II);

II - em relação a determinadas citações, asseriu que 'todas as vezes que recebia expedientes oriundos da Justiça os encaminhava de imediato ao setor competente, no caso a Procuradoria Jurídica' (f. 564 do Vol. II);

III - no tocante à responsabilidade pela ineficiência da unidade jurídica, dela se escusou, 'por dois motivos: primeiro, porque tecnicamente a responsabilidade é dos respectivos profissionais e, em segundo lugar, sabendo da sobrecarga do setor, por inúmeras vezes insistiu junto à SESU/MEC no aumento de profissionais para o referido setor' (f. 564 do Vol. II). No que pertine aos prazos, cujas inobservâncias eram desconhecidas pelo indiciado, consoante o alega no seu depoimento, não tem o condão de provar o contrário a asserção de (...) ('todas as vezes que havia problemas sérios, principalmente os pertinentes ao contencioso, comunicava ao Reitor em exercício'), destacada pela c.i. na indicição (f. 1.236), eis que essa indiciada não precisou quais foram os 'problemas sérios' e referiu-se ao 'Reitor em exercício', sem indicar precisamente o indiciado.

A exoneração do Procurador Jurídico (...), afirma-o o indiciado, foi ordenada pelo seguinte motivo: '... levando-se a crer tratar-se de fato relacionado com a petição de fls. 71/72 do Anexo I - Processo nº 2.43687 e nº 2.437/87 2ª JCJ-PVH/RO, datada de 7 de novembro de 1991, assinada em conjunto pelo patrono dos reclamantes e pelo Dr. (...) ' (f. 564 do Vol. II). Essa incerteza é consignada também pela c.i. à f. 1.238, ao reconhecer que 'possivelmente' esse teria sido o motivo da exoneração. Não precisou o colegiado processante qual a unidade estrutural da Universidade ou autoridade seria competente para receber os documentos provenientes do Poder Judiciário, de modo a avaliar-se a omissão ou inércia do indiciado, caracterizadoras da desídia. Realce-se a assertiva de (...), no seu depoimento (f. 826 do Vol. II): '...quero deixar registrado que a Projur não tinha suas competências definidas no Estatuto e Regimento Interno, e em razão disto, todos os Setores da UNIR dela requisitavam todos os tipos de serviço ...'.

Considere-se, ainda, que (...) consigna a adoção de medida de organização funcional da Instituição por parte do indiciado, atribuindo ao Setor de Pagamento e ao Centro de Processamento de Dados a incumbência de efetuar a verificação de cálculos trabalhistas (f. 825 do vol. II) e afirma que a 'exoneração do Procurador-Chefe da Projur, Dr. (...), deu-se, segundo informações da Reitoria, por causa do desleixo do aludido Procurador, quando na chefia da Projur, com a coisa pública, ou seja, na defesa dos interesses primeiros da UNIR. Salienta, ainda, que tal procedimento era rotineiro por parte deste profissional, chegando ao ponto de a Universidade ter sido paralisada pela greve dos servidores, no último trimestre do ano de 1991, com a finalidade de pressionar para terem incorporados aos seus vencimentos os percentuais decorrentes dos Mandados de Incorporação, pois segundo soube, ainda, o Procurador-Chefe (...) deixou tudo correr à revelia, inclusive chegando ao ponto de abandonar a Projur e por sua vez o Reitor (...) também não se encontrava na Instituição e nem tampouco na cidade de Porto Velho' (f. 826 do Vol. II).

A própria c.i. desconsiderou a imputação de desrespeito à proibição de valer-se do cargo (art. 117, IX, da Lei nº 8.112), feita na indicição, 'visto que o indiciado no exercício da Reitoria não foi responsável direto pelas perdas de prazo em pauta' (p. 41 do relatório final). Na avaliação da responsabilidade do indiciado, sob o aspecto das teses, aproveita-se o entendimento externado nos itens 42 a 45 e 49 a 52 deste expediente,

conduzindo essa providência à convicção de que não emana dos autos a certeza da omissão específica do indiciado, configuradora da desídia;

f) (...), Técnica em Assuntos Educacionais: haveria de ser apenada com a advertência, tendo em vista que 'cumpru ordem manifestamente ilegal proveniente do Pró-Reitor de Administração da Fundação Universidade Federal de Rondônia (fls. 950/verso do Volume III)' (cfr. a p. 31 do relatório final). A Consultoria Jurídica no MEC suscitou a ocorrência da prescrição;

g) (...), Assistente em Administração: a penalidade de advertência, sugerida pela comissão, decorreria da perda de prazo na oportunidade em que foram prestadas informações em mandados de segurança, note-se aceitas pelo Poder Judiciário. O Órgão jurídico aludido na alínea anterior invocou a extinção da penalidade pelo decurso do tempo. O indiciado encontrava-se em exercício na Procuradoria Jurídica à época em que os fatos ocorreram. O teor da imputação ao indiciado decorre dos fatos assim sublinhados em seu depoimento de fls. 557/559, Vol. II: 'Que em alguns Mandados de Segurança houve informações prestadas pelo declarante de forma intempestiva, quando era Procurador-Substituto, no mês de janeiro de 1996. Isto se deu em vista da sobrecarga de trabalho, o que levou o declarante a solicitar verbalmente ao Magnífico Reitor, Professor (...), a efetivar a designação de um outro substituto eventual, pois assim haveria uma outra pessoa para a desenvolver os trabalhos técnico-jurídicos daquele setor. O declarante frisa que nessa época se encontrava sozinho na Projur, pois que a Drª (...) teve pouca freqüência no mês de janeiro/96, em virtude de problemas familiares'. Os motivos que induzem à desconfiguração das transgressões ligadas à perda de prazo, atribuídas a (...) (alínea d), aproveitam ao indiciado, considerando-se que esses fatos não foram contraditados pela c.i. e as condições de funcionamento da unidade jurídica supramencionada. Observe-se a necessidade de ser procedida a exculpação no caso de dúvida sobre a materialidade do ilícito, dado ser a medida mais benigna."

59. São uníssonas a c.i. e a Consultoria Jurídica no MEC na suas convicções quanto à exculpação de (...), pelos motivos expostos nas pp. 38 e 39 do relatório final.

60. É sugestão que exsurge do conteúdo do processo disciplinar e deve ser acolhida, em observância ao comando da Lei nº 8.112 para que se acate a sugestão da c.i, se não contrária às provas dos autos.

61. Silenciaram o colegiado no respeitante à enumeração das irregularidades que possivelmente teriam sido praticadas por (...), de modo a justificar a instauração de processo disciplinar para apurá-las, como proposto na f. 1.860 do Vol. IV, e a Consultoria Jurídica em relação à plausibilidade dessa medida.

62. No que pertine a esse servidor, fazem-se alusões à correção de cálculos judiciais e à perda de prazo processual, nas fls. 432 e 493 do Vol. II, sem ser incisivo sobre a autoria do referenciado servidor. Na falta de elementos que permitam concluir-se sobre o acerto da sugestão, não se pode propugnar pela sua efetivação.

63. A indefinição das irregularidades indica ser mais apropriado averiguar-se mediante sindicância.

64. Na oportunidade em que os autos foram alçados à consideração do Presidente da República, um dos indiciados era titular do cargo de Reitor da Universidade, o que já não ocorre.

65. Por conseguinte, não seria o caso de incidência do § 2º do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 1999, e incumbiria ao Titular da Pasta da Educação emitir julgamento: essa competência foi atribuída aos Ministros de Estado nos casos de penalidades de demissão, incluídas as faltas praticadas nas fundações públicas federais (cfr. o mesmo art. 1º).

66. Em síntese, tornam-se imperativas as seguintes medidas a serem adotadas pelo MEC, através da elaboração e edição dos atos adequados, implicitamente abrangidas pelo Decreto nº 3.035, de 1999: a) demissão de (...) (valimento do cargo para lograr proveito pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; lesão aos cofres públicos e improbidade administrativa), (...) (improbidade administrativa), (...) (improbidade administrativa) e de (...) (valimento do cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública); b) anotação da extinção da punibilidade de suspensão e de advertência pelo decurso do tempo (prescrição), na pasta de assentamentos funcionais, respectivamente, de (...) e (...); c) exculpação de (...), (...) e (...); d) realização de sindicância para apurar possíveis infrações disciplinares praticadas por (...).

67. Na hipótese em que ainda subsistam as condições insatisfatórias de funcionamento da Procuradoria Jurídica da Universidade, deve o MEC promover as providências necessárias para provê-la de meios instrumentais e de recursos humanos adequados ao regular desempenho de suas atividades, obstando fatos que implicam danos para o Estado e a coletividade.

Sub censura.

Brasília, 31 de março de 2000

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Ônus da prova da irregularidade incumbe à Administração. Anotação do fato em assentamentos funcionais quando prescrita a punibilidade.

PARECER AGU Nº GM-14

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 11-XII-2000*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 28971.000415/93-98

ORIGEM: Casa Civil da Presidência da República

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-6/2000, de 25 de abril de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 11 de dezembro de 2000

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-6/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-14)

EMENTA: Uma vez inibida a ação corretiva do Estado pela prescrição, anota-se esta e a conclusão da comissão processante na pasta de assentamentos funcionais dos indiciados e arquivam-se o processo disciplinar.

PARECER

A Casa Civil da Presidência da República solicita seja examinado o presente processo administrativo disciplinar, a fim de subsidiar a decisão do Presidente da República, no tocante à apenação de (...) e (...), alvitada pelo Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e decorrente de irregularidades perpetradas na direção da Fundação Legião Brasileira de Assistência.

2. A proposta origina-se do resultado da averiguação efetuada pela comissão de inquérito que subscreveu o relatório final de fls. 173 a 193, constante do Proc. nº 28971.000415/93-98, e consiste em converter na penalidade de destituição de cargo em comissão as exonerações deferidas aos indiciados, por isso que, a teor do despacho de instrução e indicição de fls. 101 a 103:

a) (...) deixou de “*observar as atribuições inerentes ao cargo de Presidente da LBA. Em face da aludida inobservância promoveu reformas no Gabinete da Presidência da LBA, no 6º andar do Prédio sede do MAS, onde funcionava a Direção Nacional, com dispensa de licitação, além de praticar ato de improbidade administrativa ao homologar e adjudicar o processo licitatório, referido no Processo nº 28971.001.481/91, fls. 39, sabendo tratar-se de licitação fraudulentamente montada, vez que as obras haviam sido realizadas nos dias 20 e 21 de abril de 1991. Tais atos caracterizam também a aplicação irregular de dinheiros públicos. Fatos estes comprovados nas peças de fls. 24; 25; 26; 62/64; 65/68; 69/72; 73/75; 76/77; 80/82; 87/90, do processo administrativo disciplinar nº 28971.000415/93*”; e

b) (...) também não exerceu as *“atribuições regimentares inerentes ao seu cargo, permitindo que fossem contratados serviços de reformas, sem o necessário processo licitatório e por ter se conduzido de forma desidiosa ao autorizar, através dos processos nºs 28971.001.481/91 e 28971.002.433/91, a licitação para obras de reformas no Gabinete da Presidente da LBA, encaminhando, inclusive, em relação ao processo nº 28971.001.481/91, o resultado da licitação à apreciação da Presidente da LBA, para homologação e adjudicação do resultado à firma vencedora, sem se certificar da regularidade daqueles procedimentos, o que não acontecera, uma vez que os referidos serviços haviam sido realizados, respectivamente nos períodos de 20 e 21 de abril de 1991, 27 e 28 de julho e 03 de agosto todos do mesmo ano. Fatos estes comprovados nas peças de fls. 24; 25; 26; 31; 32; 33; 34; 62/64; 65/68; 69/72; 73/75; 76/77; 80/82/87/90, do processo administrativo disciplinar nº 28971.000.415/93”*.

3. As provas constantes dos autos conduzem à conclusão de que a reforma ocorreu sem licitação prévia e esta foi simulada *a posteriori*. Isto se apercebe até mesmo da própria defesa da indiciada (fls. 113 a 141) e dos seguintes aspectos precípuos:

a) depoimento prestado por (...) (fls. 62 a 64) registra que ele recebeu dois telefonemas do gabinete da então Presidenta da extinta Legião Brasileira de Assistência (LBA), cobrando-lhe a assinatura da ata de licitação;

b) (...) asseverou, no depoimento de fls. 76 e 77, que *“foi chamada ao Gabinete da Presidência por uma servidora de nome (...) tendo sido a depoente solicitada a assinar a ata sob a alegação de que se não o fizesse levaria o caso ao conhecimento da Presidente da LBA; sendo assim, a depoente achou por bem assinar, visto que corria o risco de ser exonerada de seu cargo”*;

c) não discrepou a asserção feita por (...) (fls. 80 a 82), no sentido de que *“só assinou a ata de licitação por medo de perder o cargo, pois que contrariar naquela época as determinações do Gabinete significava exoneração sumária. Que declarou que dois colegas da Auditoria já haviam sido exonerados sumariamente por contrariar a filosofia da Administração”*;

d) a origem da ordem de execução da obra foi indicada também por (...) (fls. 73/74), ao asserir: *“que esclarece que a determinação da execução da obra partiu diretamente do Gabinete da Presidência para o Chefe da Divisão de Serviços Gerais, Sr. (...)”*;

e) essa igualmente a tônica da afirmação de (...): *“que a ordem para a execução da obra no processo nº 28971.002.433/91 partiu do Gabinete da Presidência. Que foi chamado ao gabinete sendo consultado pela Drª Isabel Teixeira e pela ajudança de ordem da Presidência sobre a possibilidade de execução daquele serviço. Que isso acontecia várias vezes até que o Gabinete definisse o que queria”* (f. 87);

f) o outro indiciado no presente processo disciplinar, (...), reafirma essas assertivas: *“que as obras no gabinete geralmente eram determinadas pelo Gabinete, diretamente à Divisão de Serviços Gerais e Divisão de Engenharia, que as executava, atendendo a essa determinação do Gabinete”* (f. 96).

4. Incumbia à indiciada, na forma do regimento interno da fundação LBA, como o assevera (...), à f. 97: *“que a autorização constante dos processos licitatórios, firmados pelo Diretor da DIRAD, tinham a finalidade de deflagrar o processo licitatório, já que a homologação e adjudicação regimentalmente eram da competência da Presidente da LBA, na condição de ordenadora de despesas”*.

5. Afirmam o despacho de instrução e indicição (f. 101) e o relatório final que a indiciada homologou o processo de licitação sob comento. É irretorquível, pois, quanto à

solicitação feita por (...) para que fosse homologado o processo licitatório, lê-se o seguinte despacho, exarado pela indiciada na f. 39 do Processo nº 28971.001.481/91, constante do Apenso I do Volume III: *“De acordo. Homologo e adjudico na forma supra solicitada. Em 10.06.91. (...) . Presidenta da LBA”*.

6. Os matizes de que se reveste a conduta funcional da indiciada refletem dissenso com princípios que presidem a atuação dos órgãos e entidades públicos: ressaí a inobservância dos deveres de legalidade e lealdade às instituições, além da sintonia com o sentido que se atribui à improbidade, dado emergir dos fatos o procedimento malicioso, o abuso, a fraude.

7. No entanto, há de atentar-se para as facetas de que, no aludido relatório final (fls. 173 a 193), a c.i. expendeu as seguintes considerações principais sobre a conduta funcional da indiciada, as quais serviram de base à argumentação de quantas unidades jurídicas emitiram pronunciamentos sobre o tema, conclusivos quanto à responsabilização:

“Restou constatado que houve realmente malversação do dinheiro público, uma vez que os serviços foram realizados em finais de semana e em horário noturno em regime de urgência não justificado. O prejuízo ao erário ocorreu pelas razões supraditas conforme se verifica pelo depoimento prestado por (...), às fls. 045, do 1º volume do processo de sindicância nº 28971.001.533/92, que disse:

‘O depoente realizou pesquisa de mercado em relação a alguns dos componentes básicos da obra, tendo chegado à conclusão que o material fornecido se encontrava de 20 a 30 por cento acima do preço de mercado e também bem acima, no que se refere à mão-de-obra, sendo que em relação a este último aspecto o depoente entende até justificável em razão de que os trabalhos foram realizados em fins de semana, avançando no período noturno.’

Em nenhum momento restou comprovado pela Defendente qualquer justificativa em relação à urgência. A irregularidade não ocorreu somente no caso de se dar às verbas públicas destinação diferente da que lhe foi atribuída na rubrica orçamentária apropriada. Caracteriza-se também, como no caso se constatou, quando existe a malversação do dinheiro público. Malversar significa malgovernar, administrar sem orientação, dilapidar dinheiro de cuja guarda e administração cabe zelar, como ficou caracterizado na conduta da Defendente.

A visita da Princesa de Gales à LBA, em que pese até ter-se constituído em honraria para esta Fundação, não caracteriza a situação emergencial prevista no art. 22 - IV, do Decreto-lei nº 2.300/86, para dispensa de licitação, uma vez que não se configurava o atendimento de situação que pudesse ocasionar prejuízos ou comprometimento da segurança daquela ilustre representante da realeza britânica. Da mesma forma, a inexigibilidade da licitação com fulcro no art. 23 - II c/c art. 12, parágrafo único do Decreto-lei nº 2.300/86, não procede, vez que em nenhum momento ficou configurado a notória especialização da firma Tarumã - Marcenaria e Decorações Ltda e a singularidade dos serviços por ela executados, de modo a inviabilizar a competição. Cabe finalmente aduzir que se realmente era o caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, qual o motivo de se haver ‘montado’ um processo de licitação, mediante convite, com o agravante de que se sabia que os serviços haviam sido realizados em data anterior?”

8. As provas constantes dos autos são incapazes de proporcionar desejável teor de certeza de verossimilhança dessas asserções, em virtude dos seguintes aspectos:

fundamenta-se a malversação de dinheiro público e o prejuízo para Erário, advindos da atuação da indiciada, nas facetas de que os *“serviços foram realizados em finais de semana e em horário noturno em regime de urgência não justificado”* e pela declaração feita por (...), no sentido de que *“realizou pesquisa de mercado em relação a alguns dos componentes básicos da obra, tendo chegado à conclusão que o material fornecido se encontrava de 20 a 30 por cento acima do preço de mercado e também bem acima, no que se refere à mão-de-obra, sendo que em relação a este último aspecto o depoente entende até justificável em razão de que os trabalhos foram realizados em fins de semana, avançando no período noturno”*.

É reiterada a orientação normativa firmada por esta Instituição, no sentido de que o ônus da prova, em tema de processo disciplinar, incumbe à Administração. O Parecer GM-3, de 10 de abril de 2000, adotou o Parecer AGU/WM-4/2000, de 31 de março transato, e, de forma iterativa nesta Instituição, pontificou a proposição que se segue:

“Ao invés do que ocorre no processo de revisão, onde o ônus da prova cabe ao requerente (v. o art. 175 da Lei nº 8.112, de 1990), posto que o ato punitivo goza da presunção de legalidade, compete à Administração, por intermédio da comissão de inquérito, demonstrar a culpabilidade do servidor, com satisfatório teor de certeza. Nessa linha de raciocínio remansosa, Ivan Barbosa Rigolin expressa sua opinião, com o seguinte jaez:

‘No processo administrativo disciplinar originário o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo, a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado’ (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Ed. Saraiva, 1993, 2ª ed, p. 285).

Comunga nesse entendimento Hely Lopes Meirelles, pois, aludindo à instrução, asseriu que nos ‘processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar’. (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, 20ª ed, p. 591)”

No mesmo sentido, há os Pareceres ns. GQ-136, de 26/1/98; GQ-160, de 10/8/98, in D.O. de 12 imediato; e GQ-182, de 28/12/98.

De modo diverso, a c.i. omitiu-se na apuração dos seguintes fatos, relevantes à desejável avaliação da verdade:

I - urgência na realização da obra, ditada pela visita que a Princesa Diana de Gales fez à LBA, à época presidida pela indiciada;

II - existência de alternativa de desempenho das atividades ligadas ao gabinete da dirigente da LBA em dia útil e em recinto diverso daquele em que a obra foi realizada, com o que esta far-se-ia desnecessária no final de semana e em horário noturno. Salvo prova em contrário, afigura-se razoável que se tenha procedido à reforma em horário diferente do expediente normal do gabinete, até porque não se haveria de exigir que a responsável maior pela entidade e sua equipe trabalhassem no mesmo horário em que os serviços de reparos foram executados;

III - *“alguns dos componentes básicos da obra”* teriam apresentado valor superior ao preço de mercado, consoante o asseriu (...). Este não os enumerou, nem a c.i. adotou

qualquer providência tendente a determinar quais seriam eles, seus preços e o autor do ato que teria acolhido o valor excessivo. Ao revés, o colegiado limitou-se a considerar tal afirmação como se fosse suficiente e revestida de inconteste verossimilhança. Não se pode relegar ao esquecimento que (...) solicitou autorização para deflagrar o processo de licitação (Proc. nº 28971.001.481/91), com o objetivo de legitimar as obras já realizadas sem a escolha prévia de empresa, e o desenvolveu na qualidade de presidente da comissão, praticando inúmeros atos. Se produtos haviam sido adquiridos com preço superior ao de mercado, configurar-se-ia mais um motivo para escusar-se de promover e desenvolver o processo. Aliás, no seu depoimento de fls. 62 a 64, (...) escusou-se de explicar os motivos pelos quais expediu o seguinte Ofício/DPT/GEPAT/nº 08/91, de 13/6/91, reafirme-se, pertinente a serviços que, naquela data, já haviam sido executados:

“Anexo, encaminho à V.Sa. a Nota de Empenho nº 91NE00269, referente à execução dos serviços de reforma nas dependências do 6º pavimento desta Direção Nacional solicitando, de acordo com o item 01 das Especificações básicas, o imediato início dos serviços referentes à 1ª etapa. Na oportunidade, solicitamos de V.Sas. analisarem a possibilidade de antecipação da execução dos serviços referentes à 2ª etapa para os dias 17 e 18/06/91, visto que a área objeto da reforma estará desocupada em decorrência da ausência no período, da Presidente desta Fundação.”

À evidência que se esmaece a credibilidade das declarações supra e a cautela se recomenda. Indubitável o conluio de (...) e dos demais membros da comissão de licitação ((...) e (...)), não obstante haverem tentado justificar as irregularidades com a alegação do temor de serem exonerados se se recusassem a simular a seleção, como se tal receio fosse excludente de responsabilidade. A c.i. sequer os indiciou, como deveria ter agido em relação a (...), que aparece em várias peças probatórias na condição de responsável pelo convite e autorização para a execução da obra; b) não foram envidados esforços destinados a apurar se a reforma era desnecessária ou se foram aplicados recursos orçamentários inadequados ao seu custeio. Adstringem-se a asserir e reafirmar que ocorreu a malversação do dinheiro público. O contexto do presente processo disciplinar não proporciona elementos que demonstrem a propriedade dos aspectos reproduzidos no item anterior deste expediente e invocados com o propósito de demonstrar a aplicação irregular de dinheiro público por parte da indiciada. Incumbia à c.i. prová-la no respeitante a esta ou a qualquer dos outros envolvidos, considerados de per si, tendo em vista que a *“responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”* (v. o art. 124 da Lei nº 8.112, de 1990). Esta deve ser apurada e as faltas indicadas quanto a cada autoridade, consideradas individualmente, evidenciando a sua prática efetiva.

9. A obra e a pseudo licitação destinada a infundir cunho de legalidade à primeira foram constatadas em processo disciplinar suficiente para a evidenciação das irregularidades e das autorias assinaladas no item 3 deste expediente, motivo por que parece despiciendo realizar incursões exegéticas a respeito da validade da sindicância, contestada na defesa da indiciada.

10. As páginas 18 e 19 do relatório final encerram excertos de depoimentos que elucidam a participação de (...) na realização da reforma e a folha 39 do Proc. nº 28971.001.481/91 contém o seguinte despacho, subscrito pelo indiciado, sem ensejar dúvida quanto à sua atuação no processo de licitação, *verbis*;

“Senhora Presidente, Encareço a V.Sa. homologar o presente processo licitatório, adjudicando vencedora a Empresa Tarumã Marcenaria e Decorações Ltda. Em 10.06.91. Humberto Léda, Diretor de Administração, Direção Nacional.”

11. Não exsurge dos autos comprovação de que (...) e (...) tenham praticado infração disciplinar de que adveio lesão aos cofres públicos, cuja extinção de punibilidade pelo decurso do tempo é de dezesseis anos (Parecer GQ-164, de 24/9/98, publicado no Diário Oficial do dia 28 seguinte).

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-164 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-3.)

12. A conversão do ato exoneratório em destituição de cargo em comissão haveria de efetivar-se no prazo quinquenal de prescrição, já transcorrido, a teor do Parecer nº GQ-159, de 10/8/98, in D.O. de subsequente, tendo em vista que a Portaria nº 1.168, de 2/12/92, da Presidência da LBA, determinou a realização de sindicância e, conseqüentemente o Boletim de Serviço nº 62/93, de 26/3/93, publicou a Portaria nº 187, de 25/3/93, da então Presidenta da LBA, instaurando o processo disciplinar.

13. Em assim sendo, apenas resta efetuar:

a) o registro da conclusão da c.i. e da extinção da punibilidade, em decorrência da prescrição, na pasta de assentamentos funcionais dos dois indiciados; e

b) o arquivamento do presente processo disciplinar.

Sub censura.

Brasília, 25 de abril de 2000.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Critérios para ocupação de cargo em comissão e de função de confiança e para cessão de servidor. Presunção de Inocência.

PARECER Nº 1/2020/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 33367.100284/2019-51

INTERESSADA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

ASSUNTO: SERVIDOR QUE RESPONDER A PROCESSO DISCIPLINAR PODERÁ SER CEDIDO.

ENUNCIADO CNPAD/DECOR/CGU/AGU

A mera existência de sindicância ou de processo administrativo disciplinar não constitui, por si só, óbice à cessão do respectivo servidor público, tendo em vista tanto a observância ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, quanto a inexistência de qualquer previsão legal proibitiva, salientando-se que a autorização da cessão se insere no âmbito da discricionariedade da autoridade administrativa, atendidos os requisitos legais.

REFERÊNCIAS: Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Parecer AGU nº GMF-03, DOU 11.01.17. STF RE nº 560.990. STJ MS Nº 20.209, DJe 16.10.14.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA CONSAGRADO NA CARTA MAGNA, EM SEU ART. 5º, INCISO LVII.

A mera existência de sindicância ou de processo administrativo disciplinar não constitui, por si só, óbice à cessão do respectivo servidor público, tendo em vista tanto a observância ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, quanto a inexistência de qualquer previsão legal proibitiva, salientando-se que a autorização da cessão se insere no âmbito da discricionariedade da autoridade administrativa, atendidos os requisitos legais.

CÓD. EMENT. 14

Senhora Coordenadora e demais colegas da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares,

I - RELATÓRIO

1. Trata a presente manifestação de pedido de orientação iniciado junto à Consultoria Jurídica no Ministério da Saúde e remetido, com base no art. 14, inciso I, alínea b e inciso III do Anexo I, do Decreto nº 7.392, de 2010, ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, a respeito da possibilidade de autorização para cessão de servidor público que esteja respondendo sindicância ou processo administrativo disciplinar.

2. Mediante a Nota nº 201/2019/DECOR/CGU/AGU, foi afastada a competência daquele Departamento para realizar a apreciação da questão, tendo em vista a ausência de controvérsia entre órgãos jurídicos (Sequencial nº 5). Todavia, em razão do tema afeiçoar-se às atribuições desta Câmara, por meio do Despacho nº 631/2019, da lavra de seu Diretor Substituto, foi sugerido seu encaminhamento à nossa apreciação (Sequencial nº 7) e a mim distribuído na condição de relatora (Sequencial nº 17).

3. A Consultoria Jurídica no Ministério da Saúde, a época, exarou o Parecer nº 697/2019/CONJUR- MS/CGU/AGU, com o seguinte entendimento: "Ainda que não haja impedimento normativo expresso, não se **recomenda a cessão de servidor que esteja respondendo a Processo Disciplinar ou Sindicância, até o encerramento dos respectivos instrumentos apuratórios.**"

4. É o breve relato.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde argumenta nos parágrafos 19 e 20 do opinativo acima que, embora não haja em nenhuma norma "*restrição expressa quanto à cessão de servidores que estejam respondendo a processo administrativo disciplinar ou sindicância*", ainda assim há orientação da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que não recomenda a cessão.

6. Destarte, para elucidação da questão cabe conferir o que está posto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional sobre o assunto.

7. A Constituição Federal em seu art. 5º dispõe:

LV - **aos litigantes**, em processo judicial ou **administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

LVII - **ninguém será considerado culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)

LXXVIII - a todos, **no âmbito** judicial e **administrativo**, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

8. O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que "Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.", no Capítulo IV, ao tratar do Assessoramento Superior da Administração Civil, em seu art. 122 prescreve:

Art. 122. O Assessoramento Superior da Administração Civil compreenderá determinadas funções de assessoramento aos Ministros de Estado, definidas por decreto e fixadas em número limitado para cada Ministério civil, observadas as respectivas peculiaridades de organização e funcionamento.

§ 1º As funções a que se refere este artigo, caracterizadas pelo alto nível de especificidade, complexidade e responsabilidade, serão objeto de rigorosa individualização e a **designação para o seu exercício somente poderá recair em pessoas de comprovada idoneidade**, cujas qualificações, capacidade e experiência específicas sejam examinadas, aferidas e certificadas por órgão próprio, na forma definida em regulamento.

9. A Lei nº 8.112, de 1990 que "Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais" - no art. 93 prescreve:

Art. 93. **O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:**

I - **para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;**

II - em casos previstos em leis específicas. (g.n.)

10. O Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que "Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Civil do Poder Executivo Federal." em seu Anexo traz o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, mas nada dispõe sobre o assunto.

11. A Lei nº 9.784, de 1999, que - "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal." - em seu art. 2º dispõe que a Administração Pública deverá obedecer dentre os princípios já consagrados pela Constituição Federal, também os da razoabilidade, ampla defesa e contraditório. Esses de interesse direto nos procedimentos disciplinares. *In verbis*:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa, contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (g.n.)

12. O Decreto nº 6.029, de 1º de fevereiro de 2007, que "Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal e dá outras providências." - no art. 15 trata do compromisso que deve prestar o agente público no seu ato de posse, *in verbis*:

Art. 11. Qualquer cidadão, agente público, pessoa jurídica de direito privado, associação ou entidade de classe poderá provocar a atuação da CEP ou de Comissão de Ética, visando à apuração de infração ética imputada a agente público, órgão ou setor específico de ente estatal.

Parágrafo único. Entende-se por agente público, para os fins deste Decreto, todo aquele que, por força de lei, contrato ou qualquer ato jurídico, preste serviços de natureza permanente, temporária, excepcional ou eventual, ainda que sem retribuição financeira, a órgão ou entidade da administração pública federal, direta e indireta.

(...)

Art. 15. **Todo ato de posse**, investidura em função pública ou celebração de contrato de trabalho, dos agentes públicos referidos no parágrafo único do art. 11, **deverá ser acompanhado da prestação de compromisso solene de acatamento e observância das regras estabelecidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal, pelo Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e pelo Código de Ética do órgão ou entidade**, conforme o caso.

Parágrafo único . A posse em cargo ou função pública que submeta a autoridade às normas do Código de Conduta da Alta Administração Federal deve ser precedida de consulta da autoridade à Comissão de Ética Pública, acerca de situação que possa suscitar conflito de interesses. (g.n.)

13. O Decreto nº 9.144, de 2017, que - "Dispõe sobre as cessões e as requisições de pessoal em que a administração pública federal, direta e indireta, seja parte." - define o instituto da cessão no art. 2º, e nada dispõe sobre o tema em análise:

Art. 2º **A cessão é o ato autorizativo pelo qual o agente público, sem suspensão ou interrupção do vínculo funcional com a origem, passa a ter exercício fora da unidade de lotação ou da estatal empregadora.**

§ 1º Não haverá cessão sem o pedido do cessionário, a concordância do cedente e a concordância do agente público cedido.

§ 2º A cessão é realizada para a ocupação de cargo em comissão ou de função de confiança em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. (g.n.)

14. O Decreto nº 9.727, de 15 de março de 2019, que - "*Dispõe sobre os critérios, o perfil profissional e os procedimentos gerais a serem observados para a ocupação dos cargos em comissão do Grupo - Direção e Assessoramento Superiores - DAS e das Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE*" - estabelece como critérios gerais para a ocupação de DAS ou de FCPE, idoneidade moral e reputação ilibada, e destaca como

impedimento o não enquadramento nas hipóteses previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 1990. Confira- se:

Art. 2º São critérios gerais para a ocupação de DAS ou de FCPE:

I - idoneidade moral e reputação ilibada;

II - perfil profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo ou a função para o qual tenha sido indicado; e

III - não enquadramento nas hipóteses de inelegibilidade previstas no inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Parágrafo único. Os ocupantes de DAS ou de FCPE deverão informar prontamente a superveniência da restrição de que trata o inciso III do **caput** à autoridade responsável por sua nomeação ou designação.

Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

15. Na sequência, foi editado o Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019, que - "*Dispõe sobre os atos de nomeação e de designação para cargos em comissão e funções de confiança de competência originária do Presidente da República e institui o Sistema Integrado de Nomeações e Consultas - Sinc, no âmbito da administração pública federal.*" Confira-se os arts. 10 e seguintes que ao instituir o Sinc, a este atribui o dever de verificar a existência de óbice para provimento desses cargos, inclusive encaminhando os pedidos para pesquisa junto à Controladoria-Geral da União, à ABIN e às Comissões de Ética, com o intuito de obter informações sobre a vida pregressa do indicado. Confira-se:

Art. 10. Fica instituído o Sinc, como sistema eletrônico que possibilite o registro, o controle e a análise de indicações para provimento de cargo em comissão ou de função de confiança **no âmbito da administração pública federal.**

(...)

Art. 11. O Sinc tem por finalidade o tratamento e a disponibilização de informações para o provimento de cargo em comissão ou de função de confiança cuja indicação tenha sido encaminhada à análise da Secretaria-Geral da Presidência da República e da Casa Civil da Presidência da República.

§ 1º **O Sinc deverá:**

I - possibilitar a verificação da existência de óbice ao provimento de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - registrar e armazenar as indicações para provimento dos cargos de que trata este Decreto;

III - encaminhar os pedidos de pesquisa à Controladoria-Geral da União e à Agência Brasileira de Inteligência do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República para verificação de vida pregressa;

IV - **consultar**, de forma automatizada, **o banco de dados de sanções aplicadas pelas comissões de ética mantido pela Comissão de Ética Pública da Presidência da República;**

V - viabilizar a análise de indicações pela Secretaria-Geral da Presidência da República e pela Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º São informações essenciais, dentre outras, para a avaliação da indicação:

I - dados pessoais;

II - experiência profissional;

III - detalhes sobre eventual vínculo com o serviço público;

IV - nome e código do cargo; e

V - identificação do ocupante do cargo ou da função no momento da indicação. (...)

Art. 15. **A consulta ao Sinc poderá ser realizada:**

(...)

II - **para a verificação de vida pregressa de pessoas cogitadas para cargos e funções no âmbito do Poder Executivo federal, desde que haja aprovação do Subchefe para Assuntos Jurídicos, quando:**

a) **houver conveniência de análise prévia da existência de óbice jurídico para a pessoa cogitada assumir o cargo em comissão ou a função pública;**

b) o conhecimento antecipado da indicação no âmbito do órgão interessado, inclusive pelo atual ocupante do cargo ou da função objeto de eventual substituição, puder gerar risco à continuidade administrativa; ou

c) houver necessidade de tratamento restrito da informação; (g.n.)

16. Consoante se observa na legislação infraconstitucional acima mencionada, nenhum dos dispositivos traz qualquer ressalva, restrição ou impedimento àquele servidor ou cidadão que responda a processo criminal ou disciplinar e esteja sendo indicado ou designado para cargos em comissão ou função de confiança. As leis e os decretos citados estão todos alinhados e afinados com o princípio constitucional da presunção de inocência consagrado no art. 5º, inciso LVII, o que não poderia ser diferente, pois violaria esse tão caro princípio:

LVII - **ninguém será considerado culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

17. Perante os Ministérios, encontramos no Ministério da Economia, a Portaria nº 357, de 2 de setembro de 2019, publicada no DOU de 4 seguinte, que - "*Estabelece as regras e os procedimentos a serem observados pelos órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, como cedente ou cessionária, quando da cessão ou requisição de servidores públicos efetivos, empregados públicos e empregados de empresas estatais, respeitadas as regras especiais constantes de lei ou de decreto nos pontos em que forem incompatíveis.*" - e, em nenhum momento traz qualquer ressalva ou restrição ao agente público em processo de cessão.

18. No extinto Ministério do Trabalho, embora não tratasse de autorização de cessão, foi editada a Portaria nº 797, de 2018, DOU 28.09.18, que "*Estabelece normas relativas à movimentação de pessoal civil no âmbito do Ministério do Trabalho*" - e, em seu art. 5º sobresta, por prazo razoável, a movimentação do servidor que figure como acusado ou indiciado em sindicância ou processo administrativo disciplinar, *in verbis*:

Art. 5º O servidor que figurar como acusado ou indiciado em sindicância ou em processo administrativo disciplinar terá sua remoção de ofício, ou a pedido, a critério da Administração, sobrestada por no máximo 80 (oitenta) ou 140 (cento e quarenta) dias, respectivamente.

Parágrafo Único. O disposto no caput não se aplica aos casos de remoção requeridos em razão da extinção da unidade de lotação do servidor, devendo ela ocorrer, preferencialmente, para Unidade situada dentro da mesma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, constituídas por municípios limítrofes e regularmente instituídas e, impreterivelmente, na circunscrição da Unidade Descentralizada.

19. Porém, no Ministério da Saúde foi editada a Portaria nº 243, de 10 de março de 2015, que - "*Dispõe sobre a cessão de servidores públicos, ocupantes de cargo efetivo do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde e das autarquias e fundações públicas a ele vinculadas, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para atuação no âmbito do Sistema Único de*

Saúde (SUS), nos termos do art. 20 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991", adotando alguns critérios para concessão de pedido de cessão ao servidor público ocupante do cargo privativo de profissional da área da saúde para atuar junto ao SUS e, no mencionado ato normativo consta como um desses critérios a ser observado a "*inexistência de procedimento disciplinar ou processo ético em tramitação contra o servidor.*"

Art. 3º A cessão de servidores públicos de que trata esta Portaria **deve atender aos seguintes critérios:**

I - declaração de término do estágio probatório;

II - inexistência de procedimento disciplinar ou processo ético em tramitação contra o servidor;

III - anuência das chefias imediata e mediata;

IV - não estar o servidor público em gozo de licença remunerada prevista na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e

V - não estar o servidor público afastado para fins de capacitação "latu sensu" ou "stricto sensu" ou qualificação. (g.n.)

20. No âmbito desta Advocacia-Geral da União foi editada a Portaria nº 564, de 4 de dezembro de 2012, estabelecendo "*critérios e procedimentos a serem observados por todas as Unidades nos casos de nomeação de cargos comissionados e funções de confiança, de **autorização de cessão e requisição de servidores no âmbito da Advocacia- Geral da União** e da Procuradoria-Geral Federal*".

21. Referida Portaria, no art. 7º, inciso V, destaca que, para a formalização do procedimento de nomeação ou designação dos cargos em comissão e funções de confiança, inclusive de seus substitutos, e ainda, para as autorizações de cessão e requisição de servidores, é necessário o fornecimento de certidão pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União, **informando a inexistência de procedimento disciplinar do servidor indicado**. Ou seja, é critério perante esta Casa, que o servidor que responde a procedimento disciplinar não deverá ter autorizada sua cessão, pois a certidão positiva é motivo de impedimento, consoante disposto no seu art. 8º. Confira-se:

Art. 1º A nomeação ou designação para ocupar cargos comissionados, funções de confiança e gratificações, bem como para seus substitutos, e **as autorizações de cessão e requisição de servidores, no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, obedecerá ao disposto nesta Portaria.**

(...)

Art. 7º. **A formalização do procedimento** de nomeação ou designação de que trata o art. 1º **deverá, obrigatoriamente, conter** os seguintes documentos:

I - preenchimento do Formulário de Indicação previsto no art. 2º desta Portaria;

II- currículo profissional do indicado;

III - análise da adequação do perfil profissional às atividades do cargo, função ou gratificação;

IV - declaração de acatamento e observância das regras estabelecidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal, pelo Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e pelo Código de Ética do órgão ou entidade, conforme o caso;

V - certidão da Corregedoria-Geral da Advocacia da União quanto à inexistência de procedimento disciplinar do servidor indicado;

VI - declaração acerca da existência de vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou

colateral, até o terceiro grau, com ocupantes de cargos comissionados da Advocacia-Geral da União; e

VII - declaração acerca da existência de vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, com ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança no âmbito do Poder Executivo federal; e

VIII - manifestação conclusiva do titular do órgão central quanto a oportunidade e conveniência da indicação.

Art. 8º. A identificação de restrições será fator impeditivo para a nomeação ou designação no cargo comissionado, função ou gratificação, bem como para seus substitutos. (g.n.)

22. Assim, após transcrições dos dispositivos legais que interessam ao assunto, cabe trazer à colação principais excertos do Parecer nº 697/2019, exarado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, objeto desta análise que entende o seguinte: - *"não obstante o ato de cessão do servidor inserir-se no juízo de conveniência e oportunidade da Administração, recomenda-se no presente caso pela sua não autorização, sob o fundamento de que a autoridade ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi atribuída, norteadas pelos princípios da finalidade, moralidade e eficiência, nos termos da supracitada orientação da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Ofício nº 64/2004-COGES/SRH/MP) e no posicionamento da Advocacia-Geral da União exarado no PARECER/MP/CONJUR/RS/Nº 2079/99, mencionado no referido Ofício."* Confira-se (Sequencial nº 3):

"4. Ato contínuo, após pesquisa no Sistema de Gestão de Processos Disciplinares (CGU-PAD), a Corregedoria-Geral do Ministério da Saúde juntou aos autos o **Relatório gerado pelo sistema CGU-PAD em que consta a existência de 5 (cinco) processos administrativos disciplinares, cuja situação do servidor é ou de indiciado, ou de investigado.**

(...)

Em sua manifestação, a **Corregedoria-Geral do Ministério da Saúde esclareceu o seguinte:**

"(...) ainda que pese não haver óbices legais quanto a cessão de servidor que encontre-se respondendo a procedimento correccional, resta que existe a necessidade precípua de informar-se a(s) Comissões Processante(s) sobre a referida cessão, visto a necessidade de que a(s) mesmas tenham conhecimento da futura lotação do servidor, visando planejamento de seus trabalhos apuratórios.

(...)

Ante o exposto, **resta-nos concluir não vislumbrarmos óbices legais à supracitada cessão,** restando, como salientado, a necessidade de informação sobre a cessão em questão à(s) Comissão(ões) Processante(s) que apuram os procedimentos correccionais aos quais o servidor responde. (...)"

(...)

19. Entretanto, **em nenhuma das normas supramencionadas há qualquer tipo de restrição expressa quanto à cessão de servidores que estejam respondendo a processo administrativo disciplinar (PAD) ou sindicância. Ainda assim, há orientação da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas do então Ministério do**

Planejamento, Orçamento e Gestão em que não se recomenda a cessão de servidor indiciado em PAD ou Sindicância.

20. Em pesquisa feita no Sistema de Gestão de Pessoas do Governo Federal (SIGEP LEGIS) - sistema de consulta de atos normativos que regem a gestão de pessoas da Administração Pública Federal -, encontramos resposta a consulta com o mesmo objeto, qual seja, a cessão de servidores que respondem a processo administrativo disciplinar ou Sindicância. **O Órgão Central do SIPEC, mediante Ofício nº 64/2004-COGES/SRH/MP, respondeu o seguinte:**

"(...) Sobre o assunto esclarecemos que embora a legislação seja silente, a prática administrativa, norteadas pelos princípios da finalidade, moralidade e eficiência, não recomenda a cessão de servidor indiciado em PAD ou sindicância até a conclusão dos respectivos instrumentos de apuração e investigação, a fim de se evitar a interrupção das investigações por ausência do acusado e o embaraço do cumprimento do dever imposto à Administração de esclarecer as denúncias que pesam sobre o servidor.

Ratificando o entendimento ora esposado, encontra-se o PARECER/MP/CONJUR/RS/Nº 2079/99, cópia anexa, que também não recomenda a utilização da cessão enquanto o servidor estiver respondendo a PAD. (...)"

26. Na esfera do Direito Penal, sabe-se que a presunção de inocência impede que se considere um indivíduo culpado sem que haja decisão de mérito em definitivo nesse sentido. Ainda assim, não é imposto que seja dado o mesmo tratamento ao longo de todo processo, haja vista a lei estabelecer tratamento diferenciado à medida que se avança nas fases processuais.

27. Pode-se afirmar, portanto, que a presunção de inocência não impede a adoção de medidas restritivas a direitos do cidadão, desde que não se atinja o núcleo fundamental, qual seja, juízo precipitado acerca de sua responsabilidade. Princípio da presunção de inocência é um princípio, e não uma regra, de modo que pode ser ponderado com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

28. Na seara do Direito Administrativo, **há órgãos da Administração Pública Federal que restringem direitos de seus servidores ante a existência de processo administrativo disciplinar em curso. No âmbito do Ministério da Saúde, a cessão de servidores do seu quadro de pessoal para atuarem na implementação do Sistema Único de Saúde, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.720, de 17 de dezembro de 1991, foi regulamentada mediante Portaria nº 243, de 10 de março de 2015. Determinaram-se, então, condicionalidades para que houvesse a cessão:**

"Art. 3º A cessão de servidores públicos de que trata esta Portaria deve atender aos seguintes critérios:

I - declaração de término do estágio probatório;

II - inexistência de procedimento disciplinar ou processo ético em tramitação contra o servidor;"

(...)

29. Conforme já mencionado, a restrição a direitos dos servidores públicos, em especial **a exigência de não se ter procedimento disciplinar como critério para cessão, não é fato isolado do Ministério da Saúde, uma vez que vem sendo adotado por diversos órgãos da Administração Pública**

Federal, conforme se lê na Portaria nº 564, de 04 de dezembro de 2012, da Advocacia-Geral da União e na Portaria nº 797, de 27 de setembro de 2018, do Ministério do Trabalho. Constata-se, portanto, que a existência de processo administrativo disciplinar tende a ser fator orientador na análise de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

30. Ainda que a supramencionada Portaria do Ministério da Saúde tenha como objeto cessões de servidores no âmbito do SUS, o que difere do objeto da cessão em análise, cogita-se a possibilidade de se estabelecer regimentos distintos para servidores pertencentes ao mesmo quadro de pessoal. Enquanto alguns servidores são submetidos a um crivo mais rigoroso, outros estariam isentos. Insere-se, nesse contexto de colisão de princípios constitucionais, a inclusão de mais um: o princípio da isonomia.

(...)

33. Ressalte-se, ainda, que a referida Portaria do Ministério da Saúde amplia o objeto em discussão ao incluir "*processo ético*". Se a exigência de um padrão de conduta fosse irrelevante na análise da cessão de servidor, a norma administrativa não teria singularizado, dentre os critérios exigidos, a *inexistência de procedimento disciplinar ou processo ético*. Se esse aspecto pudesse ser menoscabado, não teria sido necessário sua inclusão, a fim de complementar, no âmbito do Ministério da Saúde, as determinações instituídas pela Lei nº 8.112/1990, pelo Decreto nº 9.144/2017 e pela Portaria nº 342/2017/MPOG.

34. **Mesmo que não haja óbice normativo estabelecido expressamente no âmbito do Poder Executivo Federal impedindo a cessão do servidor no presente caso, ao analisar a conjuntura na qual o servidor seria cedido à Prefeitura de Niterói/RJ para exercer cargo de chefia (Superintendente), respondendo a 05 (cinco) processos administrativos disciplinares, considera-se relevante avaliar a conveniência e a oportunidade,** aspectos nucleares da discricionariedade administrativa, sob a perspectiva axiológica constitucional que rege a Administração Pública.

35. Registre-se, ainda, que através do DESPACHO SAA/SE/MS (SEI nº 0010812327), de 20 de agosto de 2019, a Subsecretaria de Assuntos Administrativos da Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde manifestou-se da seguinte forma:

"2. Embora a Corregedoria-Geral tenha preliminarmente informado não haver óbices legais quanto a cessão de servidor, depreendemos que a matéria deve ser analisada por essa Assessoria Jurídica, de forma que não reste nenhuma dúvida acerca da pretendida cessão, considerando inclusive, a necessidade precípua de informar-se a(s) Comissões Processante(s) sobre a referida cessão, visto a necessidade de que a(s) mesmas tenham conhecimento da futura lotação do servidor, visando planejamento de seus trabalhos apuratórios.

3. Por fim, registramos que a manifestação dessa Consultoria subsidiará os procedimentos em tela e demais com objeto similar" (g.n.)

(...)

III. CONCLUSÃO.

38. Diante do exposto, não obstante o ato de cessão do servidor inserir-se no juízo de conveniência e oportunidade da Administração, recomenda-se no presente caso pela sua não autorização, sob o fundamento de que a autoridade ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse

público referente à competência que lhe foi atribuída, norteadas pelos princípios da finalidade, moralidade e eficiência, nos termos da supracitada orientação da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Ofício nº 64/2004-COGES/SRH/MP) e no posicionamento da Advocacia-Geral da União exarado no PARECER/MP/CONJUR/RS/Nº 2079/99, mencionado no referido Ofício." (g.n.)

23. A orientação mencionada no opinativo da Consultoria Jurídica no Ministério da Saúde se refere ao Ofício nº 64/2004, **expedido em 31 de março de 2004**, pela Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação de Normas do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em resposta à consulta realizada pelo então Ministério da Fazenda, atual Economia. Nesse ofício consta que embora a legislação seja silente, a prática administrativa, em obediência aos princípios da finalidade, moralidade e eficiência, não é recomendável a autorização da cessão de servidor que responda a processo disciplinar. Confira-se (Sequencial nº 18):

Refiro-me à consulta efetuada pelo FAX de nº 028, de 16.03.2004, sobre a possibilidade de cessão de servidores desse órgão que estão respondendo a Processo Administrativo Disciplinar ou Sindicância.

2. Sobre o assunto esclarecemos que embora a legislação seja silente, a prática administrativa, norteadas pelos princípios da finalidade, moralidade e eficiência, não recomenda a cessão de servidor indiciado em PAD ou sindicância até a conclusão dos respectivos instrumentos de apuração e investigação, a fim de se evitar a interrupção das investigações por ausência do acusado e o embaraço do cumprimento do dever imposto à Administração de esclarecer as denúncias que pesam sobre o servidor.

3. Ratificando o entendimento ora esposado, encontra-se o PARECER/MP/CONJUR/RS/Nº 2079/99, cópia anexa, que também não recomenda a utilização da cessão enquanto o servidor estiver respondendo a PAD. (g.n.)

24. Nessa linha, o Parecer nº 2079/99, de 21 de dezembro de 1999, exarado pela Consultoria Jurídica do então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, utilizado como argumento de sustentação no citado ofício, lança esse entendimento de que a cessão deveria ter sido negada em razão da existência de processo disciplinar a servidor com pedido de cessão. Embora, no caso objeto da investigação, conforme ressaltou o parecerista, o descumprimento da apuração tenha ocorrido por falta de interesse das Comissões Processantes, e não, necessariamente em decorrência da cessão. Confira-se a abordagem do opinativo (Sequencial nº 19):

11. b) As comissões incumbidas de dar seguimento ao processo, tanto a pertencente a Secretaria de Segurança Pública do Estado de Rondônia, quanto a da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda **alegam a impossibilidade de cumprir o encargo por motivo de cessão do servidor.**

12. Igualmente é inescusável o descumprimento do dever de apurar a falta pela razão apresentada. Deveria a comissão, após o ato designativo da autoridade competente, reiniciar a tarefa (inexiste, inclusive Portaria neste sentido, revogando a anterior e constituindo nova comissão para ultimar ou refazer o processo - Formulação DASP nº 216), **notificando o servidor, mesmo que cedido, a comparecer e exercer o seu direito de acompanhar o processo nos termos do art. 156, da Lei 8.112/90. Não cabe à comissão**

processante ficar à espera da iniciativa do servidor implicado, basta que lhe comunique, validamente, a instauração do procedimento para que este tenha seu curso normal, com ou sem a sua presença (...)

13. c) O ato de cessão do servidor foi efetivado por meio da Portaria SAF nº 2.633, de 12 de junho de 1992, ... estando ainda em curso as investigações da ação disciplinar, instaurada em 20 de março de 1992, com citação do acusado em 02 de abril seguinte. Este fato - a cessão do servidor a outro Estado da Federação de outra região do país em meio a um processo administrativo disciplinar - compromete a validade do ato administrativo, induzindo à suspeição de que fora expedido com vício em um de seus pressupostos: a finalidade - pressuposto teleológico, no magistério de Celso Antônio. (...)

14. O ato de cessão, por si só, não poderia conter o evoluir do processo administrativo, todavia contribuiu para o entendimento equivocado adotado pelas autoridades e comissões processantes de interromper as investigações enquanto ausente o acusado. Feriu o ato o interesse público por causar embaraços ao cumprimento do dever imposto à Administração Pública de dilucidar as denúncias que pesavam sobre o servidor.

(...)

Também já não é mais possível invalidar o ato viciado, embora o fosse à época de sua edição. (...)

18. Logo, com a ocorrência do prazo prescricional que atingiu o vício que invalidava o ato, conforme adiante será demonstrado, restabeleceu-se a sua regularidade.

(...)

22. Se não há mais a possibilidade de a Administração Pública aplicar o seu poder-dever de sancionar a falta atribuída ao servidor, pela superveniência da prescrição, o vício que maculava de invalidade o ato de cessão - ter provocado a ausência do servidor do local onde transcorreram os fatos objeto da denúncia e no qual desenvolvia-se a ação disciplinar - também não mais persiste, quedando-se regularizada a Portaria, restando apurar eventuais prejuízos ao interesse público decorrentes de sua edição.

23. Resumidamente:

a) os presentes autos não lograram formar um processo administrativo disciplinar válido e sob esta condição capaz de interromper o curso da prescrição estabelecida em cinco anos para as condutas passíveis de demissão na forma do art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90, hipótese de que se trata;

b) a Portaria de cessão do servidor durante o processo foi editada com possível vício de finalidade, por haver dificultado a ação disciplinar, **embora não motivasse, necessariamente, a sua interrupção;**

c) o prazo prescricional decorreu frouxamente, sem a retomada das investigações, com ou sem a invalidação da Portaria;

(...)

24. Isto posto, conclui-se devam retornar os autos à Secretaria de Recursos Humanos - SRH, deste Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com sugestão de arquivamento, por perda de seu objeto. (g.n.)

25. Também por parte desta Advocacia-Geral da União foi emitido o Parecer nº 95/2015/DECOR/CGU/AGU, de 17 de dezembro de 2015, que examinou restrição contida na Portaria AGU nº 564, de 2012, com relação à autorização de cessão no âmbito desta Casa e da Procuradoria-Geral Federal.

26. Para melhor compreensão da questão, colacionaremos os principais pontos do Parecer nº 95/2015/DECOR/CGU/AGU, da lavra da Advogada da União - Dra. Márcia Cristina Novais Labanca (NUP nº 00748.000052/2015-37 - Sequencial nº 8). Confira-se:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PORTARIA AGU Nº 564, DE 2012. CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS NOS CASOS DE NOMEAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES DE CONFIANÇA, DE AUTORIZAÇÃO DE CESSÃO E REQUISIÇÃO DE SERVIDORES. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **ABRANGÊNCIA. NOMEAÇÕES NO ÂMBITO DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS.**

I - Ainda que a Portaria nº 564, de 4 de dezembro de 2012, editada pelo Advogado-Geral da União, esteja circunscrita à *nomeação de cargos comissionados e funções de confiança, de autorização de cessão e requisição de servidores no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal*, não se pode olvidar que as exigências nela contidas estão previstas em normativos que alcançam toda a Administração Pública;

(...)

1. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes submeteu à apreciação o PARECER nº 00152/2015/CONJUR-MT/CGU/AGU, em que enfrentou questionamento a respeito da aplicação da Portaria AGU nº 564, de 2012, em relação às nomeações realizadas pelo Ministro de Estado para exercício de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito daquela Consultoria Jurídica, por entender que a matéria é do interesse das demais Consultorias Jurídicas e para evitar posicionamentos dissonantes sobre a questão.

(...)

Partindo disso, tem-se que o escopo da presente manifestação é esclarecer se a Portaria AGU nº 564, de 2012, editada pelo Advogado-Geral da União, alcança as nomeações realizadas pelo Ministro de Estado para exercício de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito das Consultorias Jurídicas.

(...)

9. A respeito disso, entendem a CONJUR/MT e o DEINF/CGU que a Portaria AGU nº 564, de 4 de dezembro de 2012, não disciplina as nomeações ocorridas no âmbito das Consultorias Jurídicas, *salvo quando houver necessidade ou interesse na oitiva do Advogado-Geral da União, destacando-se a hipótese do Art.5º do Decreto nº 4.734, de 11 de junho de 2003.*

10. De fato, como as nomeações para cargos em comissão e função de confiança no âmbito das Consultorias Jurídicas (cargos de Direção e Assessoramento Superior 101.1, 102.1, 101.2, 102.2, 103.1 e 103.2) são feitas pelo Ministro de Estado, cujo nível hierárquico é o mesmo do Advogado-Geral da União, não teria como vinculá-lo à Portaria AGU nº 564, de 4 de dezembro de 2012. Entretanto, há que ser feita uma ressalva, em razão da natureza do mencionado normativo.

11. A Portaria nº 564, de 4 de dezembro de 2012, editada pelo Advogado-Geral da União, tem por objetivo *estabelecer critérios e procedimentos a serem observados por todas as Unidades nos casos de nomeação de cargos comissionados e funções de confiança, de autorização de cessão e requisição de servidores no âmbito da Advocacia-Geral da União*. Trata-se, em verdade, de instrumento normativo onde estão detalhadas as formalidades a serem observadas para a prática dos atos mencionados, de modo a promover a padronização do procedimento no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal. Eis o seu conteúdo:

Art. 1º A nomeação ou designação para ocupar cargos comissionados, funções de confiança e gratificações, bem como para seus substitutos, e as autorizações de cessão e requisição de servidores, no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, obedecerá ao disposto nesta Portaria.

Art. 2º A indicação para provimento dos cargos comissionados, funções de confiança e gratificações será efetuada mediante o preenchimento do Formulário de Indicação, constante do Anexo, que deverá ser encaminhado à Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União.

Art. 3º A posse em cargo ou função pública que submeta a autoridade às normas do Código de Conduta da Alta Administração Federal deve ser precedida de consulta da autoridade à Comissão de Ética Pública, acerca de situação que possa suscitar conflito de interesses.

Art. 4º A indicação para provimento dos cargos do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, código 101, níveis 3 e 4, deverá ser encaminhada à apreciação prévia da Presidência da República, por intermédio da Casa Civil.

(...)

Art. 6º. As consultas de que tratam os artigos 4º e 5º serão providenciadas pela Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União (SGA/AGU).

Art. 7º. A formalização do procedimento de nomeação ou designação de que trata o art. 1º deverá, obrigatoriamente, conter os seguintes documentos:

I - preenchimento do Formulário de Indicação previsto no art. 2º desta Portaria;

II - currículo profissional do indicado;

III - análise da adequação do perfil profissional às atividades do cargo, função ou gratificação;

IV - declaração de acatamento e observância das regras estabelecidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal, pelo Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e pelo Código de Ética do órgão ou entidade, conforme o caso;

V - certidão da Corregedoria-Geral da Advocacia da União quanto à inexistência de procedimento disciplinar do servidor indicado;

VI - declaração acerca da existência de vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, com ocupantes de cargos comissionados da Advocacia-Geral da União; e

VII - declaração acerca da existência de vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, com ocupantes de cargos em comissão ou funções de confiança no âmbito do Poder Executivo federal; e

VIII - manifestação conclusiva do titular do órgão central quanto a oportunidade e conveniência da indicação.

Art. 8º. **A identificação de restrições será fator impeditivo para a nomeação ou designação no cargo comissionado, função ou gratificação, bem como para seus substitutos.** (g.n.)

12. Tais exigências decorrem de regras gerais impostas à toda Administração Pública, consideradas necessárias à consecução dos atos apontados. A propósito, disciplina o art. 122, do **Decreto-Lei nº 200, de 1967**:

(...)

17. Com efeito, **ainda que o objetivo da Portaria tenha sido orientar a prática dos atos ali relacionados, no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, as exigências e formalidades nela contidas estão previstas em normativos que alcançam toda a Administração Pública, por isso, não podem ser ignoradas.**

18. Diante desse contexto, é possível concluir que:

a) **Ainda que a Portaria AGU nº 564, de 4 de dezembro de 2012, editada pelo Advogado- Geral da União, esteja circunscrita à nomeação de cargos comissionados e funções de confiança, de autorização de cessão e requisição de servidores no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, não se pode olvidar que as exigências nela contidas estão previstas em normativos que alcançam toda a Administração Pública;** (g.n.)

27. Todavia, referido entendimento com relação à conclusão do opinativo no ponto que ressalta que **"não se pode olvidar que as exigências nela contidas estão previstas em normativos que alcançam toda a Administração Pública"**, foi questionado pela Consultante - a Consultoria Jurídica no então Ministério dos Transportes -, por meio da Nota 2085/2016/CONJUR/MT/CGU/AGU, de 17 de dezembro de 2016 (Sequencial nº 13), razão pela qual foi reapreciado mediante o Parecer nº 78/2016/DECOR/CGU/AGU, de 28 de novembro de 2016 (Sequencial nº 15), aprovado pelo Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, conforme Despacho nº 127/2017/DECOR/CGU/AGU, de 10 de abril de 2017 (Sequencial nº 17), aprovado pelo Consultor-Geral da União (Sequencial nº 18), consignando que a Portaria AGU nº 564, de 2012, tem aplicação tão somente no âmbito desta Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da União. Confira-se:

1. Aprovo o Parecer nº 78/2016/DECOR/CGU/AGU, nos termos do Despacho nº 124/2017/DECOR/CGU/AGU.

2. Na esteira do que já foi consignado no Despacho nº 256/2016/DECOR/CGU/AGU (seq. 8), ratifica-se o entendimento no sentido de que **"a Portaria AGU nº 564, de 4 de dezembro de 2012, tem aplicação circunscrita à nomeação de cargos comissionados e funções de confiança, de autorização de cessão e requisição de servidores no âmbito da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal"**. (g.n.)

28. Segue, por interessar ao tema, excertos da Nota nº 2085/2016/CONJUR/MT/CGU/AGU, de 17 de dezembro de 2016, da lavra do Advogado da União - Dr. Daniel Rocha de Farias, que resultou no despacho acima mencionado, de que a Portaria AGU nº 564, de 2012, deve ser aplicada no âmbito desta Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal.

2. Por meio do Parecer nº 00152/2015/CONJUR-MT/CGU/AGU, esta Consultoria Jurídica entendeu que a sobredita portaria não "disciplina as nomeações ocorridas no âmbito dos Ministérios, para o exercício de cargos em comissão nas Consultorias Jurídicas, promovidas pelos Ministros de Estado", **excepcionando-se o cargo de Consultor Jurídico.**

3. No âmbito da Consultoria-Geral da União, coube ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - Decor, tratar do tema, por meio do Parecer nº 00095/2015/DECOR/CGU/AGU que foi aprovado pela Consultoria-Geral da União substituta (Despacho do Consultor-Geral da União nº 00537/2016).

4. No referido opinativo, foi afirmado que o fato de que as "nomeações para cargos em comissão e função de confiança no âmbito das Consultorias Jurídicas (cargos de Direção e Assessoramento Superior 101.1, 102.1, 101.2, 102.2, 103.1 e 103.2) são feitas pelo Ministro de Estado, cujo nível hierárquico é o mesmo do Advogado-Geral da União, não teria como vinculá-lo à Portaria AGU nº 564, de 4 de dezembro de 2012" (parágrafo 10).

5. No entanto, em momento posterior, afirmou-se que as **exigências contidas na Portaria nº 564, de 2012, decorrem de regras gerais impostas à toda Administração Pública** (parágrafo 12). Nesse sentido, a mencionada portaria da AGU teria funcionado como uma verdadeira consolidação de normas esparsas aplicáveis a todas as autoridades administrativas.

(...)

13. **No Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, por exemplo, há um entendimento, com base no princípio da presunção da inocência, de que somente com a condenação em processo disciplinar ou criminal é que haveria impeditivo à nomeação de uma pessoa para exercício de cargo em comissão.**

14. A postura da citada Pasta não é singular. Atualmente, alguns titulares de Pasta são investigados em procedimentos criminais no Supremo Tribunal Federal. De acordo com o entendimento contido no Parecer nº 00095/2015/DECOR/CGU/AGU, pode-se aferir que as nomeações dos investigados teria sido em desconformidade com a ordem legal.

15. Não se pode olvidar, igualmente, que não há vedação ao exercício de mandato de agente político que seja investigado em procedimento disciplinar ou criminal. **O impedimento somente ocorre quando houver condenação por órgão colegiado (art. 1º, I, "e", da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990).**

29. Destarte, consoante se observa nos opinativos citados, a legislação que cuida do tema, não traz restrição ou impedimento à autorização de cessão por parte do cedente a servidor público que esteja respondendo procedimento disciplinar. Nesse ponto bastante oportuno o que expôs o parecerista da Consultoria Jurídica junto ao então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação, autor da Nota nº 2085/2016/MT/CGU/AGU, de que naquela Pasta - **"há um entendimento, com base no princípio da presunção da inocência, de que somente com a condenação em processo disciplinar ou criminal é que haveria impeditivo à nomeação de uma pessoa para exercício de cargo em comissão."**

30. Assim, conforme consta de toda legislação colacionada acima, não há restrição ou impedimento legal para se obstar a cessão de servidor que esteja respondendo a procedimento disciplinar.

31. Por oportuno, cabe registrar que a mera existência de sindicância ou de processo administrativo disciplinar não constitui, por si só, óbice à cessão do respectivo servidor público, tendo em vista tanto a observância ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, quanto a inexistência de qualquer previsão legal proibitiva, observando-se que a autorização do pedido de cessão se insere no âmbito da discricionariedade da autoridade administrativa, atendidos os requisitos legais. Todavia, caberá à autoridade cedente informar a existência de processo em tramitação, ficando a critério da autoridade solicitante aceitá-lo ou não (art. 7º do Decreto nº 9.727, de 2019):

Art. 7º Observado o disposto nos art. 2º, art. 3º, 4º, art.5º e art. 9º, a escolha final do postulante é ato discricionário da autoridade responsável pela nomeação ou pela designação.

32. Destarte, conforme consignado, a cessão é um ato discricionário da autoridade cedente, podendo negá-la por motivo de conveniência e oportunidade. Confirma-se decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Apelação Cível nº 0008320-19.2001.4.03.6100/SP, publicada no DE 24.04.12:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CESSÃO. ART. 93 DA LEI N. 8.112/90. CARÁTER PROVISÓRIO E DISCRICIONÁRIO. DIREITO SUBJETIVO À PERMANÊNCIA NO ÓRGÃO CESSIONÁRIO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO À PROTEÇÃO À FAMÍLIA (CR, ART. 226). INOCORRÊNCIA.

1. **A cessão de servidor público a outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal é ato eminentemente provisório e inserido no âmbito da discricionariedade administrativa**, de modo que não gera qualquer direito subjetivo ao servidor cedido, sendo descabida a revisão pelo Judiciário das razões de conveniência e oportunidade que levam **à sua edição ou revogação**. (g.n.)

33. Mauro Roberto Gomes de Mattos em sua obra Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada, 4ª edição, ano 2008, editora América Jurídica, traz o seguinte comentário:

O servidor poderá ser cedido para o exercício em outro Órgão público, nas seguintes condições: para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança ou em casos previstos em fins específicos.

A concessão do presente afastamento é poder discricionário da Administração Pública, pois a União Federal e suas Autarquias decidem sobre a melhor fórmula de remanejamento de seu quadro de pessoal.

34. Com relação aos critérios para designação desses cargos, o Decreto-lei nº 200, de 1967, em seu § 1º do art. 122, estabelece que as funções de Assessoramento Superior da Administração Civil **somente poderão recair em pessoas de comprovada idoneidade moral**.

35. No mesmo sentido, vem o art. 2º do Decreto nº 9.727, de 2019, estabelecendo como critério geral para a ocupação de DAS ou de FCPE, idoneidade moral e reputação ilibada.

O que é idoneidade moral? O significado de idoneidade moral, segundo o vocabulário é o **conjunto de qualidades que recomendam o indivíduo à consideração pública**, com atributos como honra, respeitabilidade, seriedade, dignidade e bons costumes.

A idoneidade significa a qualidade de boa reputação, do bom conceito que se tem de uma pessoa. Uma pessoa que possui idoneidade moral significa que ela é considerada honesta e honrada no ambiente em que está inserida, ou seja, é uma pessoa de bem, e esse requisito é avaliado a partir do cumprimento de normas e padrões.

Reputação ilibada.

Como ser detentor de reputação ilibada?

A reputação ilibada figura como requisito para a investidura em diversos cargos públicos. Todavia, como não há uma definição legal para o termo, pergunta-se: como ser detentor de uma reputação ilibada?

A palavra “ilibado” deriva do latim “*illibatus*”, referindo-se a algo limpo. Segundo o Dicionário Aurélio, o termo significa “não tocado”, ou mesmo “puro, incorrupto”.

Em 1999, em resposta à consulta formulada pelo então presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães, a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania (CCJ), elaborou uma definição para o termo. De acordo com a CCJ, no intuito de aclarar o conceito constitucional, “considera-se detentor de reputação ilibada o candidato que desfruta, no âmbito da sociedade, de reconhecida idoneidade moral, que é a qualidade da pessoa íntegra, sem mancha, incorrupta”.

Trata-se de uma condição subjetiva, que se associa à boa fama, ao comportamento público e à respeitabilidade do pretendente. A reputação do candidato deve inspirar a estima de seus pares, ante sua conduta proba, compatível com o cargo (RODRIGUES JUNIOR; AGUIAR, 2009).

O aludido requisito relaciona-se com os princípios da Administração Pública, ante a função a qual se pretende exercer. Vincula-se, principalmente, ao princípio da moralidade, o qual exige a atuação ética dos agentes públicos. Dessa forma, deve-se observar os antecedentes profissionais dos candidatos a cargos públicos, atentando se há máculas em sua atuação pregressa.

(<https://direitodiario.com.br/como-ser-detentor-de-reputacao-ilibada>)

36. Da exposição acima, observa-se que referidos conceitos são subjetivos, de modo que, poderão ficar abalados com a existência de processo em curso (criminal ou disciplinar), mas nunca maculados, antes de condenação, pois milita em favor do cidadão ou servidor público princípio consagrado na Carta Magna da presunção de inocência.

37. Nesse sentido trazemos à colação principais excertos do Parecer Vinculante AGU nº GMF - 03, publicado no DOU de 11 de janeiro de 2017, da lavra do Procurador Federal - Dr. André Rufino do Vale, aprovado pelo Presidente da República, que ao enfrentar a polêmica aplicação do art. 170 da Lei nº 8.112, de 1990 - “*Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor.*” -, nos procedimentos disciplinares atingidos pela prescrição, afastou sua aplicabilidade, com base na garantia do princípio da presunção de inocência. Confira-se:

(...)

A premissa material de base do raciocínio desenvolvido pelo STF foi construída a partir da interpretação da **garantia fundamental da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, já consolidada na própria jurisprudência do Tribunal, no sentido de que esse postulado constitucional projeta-se para além da dimensão estritamente penal e, assim, também tem plena incidência em domínios jurídicos extrapenais, alcançando todas as medidas restritivas estatais que visem antecipar ou presumir os efeitos de uma condenação inexistente ou incerta.**

A decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144 constitui um dos precedentes mais contundentes da Corte nesse sentido, na medida em que reúne e faz referência a uma série de julgados que delimitaram e fixaram esse entendimento, o qual encara a garantia da

presunção de não-culpabilidade como uma barreira a qualquer intervenção restritiva na esfera individual, por parte dos poderes públicos, antes da formação do juízo de culpabilidade, de acordo com as regras do devido processo legal.

No julgamento da ADPF nº 144, ao construir uma linha coerente de precedentes a respeito do tema, o Supremo Tribunal enfatizou, inclusive do ponto de vista histórico, a importância que a presunção de inocência tem na formação do Estado de Direito e o duplice papel que essa garantia cumpre no sistema constitucional: a negação da antiga ideia de que o indivíduo pode ser presumido culpado até prova em contrário; e a consagração do postulado fundamental da prevalência do estado de inocência antes da formação definitiva da culpa, seja no âmbito penal ou extrapenal. O voto do Relator, Ministro Celso de Mello, que representa um dos estudos mais eloquentes na jurisprudência do STF em torno da relevância histórica e política dessa garantia fundamental, contém trechos dignos de nota a respeito dos parâmetros básicos dos entendimentos já consolidados pela Corte:

“Como sabemos, a presunção de inocência – que se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e quetambém se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado – representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder.

É interessante registrar, no ponto, em reflexão sobre as origens históricas do direito fundamental de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial, que, não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas (para Beccaria, **“A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz...”**), essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas (*“innocens praesumitur cujus nocentia non probatur”*), valendo mencionar o que se continha no *Digesto*, que estabelecia, em benefício daquele que era processado, verdadeiro *favor rei*, que enfatizava, ainda que de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do *Ancien Régime*.

A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino, em sua *“Suma Teológica”*, constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, vem esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Esse, pois, o momento inaugural em que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado, nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que, não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por

regimes autocráticos, que preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “e”) e outros, de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douda lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Presunção de Inocência e Prisão Cautelar”, p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA e GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir o “*espírito do tempo*” (*Zeitgeist*) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve, em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista – a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (“Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I/253- 257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia “*A chamada tutela da inocência*” e que vê, na “*pretendida presunção de inocência*”, algo “*absurdamente paradoxal e irracional*” (op. cit., p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e que banuiu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “*ex parte principis*”, cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse!

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma *verdade* provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha – como o exige a Constituição do Brasil – o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

(...).

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que **a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas** (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.

(...) **O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza não-criminal, como resulta dos julgamentos ora mencionados, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, com a preservação da integridade de um princípio que não pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!** (*ênfases acrescidas*)

Essas noções essenciais a respeito da garantia fundamental da presunção de inocência, especialmente a da sua aplicabilidade em todos os domínios jurídicos (penal, civil, administrativo etc.), foram reafirmadas em julgamentos posteriores da Corte – apesar das relativizações estabelecidas, no âmbito do processo eleitoral, nas ADC nº 29 e nº 30 –, permanecendo intocadas mesmo em face de certos matizes estabelecidos sobre essa garantia em algumas decisões mais recentes em tema de processo penal (HC nº 126.292; ADC-MC nº 43).

O voto condutor do julgamento do MS 23.262, do Ministro Relator Dias Toffoli, se baseia nesse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, principalmente no precedente da ADPF nº 144, que consolida a aplicabilidade da garantia da presunção de inocência em âmbitos extrapenais e, portanto, também na esfera do processo administrativo disciplinar.

Fixada a premissa material de base, calcada na jurisprudência da Corte sobre o núcleo protetivo da garantia da presunção de não-culpabilidade, especificamente sobre sua projeção no processo administrativo disciplinar, não há como adotar outra posição senão a de que o art. 170 da Lei 8.112, de 1990, viola o art. 5º, LVII, da Constituição.

(...)

O voto do Relator, nesse sentido, conclui que “o status de inocência deixa de ser presumido somente após a decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório (sindicância ou PAD) ou da decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade”.

Ressalte-se, por fim, que o entendimento consagrado no MS 23.262 não colide com os posteriores pronunciamentos do STF sobre o princípio da presunção de inocência em âmbito penal e processual penal, como os ocorridos nos julgamentos do HC 126.292 e da ADC-MC nº 43, os quais afirmaram que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Se nesses últimos pronunciamentos o STF admite que a deliberação judicial colegiada de segunda instância constitui um meio processual idôneo e suficiente para a caracterização da culpabilidade exigida pelo dispositivo constitucional do art. 5º, LVII, para fins de execução da pena no processo penal, no MS 23.262, por outro lado, tem-se entendimento consolidado, e ainda não superado, que leva em conta a hipótese de prescrição da pretensão punitiva e, portanto, a extinção do

processo administrativo no qual se poderia, eventualmente, ocorrer a formação da culpa, caso em que a própria caracterização da culpabilidade deixa de ser algo sequer potencial ou plausível.

Assim, permanece plenamente vigente o entendimento fixado pelo STF no MS 23.262/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, com base em sua própria jurisprudência a respeito do conteúdo essencial da garantia da presunção de inocência, no sentido da inconstitucionalidade, por violação ao art. 5º, LVII, da Constituição, do art. 170 da Lei n. 8.112/1990, que dispõe que *“extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor”*.

III. CONCLUSÃO

Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.262/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, declarou **a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/1990**.

Ante o exposto, tendo em vista a garantia da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, e em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, a Administração Pública Federal deve observar a norma segundo a qual, **no âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.** (g.n.)

38. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal aprovou a tese decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 560.990, com repercussão geral, reconhecendo a inconstitucionalidade da exclusão de candidato de concurso público que esteja respondendo a processo criminal. O caso julgado envolve um policial militar que pretendia ingressar no curso de formação de cabos, mas teve sua inscrição recusada porque respondia a processo criminal pelo delito de falso testemunho. A maioria do Plenário seguiu o voto do relator, **para quem a exclusão do candidato apenas por conta da tramitação de processo penal contraria o entendimento do STF sobre a presunção de inocência** (texto extraído das notícias publicadas no site do STF de 06.02.20). A tese aprovada pelo Relator, Ministro Luís Roberto Barroso, é a seguinte:

Decisão: O Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral: **“Sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal”**, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Impedido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 06.02.2020. (g.n.)

39. Segue no mesmo sentido, decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Mandado de Segurança nº 20.209, Relator Ministro Benedito Gonçalves, publicada no DJe de 16.10.14:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. SINDICÂNCIA DE VIDA PREGRESSA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. DESCLASSIFICAÇÃO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Hipótese em que a impetrante foi excluída do certame na fase de sindicância pregressa por ter respondido a inquérito policial, por exercício irregular da advocacia (assinatura do "livro de advogados" em cadeia pública enquanto ainda era estagiária), o qual restou arquivado em razão de prescrição.

(...)

3. **A tese trazida na impetração encontra amparo na jurisprudência deste STJ e também a do STF, que se orientam, em remansosa maioria, pela vulneração ao princípio constitucional da presunção de inocência quando, em fase de investigação social de concurso público, houver a eliminação de candidato em decorrência da simples instauração de inquérito policial ou do curso de ação penal**, sem trânsito em julgado. Precedentes: AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/02/2014; AgRg no RMS 24.283/RO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 08/06/2012; AgRg no RMS 28.825/AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 21/03/2012; AgRg no RMS 29.627/AC, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Des. Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, DJe 09/08/2012; AgRg no REsp 1.173.592/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 06/12/2010; RMS 32657/RO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 14/10/2010.

4. Soma-se a isso que, do que se tem nos autos, não se vislumbra que a candidata possua um padrão de comportamento social ou moral reprovável, a ponto de impossibilitá-la do exercício do cargo para o qual concorreu e foi devidamente aprovada, mormente porque os fatos a ela imputados ocorreram em 2002; o inquérito policial tramitou por vários anos sem a apresentação de denúncia por parte do Ministério Público, acabando arquivado em 2008 em face da prescrição em perspectiva (fls.68/71); as omissões acerca das condutas adotadas diante da abertura do inquérito policial não tem o condão de configurar grave desvio de conduta; e não há prova da alegada falsidade ideológica, tampouco informação de reincidência ou cometimento de qualquer outra conduta desabonadora no decorrer desses anos (consoante certidões de "nada consta" de diversos órgãos públicos - fls. 78/99).

5. Segurança concedida, para, reconhecida a nulidade do ato administrativo que desligou a candidata do certame em questão, determinar seja a mesma considerada aprovada, com a posterior nomeação e posse no cargo de PFN. Prejudicado o agravo regimental.

40. É também do Superior Tribunal de Justiça, o acórdão proferido no RMS nº 37.927, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe de 19.06.18, admitindo que **havendo punição**, o militar pode ter seu acesso à promoção negado:

Na hipótese dos autos, conforme se extrai do Acórdão recorrido, o Recorrente não foi incluído no Quadro de Acesso aos Oficiais de Administração por possuir, segundo constatado pela Comissão de Promoção, **histórico militar com 17 punições disciplinares** e envolvimento em 4 processos criminais, razão pela qual se concluiu "que não tinha condições profissionais e morais para figurar no quadro de acesso à promoção". Vê-se, portanto, que a não inclusão do Recorrente no Quadro de Acesso aos Oficiais de Administração, embora aprovado no respectivo curso de habilitação, não teve motivação arbitrária, mas, ao contrário, amparou-se em texto expresso de lei, que exige do Aspirante-a-Oficial que obtenha conceito favorável quanto à sua idoneidade moral pela Comissão de Promoção de Oficiais, requisito que, todavia, não foi atendido pelo Recorrente" (g.n.)

41. Assim, percebe-se que a mera tramitação de sindicância ou de processo administrativo disciplinar não constitui, por si só, óbice à cessão do servidor público que responde a procedimento disciplinar, tendo em vista tanto a observância ao princípio da presunção de inocência, quanto a inexistência de qualquer previsão legal proibitiva, salientando-se que a autorização da cessão se insere no âmbito do poder discricionário da autoridade administrativa, atendidos os requisitos legais.

III - CONCLUSÃO

42. Diante de todo o exposto, conclui-se que a mera existência de sindicância ou de processo administrativo disciplinar não constitui, por si só, óbice à cessão do servidor público, tendo em vista tanto a observância ao princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, quanto a inexistência de qualquer previsão legal proibitiva, salientando-se que a autorização da cessão se insere no âmbito da discricionariedade da autoridade administrativa, atendidos os requisitos legais.

À consideração superior.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020.

NEIDE MARCOS DA SILVA
ADVOGADA DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 33367100284201951 e da chave de acesso 6fc9ccc3

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 367706330 e chave de acesso 6fc9ccc3 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 05-03-2020 17:24. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 367706330 e chave de acesso 6fc9ccc3 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA. Data e Hora: 05-03-2020 11:20. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-201, no tópico ABANDONO DE CARGO; e PARECERES AGU Nº GQ-122, GQ-147 e GQ-156, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL.

14 - JULGAMENTO, LIVRE APRECIÇÃO DAS PROVAS, RELATÓRIO CONTRÁRIO ÀS PROVAS DOS AUTOS, AGRAVAMENTO

Assuntos abordados neste Parecer: Competência para aplicar penas. Aplicação compulsória da penalidade administrativa uma vez configurado o ilícito. Relatório contrário à prova dos autos não vincula o julgador. Anulação de julgamento ilegal e promoção de novo julgamento, ainda que agravando proposta decisão inicial. Conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão.

PARECER AGU Nº GQ-60

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo. I - Acato as razões apresentadas na Exposição de Motivos nº 008/94-CE, da Comissão Especial instituída pelo Decreto nº 1.001/93, para declarar nulo o julgamento proferido no Processo Disciplinar nº 06000.003405/94; II - Em consequência, determino ao Senhor Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado que providencie os atos necessários à conversão da exoneração de (...) na penalidade de destituição do cargo em comissão de Diretor-Geral Adjunto de Operações do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca - DNOCS, e, da mesma forma, a penalidade de destituição de cargo de Diretor-Geral daquela autarquia; III - Posteriormente, remetam-se os autos ao Ministério Público para as providências que entender cabíveis. 16.2.95”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00002.006570/94-38

ORIGEM: Casa Civil da Previdência da República

ASSUNTO: Pleito de audiência da Advocacia-Geral da União, formulado pelo Exmo. Senhor ex-Ministro de Estado Romildo Canhim, Presidente da Comissão Especial instituída pelo Decreto nº 1.001, de 6.12.93, sobre deliberação adotada na 11ª Reunião Ordinária da referida Comissão no sentido de declarar a nulidade do julgamento proferido no Processo Administrativo nº 06000.003405/94, instaurado no âmbito do Ministério da Integração Regional. (Cf. Exposição de Motivos nº 008/94-CE, anexada ao Aviso nº 1.179/GAB/SAF-PR, de 26.12.1994).

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-1/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor L. A. Paranhos Sampaio.

Brasília, 31 de janeiro de 1995

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-1/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-60)

INTERESSADO: Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República

EMENTA: Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94. Acusados, respectivamente, ex-Diretor-Geral e ex-Diretor-Geral Adjunto de Operações do Departamento Nacional de Obras contra as Secas - DNOCS. Erro na classificação das infrações disciplinares. No julgamento proferido por autoridade incompetente foram

cominadas penas inadequadas e contrárias às provas dos autos. Necessidade de acerto e agravamento das penalidades impostas aos acusados, na conformidade das razões fáticas e jurídicas apresentadas pela Comissão Especial, criada pelo Decreto nº 1001, de 6 de dezembro de 1993. Cabe ao Presidente da República nos precisos termos do art. 141, da Lei nº 8.112/90, aplicar penalidades quando se tratar de demissões, cassações de aposentadorias de servidores vinculados ao Poder Executivo. Revisão do Processo Disciplinar 06000.003405/94. O não acatamento das premissas argüidas neste parecer enseja a determinação, de ofício, da instauração de processo de revisão, na conformidade do art. 174, da Lei nº 8.112/90. Remessa dos autos ao órgão do Ministério Público para as providências cabíveis, tendo em vista os delitos praticados pelos acusados contra a Administração Pública Federal.

PARECER

Senhor Advogado-Geral da União.

A Chefia da Casa Civil da Presidência da República, de ordem, encaminha a esta Instituição, para exame e parecer, matéria contida na Exposição de Motivos nº 008/94-CE, cujo signatário é o Exmo. Senhor ex-Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Administração Federal da Presidência da República, datada de 23 de dezembro de 1994, acompanhada do Aviso Ministerial nº 1.179/GAB/SAF-PR, de 26 de dezembro do mesmo ano, que, na qualidade de Presidente da Comissão Especial, instituída pelo Decreto nº 1.001, de 6.12.1993, solicita a audiência desta Advocacia-Geral sobre deliberação adotada na 11ª Reunião Ordinária de sobredita comissão ao fito de que seja declarada a nulidade do julgamento feito no Processo Disciplinar nº 06000.003405/94 e, de consequência, sejam aplicadas as penas de demissão e de destituição do cargo em comissão.

2. A dissensão apresentada por antedita autoridade acha-se sustentada nas razões explicitadas na mencionada E.M. nº 008/94-CE, cujo inteiro teor julgo oportuno transcrever para melhor compreensão da matéria submetida a exame desta Instituição (*verbis*):

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

A Comissão Especial criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 de dezembro de 1993, ao apreciar o julgamento proferido no Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94 pelo Senhor Ministro de Estado da Integração Regional, deliberou, em sua 11ª Reunião Ordinária, realizada em 12 de dezembro de 1994, submeter o assunto à elevada consideração de Vossa Excelência, solicitando que, após manifestação da Advocacia-Geral da União, sejam adotadas providências tendentes à declaração de nulidade daquele julgamento e à aplicação das penas de demissão e de destituição de cargo em comissão, tudo conforme fundamentos de fato e de direito a seguir.

O Processo Administrativo Disciplinar em apreço foi instaurado contra (...) e (...), respectivamente ex-Diretor-Geral e ex-Diretor-Geral Adjunto de Operações do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, por força da Portaria nº 339, de 26.05.94, para a apuração da responsabilidade por transferências irregulares de recursos financeiros a Estados e Municípios, ocorridas no período de 1990 a 1993. Foi apurada contra (...) a prática das seguintes irregularidades:

a) ‘direcionamento de licitações, com a expedição de cartas-convite a grupos de empresas que mantêm estreitas relações entre si, inviabilizando a competição’ (fls. 27 do Relatório de Inspeção Extraordinária realizada pelo Tribunal de Contas da União no DNOCS);

- b) escolha de determinadas empresas pelo acusado em atendimento a interesses pessoais e familiares;
- c) como anotou a Inspeção Extraordinária da Corte de Contas: 'a firma Arcos - Arquitetura, Construção, Saneamento Ltda, vencedora de quatro convites no valor total equivalente a US\$ 218,414,00 pertence a José Wagner Teixeira de Nóbrega, sogro de Adriana Maria, filha de Titular do DNOCS, e a Luis Álvaro Teixeira, cunhado de Adriana Maria' (item 6.6.1.6, fls. 13 do Relatório de Inspeção);
- d) há, também, um rol de indícios de favorecimentos ilegais a empresas ligadas à alta direção do DNOCS, sendo certo que até foi sócio de uma delas, a Contep (itens 6.5.1.7, 6.5.1.8, 6.5.1.9, fls. 14 a 15 do Relatório de Inspeção);
- e) consta que 'dos convites realizados pela Administração Central, 34 estabeleciam no edital um preço máximo para os serviços a serem prestados, sendo prevista a desclassificação das empresas que apresentassem preços acima do fixado' (item 6.4.1.1 do Relatório de Inspeção). Isto propiciava a apresentação de propostas, pelas firmas, convidadas, de 'preços bastante semelhantes entre si, diversas vezes iguais ao máximo permitido, eliminando a competição que, se existisse, naturalmente forçaria uma queda nos preços' (item 6.4.1.2, fls. 12 do Relatório de Inspeção);
- f) o Tribunal de Contas da União, além dessa modalidade de licitação pelo 'preço máximo', legalmente proibida, constatou, ainda, em 'inúmeros casos, a prática de fracionar serviços que poderiam ser enquadrados em uma mesma licitação, dada a simplicidade de sua execução' (item 6.4.2.1, fls. 12 do Relatório de Inspeção). A finalidade desse procedimento só pode ser a de distribuir os serviços entre diversas pequenas empresas ligadas entre si, não raro por relações de parentesco entre seus proprietários e entre estes e dirigentes do DNOCS;
- g) tem-se aí, portanto, já o suficiente para explicar o motivo da 'aprovação de Planos de Trabalho e de Prestações de Contas de Convênios sem a existência de pareceres técnicos da lavra das unidades responsáveis pelas análises de custos e de projetos, possibilitando, dessa forma, a liberação de recursos a obras superfaturadas e aprovação de prestações de contas de convênios eivados de irregularidades' (fls. 27 do Relatório de Inspeção);
- h) a propósito, no exemplo da Barragem Oiticica, consta que 'o Plano de Trabalho do REPAS 30.101 foi aprovado pelo ex-Diretor-Geral Adjunto de Operações (DGO), mas somente na gestão do atual Diretor da DGO, (...), foi solicitado parecer técnico à Diretoria de Obras Civas (DIBRA); (...) os demais Planos de Trabalho dos convênios e auxílios foram aprovados pelo então Diretor-Geral Adjunto de Operações (DGO), sem consultar a Divisão de Custos e Orçamentos (DIBRA/C), que poderia informar que a obra estava com um custo 140,09% maior do que o obtido utilizando-se a tabela do DNOCS' (item 5.2.2-I, "a" e "b", do Relatório de Inspeção);
- i) em Sindicância também foi constatada a 'aprovação de planos de trabalho, sem análise dos custos dos mesmos, possibilitando a liberação de recursos a obras com preços superiores aos da tabela do DNOCS' (fls. 39 do Relatório da Comissão de Sindicância);
- j) de uma rápida vista sobre a Tabela insculpida às fls. 14 do próprio Relatório da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, verifica-se que houve sobrepreços nas propostas das Construtoras (coluna 3), com

relação aos preços da tabela do DNOCS (coluna 4), que variam, nas 12 barragens objeto de análise, entre 14,82% e 140,09% (coluna 5);

l) a propósito, tudo indica que o indiciado, proporcionou todos os meios necessários para que a prática de sobrepreços não fosse constatada pelos setores competentes, responsáveis pela análise de custos e de projetos, aos quais deveriam ter sido submetidos os planos de trabalho, objeto dos convênios, previamente à liberação dos respectivos recursos;

m) além das propostas vencedoras já ostentarem a prática abusiva do sobrepreço em relação às tabelas do DNOCS, numa fase posterior do negócio também os preços dos serviços executados pelas construtoras, autoras daquelas propostas vencedoras (exceção feita à Barragem de Cachoeira dos Cegos, na Paraíba, obra não executada), ainda apresentavam acréscimos em relação à tabela de preços do DNOCS, que variavam de 7,94% a 164,8% (Tabela de fls. 14 do Relatório do Processo Administrativo Disciplinar, colunas 6, 7 e 8);

n) mas, além de o indiciado haver consentido ou, na melhor das hipóteses, haver sido omissos em evitar tantos prejuízos aos cofres públicos, ainda houve, em cinco casos, a liberação, por ele, direta, indiretamente ou com seu consentimento, porque sob sua responsabilidade, de pagamentos de uma soma superior a sete (7) milhões de dólares a maior do que os previstos para os serviços executados (Tabela de fls. 14 do Relatório da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, coluna 10); e

o) a propósito, consta de fls. 15 do Relatório do Processo Administrativo Disciplinar uma observação no sentido de que pela 'não tramitação dos processos pelos setores competentes (DIBRA/DIPRO), com a aprovação dos planos de trabalho pelo diretor da DGO e a transferência de recursos pelo Diretor-Geral, tudo sem nenhum controle, chegou-se ao absurdo da liberação, além do permitido (isto é, a maior do que os serviços executados), de US\$ 395,006.27 para Saco, de US\$ 1,556,704.31 para Oiticica, de US\$ 4,625,109.86 para Santa Cruz, de US\$ 75,161.31 para Paula Pessoa e de US\$ 392,974.69 para Pedra Redonda, totalizando um volume de recursos da ordem de US\$ 7,044,956.88' conforme Tabela de fls. 14 do Relatório do Processo Administrativo Disciplinar, coluna 10.

Contra ex-Diretor-Geral do DNOCS, (...), além das irregularidades já relatadas, nas quais era co-partícipe, foi apurada a prática das seguintes faltas disciplinares.

a) 'irregularidades nos procedimentos de celebração e acompanhamento de convênios, possibilitando inclusive a existência de superfaturamento e a construção de açudes em propriedades particulares' (fls. 26 do Relatório de Inspeção do Tribunal de Contas da União);

b) 'direcionamento dos processos licitatórios realizados mediante expedição de cartas-convite, inviabilizando a competição e favorecendo grupos de empresas' (fls. 26 do Relatório de Inspeção do Tribunal de Contas da União);

c) 'realização de pagamentos antecipados' (fls. 26 do Relatório de Inspeção do Tribunal de Contas da União);

d) 'elevação do BDI - Benefício (sic) e Despesas Indiretas aplicado sobre a Tabela de Preços adotada pela Autarquia, de forma desnecessária, haja vista que, mesmo pelo BDI anteriormente praticado, as empresas licitantes sempre cotavam suas propostas pelo preço mínimo permitido' (fls. 26 do Relatório de Inspeção do Tribunal de Contas da União);

e) 'irregularidades nos procedimentos de análise dos planos de trabalho e custos dos projetos objeto de convênios e/ou repasses, possibilitando a existência da prática de preços superiores aos da tabela do DNOCS' (fls. 39 do Relatório da Comissão de Sindicância);

f) 'não exigência à DGO do cumprimento da CI nº 23, que recomendava o acompanhamento e comparação dos preços praticados nos planos de trabalho apresentados pelos Estados e Municípios, para a celebração dos convênios' (fls. 16 do Relatório do Processo Administrativo Disciplinar); e

g) 'alocação de recursos em áreas de menor prioridade social, exemplo: Açude Paula Pessoa - Granja-CE, que carecia até mesmo de revisão de projeto, e que o mesmo não fora analisado e aprovado pela DIBRA e DIPRO, conforme evidencia o depoimento de fls. 123/124 do Engenheiro (...), em detrimento de outras que, por falta de recursos orçamentários, não foram concluídas' (fls. 17 do Relatório do Processo Administr. Disciplinar).

Apesar da gravidade da conduta destes servidores públicos e dos vultosos prejuízos por eles causados aos cofres públicos, a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar entendeu que contra (...) seria aplicável tão-somente a pena de suspensão por noventa (90) dias, por ofensa, segundo supõem os respectivos Membros, apenas às regras inscritas no art. 116, incisos I, III e IV, combinados com os arts. 122 e 124 da Lei nº 8.112, de 11.12.90. Segundo a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, (...) teria infringido tão-somente a regra inscrita no art. 116, inciso XII, combinado com os arts. 121 e 122 da Lei nº 8.112/90.

Os referidos incisos do art. 116, dispõem, respectivamente:

Art. 116. São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições de cargo;

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

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

No entendimento da Comissão de Processo Disciplinar, como foi visto, (...) cometeu somente as faltas inscritas nos três primeiros incisos supra transcritos e (...) somente aquela inscrita no último inciso acima transcrito. Trata-se, como visto, de evidente erro na classificação das infrações disciplinares cometidas pelos indiciados. Mesmo assim, a pena de suspensão por noventa dias, relativamente a (...) foi aplicada pelo Senhor Ministro de Estado da Integração Regional, acolhendo o entendimento da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar.

Todavia, nenhuma pena foi aplicada em (...), pois quanto a este indiciado consta que, 'por tratar-se de Servidor Público Estadual aposentado, a Comissão de Inquérito limitou-se a sugerir a remessa das peças dos autos à Procuradoria-Geral da República, visando contra tal servidor, a abertura dos procedimentos, inclusive criminais, uma vez encontrar-se impedida de sugerir a aplicação de qualquer punição administrativa no âmbito Federal, pelos motivos ali expostos - Servidor Estadual'.

Este entendimento também foi o de Sua Excelência o Senhor Ministro de Estado da Integração Regional. Com a devida vênia, a Comissão Especial não concordou com esta decisão, haja vista a aplicação de penalidade inadequada a (...), punido com a pena de suspensão em vez da merecida pena de demissão. Como se percebe no feito em apreço, foi decidida pelo Senhor Ministro de Estado da Integração Regional, levado a erro pela Comissão de Processo Disciplinar, matéria de competência do Presidente da

República, tanto em relação a (...), que teve a pena de demissão substituída pela de suspensão, como em relação a (...), a quem se deixou de aplicar a merecida pena de destituição de cargo em comissão.

Aliás, em relação a (...), a própria Comissão de Processo Administrativo Disciplinar foi que sugeriu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República para a 'abertura de procedimentos contra tal servidor, inclusive criminais'. Assim, Senhor Presidente, se a Comissão de Processo Disciplinar cogitou até a prática de crime, a conduta do servidor só por isso já poderia ser passível de enquadramento no art. 132, inciso I (crime contra a Administração Pública), combinado com o art. 135, ambos da Lei nº 8.112/90. Ainda a propósito da situação jurídica a norma inscrita no art. 135 do Estatuto do Servidor Público aplica-se inteiramente:

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do artigo 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.

Prosseguindo, Senhor Presidente, a conduta deste servidor enquadra-se igualmente na regra prevista no art. 132, incisos VIII e X, combinados com o art. 135 ambos da Lei nº 8.112, de 1990. Basta ver que os incisos VIII e X do art. 132 consideram passíveis de demissão as seguintes condutas praticadas por ambos os indiciados:

Art. 132 (...)

VIII - aplicação irregular de recursos públicos;

X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional.

Ao decidir que não seria competente para aplicar qualquer penalidade administrativa ao servidor (...), sendo ele passível de pena de destituição de função, de competência do Presidente da República, a autoridade inferior suprimiu a possibilidade da autoridade superior exercer a competência que lhe é deferida, conforme o disposto no art. 141, inciso IV, da Lei nº 8.112/90.

Por outro lado, (...) é passível de demissão, com base no art. 132, incisos VIII e X, já transcritos, cuja aplicação é de competência do Presidente da República, conforme art. 141, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Destarte, ao acolher o Relatório da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, o Senhor Ministro não observou, ainda, a regra inscrita no parágrafo 1º do art. 167 da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe:

Art. 167 (...)

§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá...

Por último, vale lembrar que, a propósito da revisão, a qualquer tempo, de atos ilegais, dispõe o art. 114 da Lei nº 8.112, de 1990: 'Art. 114. A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade'. Este dispositivo consagra tradicional doutrina do Supremo Tribunal Federal, inscrita no enunciado da Súmula nº 473, nestes termos: 'Súm. 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos'.

Estas, Senhor Presidente, as razões pelas quais a Comissão Especial, com fundamento no art. 1º, inciso V, do Decreto nº 1.001, e 6 de dezembro de 1993, submete à elevada consideração de Vossa Excelência a decisão final

sobre o Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94, solicitando que, após cumpridas as formalidades de estilo, seja declarada a nulidade do julgamento proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Integração Regional, a fim de que outro possa ser proferido e sejam aplicadas as sanções legais adequadas, culminando com a conversão da exoneração de em destituição de cargo em comissão e com a aplicação da pena de demissão, conforme os fundamentos expostos.”

3. No Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94, instaurado pelo Senhor ex-Ministro de Estado da Integração Regional contra dois ex-Diretores (respectivamente, Geral e Geral-Adjunto de Operações) do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, visando a apuração de responsabilidades por transferências irregulares de recursos financeiros federais a Estados e Municípios, ocorridas no período de 1990 a 1993, teve sua conclusão errônea, no entendimento da Comissão Especial (criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 de dezembro de 1993), uma vez que as penalidades aplicadas aos acusados não se adequam às infrações por eles cometidas, contrariando, deste modo, a Lei nº 8.112, de 11.12.1990, que diz, expressamente, no art. 128 que *“na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais”*.

4. Como se observa, a adequação entre o tipo de infração cometida e a cominação da pena é tão íntima que o julgador não poderá se esquivar do princípio legal, isto é, fugir de aplicar penas colecionadas na lei para impor aquelas que não guardarem correlação com as infrações apuradas no processo disciplinar administrativo.

5. Torna-se necessário enfatizar que até mesmo nas hipóteses de caracterização duvidosa dos fatos disciplinares, deverá, a autoridade administrativa, competente para impor as penas, ter a liberdade de interpretar restritiva ou extensivamente a punibilidade, impondo as sanções convenientes, servindo-se, como é lógico, de todos os elementos oferecidos pela comissão.

6. Há, portanto, a necessidade de que seja levada em consideração, na formação da convicção do julgador, a identidade da razão jurídica entre o fato delituoso (ou a infração) e a imposição do poder disciplinar.

7. É lógico que a autoridade superior competente, isto é, aquela a quem cabe aplicar a pena, poderá divergir das conclusões apresentadas pela comissão processante, desde que ofereça argumentos (ou razões) devidamente fundamentadas, não somente quanto à parte fática como, também, à jurídica. Nesse direcionamento é a lição de Ivan Barbosa Rigolin, na sua recente obra sobre o Regime Único dos Servidores Públicos Civis, quando diz textualmente, ao comentar o art. 168, que:

“Parece desnecessário enfatizar sobre a imprescindibilidade da mais minuciosa justificativa, pela autoridade, de sua decisão que divirja da apontada pela Comissão. O trabalho desta última se estendeu por meses, de modo exaustivo e supostamente correto, observando, todas as fases do processo. Terá a comissão, com certeza, colhido elementos de valor provante maior ou menor, e do conjunto das provas, terá expedido na orientação. Assim, ou a autoridade superior demonstra exagero ou irregularidade em todo o seu trabalho, de que mostre entendimento equivalentemente equivocado, ou o acata sem maior transtorno. Porque para divergir precisará apresentar fundamento mais convincente do que aquele que lhe chegou às mãos.” (in Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, Saraiva, 1993: 276)

8. Não obstante a estreiteza dos lindes em que do ponto de vista da convicção do julgador se contém a liberdade para impor as penas, é preciso enfatizar que não é qualquer autoridade administrativa que poderá exercer esse poder. Estabelece a Lei nº 8.112/90, no seu art. 141, que as penalidades serão aplicadas pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria de servidor vinculado ao respectivo poder, órgão, ou entidade; vale dizer, buscou o legislador repartir a competência para a imposição das penas pelos diversos graus de hierarquia funcional, na conformidade com a importância (ou a graduação) das infrações cometidas pelos servidores elencados na regra estatutária. Desse modo, o sistema de aplicação de penalidades, em consonância com o dispositivo em epígrafe, é decrescente, pois que objetiva, acima de tudo, impedir que autoridades situadas em grau inferior na hierarquia funcional, usando do poder disciplinar para punir, *verbi gratia*, com a pena demissória, servidores suscetíveis de serem apenados com as modalidades mais sérias e valoradas do elenco das penas disciplinares.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

9. Obviamente, nada se opõe à inversão da ordem de competência. Não há empecilho, por exemplo, que a autoridade superior tome a iniciativa de impor pena cuja aplicação, estatutariamente, pertença à inferior.

10. No caso em espécie, conforme o arrazoado contido na E.M. nº 008/94-CE, houve invasão de competência, porquanto autoridade menor invadiu a da maior, ou seja, o Senhor ex-Ministro de Estado da Integração Regional, induzido a erro pela Comissão de Processo Disciplinar, decidiu (e assim mesmo de modo equivocado) sobre matéria de competência do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, tanto em relação a (...) que teve a pena de demissão substituída pela de suspensão, como no respeitante a (...), a quem se deixou de aplicar a merecida pena de destituição do cargo em comissão.

11. Mesmo que a Lei, no caso a 8.112/90, haja estabelecido no art. 150 que “*a comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato se exigido pelo interesse da administração*”, o julgamento ínsito no relatório conclusivo oferecido por ela não é definitivo para os indiciados, uma vez que traduz apenas a convicção a que chegaram seus membros, os quais, balizando os atos e fatos coligidos durante a tramitação processual, podem concluir pela inocência ou culpabilidade desses servidores.

12. O que não poderá fazer a comissão processante é, constatando a gravidade das infrações disciplinares cometidas pelos indiciados, enquadrá-los em tipos diversos dos que lhes deveriam ser imputados, talvez, quem poderá dizer o contrário, recebendo interferências hierárquicas (ou de cunho político) no seu mister de apurar os fatos.

13. Desse modo, o uso do poder conferido legalmente às comissões processantes de, no relatório, apresentarem à autoridade julgadora os dispositivos legais ou regulamentares transgredidos pelos indiciados, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes que possam levar o seu enquadramento em tipificações infracionais menos gravosas, não é arbitrário, não o fazendo (seus membros) quando lhes aprouver, tampouco de acordo com suas preferências, sejam funcionais, sejam políticas.

14. No caso em exame, não pairam dúvidas quanto aos erros (ou desacertos) praticadas pela Comissão Processante encarregada de apurar as infrações, não somente disciplinares, como penais, cometidas pelos dois indiciados, ex-Diretores do DNOCS.

15. Indubitavelmente, causaram ambos consideráveis prejuízos aos cofres públicos, não podendo, portanto, permanecer à deriva de um julgamento justo e exato, com a conseqüente cominação de penas condizentes com os atos delituosos praticados no exercício de suas funções diretivas.

16. Assim, no resguardo do interesse público e da própria Administração Pública Federal, agiu corretamente a Comissão Especial, criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 de dezembro de 1993, que tem, no elenco de suas atribuições, aquelas de:

II - realizar, quando julgar conveniente, diligências e investigações a propósito de fatos, atos, contratos e procedimentos de órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta e indireta;

IV - recomendar a instauração de auditorias, de sindicância e de inquérito administrativo, acompanhando os respectivos trabalhos;

V - propor ao Presidente da República a adoção de providência, inclusive de natureza legislativa, com o objetivo de corrigir ou coibir fatos ou ocorrências contrárias ao interesse público.

17. Evidencia-se, por conseguinte, a necessidade de submeter ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a decisão final lançada no Processo Administrativo Disciplinar nº 06000.003405/94, para que, após cumpridas as formalidades de estilo, seja declarada a nulidade do julgamento errôneo proferido pelo Exmo. Sr. ex-Ministro de Estado da Integração Regional com o fito de que outra decisão seja proferida, aplicando-se as sanções legais adequadas, quais sejam, a conversão da exoneração de (...) (ex-Diretor-Geral Adjunto de Operações do DNOCS) em destituição do cargo em comissão, e a aplicação da pena demissionária a (...) (ex-Diretor-Geral do DNOCS), tudo em consonância com as razões fáticas e jurídicas expostas na Exposição de Motivos nº 008/94-CE.

18. É sabido (e ressabido) que a Administração pode revogar seus atos, por conveniência e oportunidade, mas, deve, necessariamente, promover a sua anulação quando verificar que se acham prenhes de vícios que os tornem, ilegítimos e inválidos (veja-se, a propósito, a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal). Neste passo, a Lei 8.112/90 é bastante precisa quando consigna no art. 169: *“verificada a existência de vício insanável, a autoridade julgadora declarará a nulidade total ou parcial do processo e ordenará a constituição de outra comissão, para a instauração de novo processo”*.

19. No caso *sub examen*, pode a Comissão Especial (pois que assim lhe faculta o ato que a instituiu) promover a revisão pretendida, porquanto o relatório da Comissão Processante foi contrário às provas dos autos, valendo a própria Exposição de Motivos como peça ensejadora do julgamento presidencial, no sentido de agravar (modificar) as penalidades antes aplicadas aos infratores.

20. A delicadeza da questão, levando-se em consideração as infrações cometidas pelos ex-diretores indiciados no Processo Disciplinar nº 06000.003405/94, está a exigir que os autos sejam remetidos ao Ministério Público para as providências de mister, porque além das infrações disciplinares elencadas na Lei nº 8.112/90, incorreram na prática de atos criminosos, desafiando, também, a legislação penal.

Diante de todo o exposto, em conclusão, manifesto-me no sentido de que:

I - sejam acatadas pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República as razões fáticas e jurídicas apresentadas na Exposição de Motivos de 008/94-CE bem como o

Relatório de Inspeção, realizado pela Comissão Especial, instituída pelo Decreto nº 1.001/93, objetivando a declaração de nulidade do julgamento proferido pelo Exmo. Sr. ex-Ministro de Estado da Integração Regional no Processo Disciplinar nº 06000.003405/94;

II - seja em consequência, procedido nos autos novo julgamento pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, aplicando-se as penalidades certas e adequadas aos acusados, quais sejam, a conversão de exoneração de em destituição do cargo em comissão e a aplicação da pena demissória em, na conformidade dos fundamentos expostos na Exposição de Motivos nº 008/94, da Comissão Especial.

III - caso não forem acatadas as sugestões feitas nos itens precedentes, que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República determine de ofício a revisão do Processo Disciplinar nº 06000.003405/94, na conformidade do que estabelece o art. 174, da Lei 8.112/90, uma vez que houve inadequação das penalidades aplicadas.

IV - sejam posteriormente os autos remetidos ao órgão do Ministério Público para os devidos fins, uma vez que ao Estado, interessado na ordem social, não pode deixar de processar criminalmente seus agentes públicos e políticos quando, na prática de infrações administrativas, excedem a ponto de cometer, também, atos criminosos que os levem à presença da justiça penal.

É o parecer, sub censura

Brasília, 18 de janeiro de 1995

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Desde que não contrárias às provas dos autos, as conclusões da comissão devem ser acolhidas no julgamento.

PARECER AGU Nº GQ-135

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 18.XII.97”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 10384.000235/95-22

ORIGEM: Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Demissão de servidor.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-7/97, de 8 de dezembro de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 18 de dezembro de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-7/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-135)

EMENTA: Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade.

PARECER

O Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República encaminhou o presente processo disciplinar a esta Instituição, em virtude de divergências, de ordem jurídica, quanto à responsabilização administrativa de (...), pela prática de infração no exercício do cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional do Quadro Permanente do Ministério da Fazenda (Aviso nº1535, de 7/11/97).

2. Na Nota nº 3678/96-SAJ/PR-JM, 19 de novembro do ano findo, a Subchefia para Assuntos Jurídicos daquela Casa Civil examinou a tipificação do ilícito e a autoria, objetos do presente processo, vindo a discordar da conclusão contrária à apenação do servidor, consignada no Parecer PGFN/CGJ/Nº 1109/96, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

3. O Órgão Jurídico do Ministério da Fazenda reexaminou os autos e emitiu o Parecer nº PGFN/CJU/Nº 1061/97, asseverando, desta feita, que, *“analisados os pertinentes autos com a serenidade, a prudência e a cautela que sempre inspiram casos de tal natureza, em especial porque o presente processo deu ensejo à divergência de interpretações aqui discutida, é de se reconhecer a procedência das conclusões da Comissão Processante no sentido da aplicação da penalidade de demissão ao servidor (...), consoante o disposto no art. 132, inciso IV (improbidade administrativa), da Lei nº 8.112, de 1990”*.

4. Em nova apreciação do assunto, efetivada na Nota SAJ nº 3694/97-LR, da supramencionada Subchefia para Assuntos Jurídicos, opinou-se no sentido da isenção de responsabilidade, por isso que *“nada autoriza a conclusão de que o auditor tenha cometido atos de improbidade administrativa ou contra a administração pública. Quando muito, terá deixado de observar as normas legais e regulamentares, infringindo o disposto no art. 116,*

inciso III, da Lei nº 8.112, de 1990, quando emitiu o Termo de Início de Ação Fiscal. Porém não há provas de que este ato esteja vinculado, de qualquer forma, à dita tentativa de extorsão ao contribuinte, pelos Srs. (...) e (...), ou ao AFTN (...), que foram isentos de responsabilidade pela Comissão. Há ilações da Comissão Processante. Meras ilações, nenhuma prova”.

5. Essa convicção decorre do pensamento de que os elementos probatórios em que se baseou a comissão de inquérito seriam insuficientes para demonstrar a autoria da falta disciplinar, precipuamente porque:

a) a solicitação de que o denunciante apresentasse documentação, pertinente à sua declaração de rendas e proventos, por si só, não seria de molde a comprovar a infração disciplinar, pois a análise prévia da declaração de que estava incumbido o indiciado também compreenderia a mostra desses dados, a fazer-se em vista de pedido verbal do auditor-fiscal;

b) o “termo de início de ação fiscal” pode originar-se sem a emissão prévia da ficha multifuncional, conforme asseverado pelo Chefe da Delegacia da Receita Federal;

c) aludido termo pode ser emitido sem a autorização da chefia a que o auditor-fiscal é subordinado.

6. Não obstante louváveis o desprendimento e o zelo funcionais demonstrados na análise dos fatos, efetuada na citada Nota SAJ nº 3694/97-LR, deve ser enfatizado que as irregularidades objeto do presente processo disciplinar foram não só apuradas por comissão de sindicância e em inquéritos administrativo e policial (cotejem-se os itens 96 e 149 do relatório da c.i. - fls. 797 e 815 do processo disciplinar - e a ilação registrada na p. 12 (f. 831 dos autos) do relatório policial), com a uníssona conclusão da materialidade do ilícito e da autoria, bem assim apreciadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela própria Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 3678/96-SAJ/PR-JM), culminando com a evidência da conduta anti-social do indiciado, apesar da divergência de entendimentos esposados no primeiro órgão jurídico.

7. Na oportunidade em que foram prestadas informações solicitadas pelo Supremo Tribunal Federal, necessárias à instrução do Mandado de Segurança nº 22.511-4/160, impetrado por (...) com vistas à declaração de nulidade do apuratório da espécie ou o reconhecimento da inadequação da penalidade expulsiva, o processo disciplinar sob comento foi examinado nesta Instituição, resultando a certeza da transgressão disciplinar (cfr. a Mensagem nº 471, de 23/5/96, o despacho do Sr. Advogado-Geral da União Substituto e a Nota AGU/WM-10/96). Naquela Corte de Justiça, esse pedido mereceu o seguinte despacho:

“A situação descrita não faz ver algo de irreversível, a reclamar pronto corretivo judicial. De resto, não encontro na inicial nada que induza a modificar o trânsito curial das coisas enquanto o Supremo Tribunal Federal não delibera, em definitivo, sobre a segurança pleiteada. À falta de base legal, indefiro a liminar. Peçam-se informações. Após, abra-se vista ao Ministério Público Federal.” (D.J. de 2/5/96, p. 13.762 - cópia anexa)

8. Efetivado, desta feita, novo exame dos autos, exsurge idêntica convicção no tocante à prática da infração e à autoria, em virtude dos seguintes aspectos precípuos:

I) O apuratório resultou da denúncia de fls. 205/207, onde o Sr. (...) relata os fatos com riqueza de informações e os confirma no depoimento (fls. 299/301);

II) A esposa do denunciante (Srª (...)) declarou que *“participou de todas as investidas do Sr. (...) comparecendo à Receita Federal e sendo procurada no seu local de trabalho por ele (AFTN (...))”* (Declarações prestadas à f. 302).

A certeza da veracidade da afirmativa de que o indiciado compareceu à repartição da depoente emerge também do despacho exarado pelo Juiz Federal Substituto da 1ª Vara da Seção Judiciária do Piauí, quando apreciou mandado de segurança impetrado inclusive por (...) e deu-se por suspeito, com o seguinte jaez:

“Examinando os autos e a documentação anexada, dou-me por suspeito, uma vez que testemunhei, em alguns passos, os fatos que estão sendo apurados, entre os quais a visita de um dos impetrantes a este prédio da Seção Judiciária do Estado do Piauí, exatamente na ante-sala do meu gabinete, em procura de (...), funcionária que exerce as funções de Oficial de Gabinete.” (f. 750)

Esse fato não passou despercebido da c.i, por isso que no item 35 do relatório final (f. 769) consignou que o indiciado esteve no local de trabalho da Srª (...) o para que ela *“assinasse o ‘Termo de Início de Ação Fiscal’ da pretensa ação fiscal”*. De notar que o servidor não deveria comparecer a essa repartição, porque estava incumbido apenas de efetuar a análise prévia da declaração apresentada pelo denunciante, atribuição desempenhada no âmbito do órgão a que pertence e onde o contribuinte (no caso, o Sr. (...)) haveria de apresentar-se, *ex vi* do relatório de procedimentos de fls. 211/212 e do item 2 da Portaria nº 82, de 23/6/93, do Coordenador-Geral do Sistema de Fiscalização (fls. 486/487):

“Considera-se fiscalização interna (ou procedimento interno de auditoria) a que, por conveniência do trabalho, realiza-se nas próprias dependências da repartição fiscalizadora, à qual comparece o contribuinte, ou seu representante, para prestar esclarecimentos quanto a fatos a ele relativos, de interesse fiscal, podendo dessa atividade resultar constituição de ofício de crédito tributário, mediante auto de infração ou notificação de lançamento.”

O próprio indiciado assere que procurou o denunciante no Centro de Ciências da Saúde da Fundação Universidade Federal do Piauí e na Maternidade Dona Evangelina Rosa, com o intuito de dar conhecimento do aludido “termo de início de ação fiscal”, mas, não o encontrando, procurou a Srª (...), na Justiça Federal (v. o depoimento de fls. 532 e 533, itens 17 e 18). A credibilidade da narração de (...), em relação aos fatos em exame (fls. 302 e 318/320), é robustecida pelo seguinte relato do Dr. (...), na condição de Juiz Federal Substituto, no exercício da titularidade na 3ª Vara/PI (Ofício nº 96/GAJU/3ª Vara, de 24/5/95, juntado ao processo disciplinar mediante o expediente de f. 204):

“Em resposta ao Ofício nº 12/95 que me foi enviado por Vossa Senhoria, tenho a informar que tomei conhecimento dos fatos que deram origem à mencionada Sindicância, primeiramente através da esposa do Dr. (...), D. (...), há um (01) ano e três meses atrás, aproximadamente, numa ocasião em que eu providenciava uma documentação na Justiça Federal, no Piauí, e ela me declarou que seu esposo estava sendo fiscalizado pela Receita Federal, há mais de um ano, sendo o Fiscal responsável o Sr.(...). Reclamou, ainda, da demora do procedimento, e que já tinha se dirigido, tanto ela quanto seu esposo, ao aludido Fiscal, sempre tendo como resposta que estava tudo bem, que ela não se preocupasse pois o processo estava andando. Me deu conhecimento também que tinha entregue documentos ao Sr. (...), tendo ele, inclusive, recebido. Posteriormente, uns dois meses depois dessa conversa, quando fui novamente ao fórum da Justiça Federal no Piauí, a Dona (...) me contou que tinha recebido um telefonema de certa

peessoa que afirmou ter conhecimento do processo de fiscalização contra seu marido, e que poderia, caso ela lhe desse determinada quantia, dar um jeito no processo, de modo que ele não teria mais problemas junto à Receita Federal. No que eu lhe dei o conselho para que procurasse o Delegado, Sr. (...), e lhe contasse o ocorrido.

Já como Juiz Federal, um dia após a realização de uma audiência criminal onde o Sr. (...) atuou como testemunha, tive nova conversa com Dona (...), em que ela declarou ter cobrado do Fiscal, no dia anterior, após a audiência, a devolução dos documentos entregues. O conhecimento mais recente dos fatos que ensejaram a denúncia me chegou, quando recebi um telefonema do Juiz Federal, Dr. (...), do qual a Dona (...) é secretária, solicitando que eu entrasse em contato com o Delegado da Receita Federal, Dr. (...), solicitando providências, já que o Dr. (...) estava sendo pressionado por pessoas, as quais lhe exigiram vantagem pecuniária, para solucionar sua questão junto à Receita Federal.

Em conversa com o Dr. (...), esse me trouxe ao conhecimento o fato de ter sido visitado por uma pessoa, a qual citou o nome do Fiscal (...), e que teria feito a proposta de, mediante o pagamento de R\$ 5.000,00 reais, solucionar sua situação junto a Receita Federal. Posteriormente, conduzi o Dr. (...) à presença do atual Delegado da Receita Federal, tendo o mesmo apresentado a denúncia que deu origem ao presente procedimento.”

III) São consentâneos com as provas coligidas e com as normas de regência das atividades de fiscalização os fatos incontestes de que o indiciado:

a) extrapolou sua competência, restrita à análise prévia, na forma do explicitado por (...), à época dos fatos delituosos ocupante do cargo de Chefe da Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Teresina, no depoimento de fls. 56/57 da sindicância (v. as fls. 305 e 321/322 do processo disciplinar), no relatório de procedimentos (fls. 211/212) e na aludida Portaria 82, de 23/6/93, do Coordenador-Geral do Sistema de Fiscalização (fls. 486 e 487), dentre outras provas especificadas no relatório e na indicição; e

b) emitiu indevidamente o “termo de início de ação fiscal”, com as conotações expostas pela c.i. no item 145 do relatório final (fls. 813/814), *verbis*:

“a) a emissão do Termo de Início de Ação Fiscal foi efetuada ultrapassando o limite de autoridade que estava investido a fazer - análise preliminar (faltava-lhe, portanto, competência específica para a emissão do mencionado termo);

b) a emissão do Termo de Início foi desviado de sua finalidade específica (finalidade pública), enveredando pelos caminhos tortuosos de dar suporte à ações ilícitas de terceiros (por isto também ser inidôneo);

c) a emissão do Termo de Início foi emitido sem o número da Ficha Multifuncional - FM específica para o contribuinte em um de seus campos, requisito vinculado à norma legal que exige a aposição deste número, e indispensável à sua validade (foi visto que o AFTN (...) após o número aleatório 00001 para que pudesse emitir o documento no sistema de dados, pois o contribuinte (...) não tinha FM em seu nome);

d) inexistia causa para a emissão do Termo de Início de Ação Fiscal, pois era desnecessária sua emissão para executar a atribuição que lhe fora atribuída por sua chefia - análise preliminar;

e) que a emissão do Termo de Início de Ação Fiscal desviou-se de seu objeto, pois não foi utilizada para que a Administração Fiscal demonstrasse

a sua vontade ou comprovar a existência de Fiscalização Externa contra o contribuinte, pois, como visto, ela não foi autorizada, não foi realizada e nenhum dirigente da Administração Fiscal em Teresina sabia de sua existência.”

IV) O início da fiscalização interna de que também o indiciado estava incumbido é precedida da emissão de ficha multifuncional, feita exclusivamente pela Seção de Fiscalização ou com numeração dada pelo sistema de controle e necessária à emissão do “termo de início de ação fiscal”. Este foi lavrado por e como inexistia a ação fiscal no respeitante ao denunciante (cfr. o Ofício nº 002/95 - DRF/PI/Safis, de 25/9/95, do Chefe da Seção de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal em Teresina - f. 637) e o indiciado não possuía a ficha, após dolosamente, no termo, o número 00001, a esta correspondente (f. 208), sem o conhecimento de qualquer superior hierárquico, a fim de viabilizar sua conduta tendente a impressionar o denunciante e obter a vantagem ilícita.

9. Esses e outros aspectos expostos, de maneira minudente, no relatório final, incluído o repasse de informações confidenciais, ligadas à fiscalização de que se cuida, ensejam a firme convicção do conluio de que participou (...) para lograr o proveito pessoal e o acerto das conclusões que se seguem, extraídas pelo colegiado em conformidade com as provas constantes dos autos.

“Conclusões:

- que o ‘Termo de Início de Ação Fiscal’ de fls. 208 é documento inválido, inidôneo, falso (vide itens 143 a 148 deste relatório), utilizado pelo AFTN (...) para induzir em erro o Dr. (...) - denunciante - e sua esposa, tentando fazê-lo(s) crer estivesse(m) sendo fiscalizados regularmente, ou processado(s) pela Delegacia da Receita Federal em Teresina, e de existir nesta Repartição multa elevada contra ele (denunciante), com o objetivo de dar suporte à solicitação, por meio de pessoas interpostas (TTN aposentado (...) e Sr.(...)), de vantagem indevida; - que o documento ‘Termo de Início de Ação Fiscal’ de fls. 208 é prova documental da prática do ilícito denunciado (de fls. 205/207), por ter sido gerado à margem da legislação a ele atinente, por inexistir na repartição procedimento fiscal de qualquer espécie que justificasse a sua emissão, bem como ao objetivo escuso a que se destinou;
- que a perícia efetuada pelo Instituto Nacional de Criminalística atesta a emissão do Termo de Início de Ação Fiscal por parte do AFTN (...), como ele próprio já o dissera em seu depoimento;
- que a documentação solicitada (ou o comprovante da solicitação às fls. 209) ao contribuinte (...) pelo AFTN (...), é também prova documental da prática do ilícito, pelo objetivo de induzir em erro o denunciante, como ocorreu com a emissão do Termo de Início de Ação Fiscal;
- que inexistiu processo, procedimento ou ação fiscal de qualquer espécie (Revisão Interna, Fiscalização Interna ou Fiscalização Externa, nem mesmo análise preliminar) contra o contribuinte (...) - CPF (...) - na Delegacia da Receita Federal em Teresina;
- que ocorreram os telefonemas do TTN (...) à Sra. (...), e a visita do Sr. (...) ao consultório do denunciante;
- que há indícios veementes de que ocorreu a proposta do TTN (...) à Sra. (...), esposa do denunciante, de pagamento da quantia de 1.500.000,00 - um milhão e quinhentos mil cruzeiros - para (como constou da denúncia - fls. 205/207 - e neste relatório, itens 131 a 135) que fosse arquivado o ‘processo’ que existiria na DRF/Teresina contra o denunciante;

- que efetivamente ocorreu a proposta ilícita feita pelo Sr. (...) ao Dr. (...) (denunciante), como consta na carta-denúncia de fls. 205/207, item 6, e considerando os fatos e circunstâncias descritos nos itens 136/142 deste relatório;

- que ocorreram ações isoladas, desconhecidas da Administração Fiscal (e não ação fiscal ou procedimento fiscal de qualquer espécie), perpetradas pelo AFTN (...) (como a emissão do Termo de Início de Ação Fiscal e pedido de farta documentação) com a intenção de incutir no contribuinte (...) a idéia de que estava sendo fiscalizado, preparando assim as investidas das pessoas interpostas para obtenção do fim ilícito denunciado.

Notou-se que essas investidas sempre foram em função da existência desta suposta ação fiscal, de fiscalização ou de 'processo' que haveria na Receita Federal, de titularidade assumida pelo AFTN (...), como visto no 'Termo de Indiciação' - que ficou evidente o elo de ligação entre os fatos e as pessoas implicadas neste caso concreto (TTN (...) aposentado, Sr.(...), AFTN (...) e, possivelmente, o AFTN), tendo ficado comprovado haver um objetivo comum a alcançar - vantagem pecuniária indevida - em função da suposta existência de ação ou procedimento fiscal ('processo' ou fiscalização, análise preliminar, inexistentes) na Repartição contra o contribuinte (...) (denunciante)."

A possível participação de (...), titular do cargo de Auditor-Fiscal, encontra-se minuciosamente especificada na indicição (fls. 677 a 681) e no relatório final, em cujas fls. 780/784 foi reproduzido o teor da primeira peça processual. Há detalhada análise da atuação desse servidor na folha 785 e seguintes do mesmo relatório. A inflição de penalidade, neste caso, não se ajustaria adequadamente aos elementos comprobatórios constantes dos autos, incapazes de proporcionar convicção segura a respeito da ilicitude da atuação funcional de (...). O envolvimento de (...) e (...) de nas irregularidades foi examinado suficientemente pela comissão, não havendo como extrair a ilação de que as conclusões de demissão do primeiro e da exculpação do último, por insuficiência das provas, sejam contrárias às provas do processo disciplinar, motivo por que, na espécie, deve ser observado o disposto no *caput* art. 168 da Lei nº 8.112. "*Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos*". A imperatividade desse comando justifica-se porque o colegiado vivencia a apuração das irregularidades e, destarte, possui melhores condições para aquilatar a verdade com maior exatidão.

O exposto admite a conclusão de que a verossimilhança das provas coletadas pela c.i. induz à certeza da conduta delituosa do indiciado, sobrelevando-se a obrigatoriedade da edição do ato demissório.

Sub censura.

Brasília, 8 de dezembro de 1997.

WILSON TELES DE MACÊDO
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Livre apreciação da prova. Relatório contrário a prova dos autos não vincula o julgador.

PARECER AGU Nº GQ-149

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 27.4.98”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00001.007648/97-01

ORIGEM: Ministério do Exército

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Dissenso entre a Consultoria do Ministério do Exército (Parecer nº 1019-97-CJMEEx, de 30.06.97) e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 2694/97-SAJ/PR/MM, de 01.09.97), decorrente da proposta de demissão do servidor (...) por abandono de cargo, feita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-1/98, de 16 de abril de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 27 de abril de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-1/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-149)

EMENTA: Processo Administrativo Disciplinar. A autoridade julgadora não se vincula, obrigatoriamente, ao relatório conclusivo da comissão processante, quando contrário às provas dos autos, podendo, se assim o desejar, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la e até mesmo isentar o indiciado de responsabilidade (art. 168, da Lei nº 8.112/90). O ato de julgamento deverá ser, então, motivado pela autoridade competente, apontando, na sua peça expositiva, as irregularidades havidas no iter inquisitivo, tornando-se, desse modo, imune às interpretações e conseqüências jurídicas que poderão advir de seu ato. No caso sob exame, há a necessidade de que seja feita adenda à Exposição de Motivos oferecida à consideração da autoridade superior, evitando-se, com isto, a configuração do chamado julgamento extrapolante. Sugestão de devolução dos autos do processo à origem para que seja motivada a proposta de aplicação da pena demissória.

PARECER

Senhor Doutor Advogado-Geral da União

Tratam os autos de dissenso entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República sobre a proposta de demissão do servidor (...), ocupante do cargo de vigia (Siape nº 0085897), dos quadros funcionais do Ministério do Exército, em face das suas reiteradas faltas ao serviço, caracterizando-se a ocorrência de abandono de cargo.

2. A matéria em tela veio a esta Instituição para dirimir antedita controvérsia jurídica, por meio do Aviso nº 02, de 05 de janeiro do corrente ano, emanado do Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, (interino).

3. Vale registrar, de início, que os passos do Processo Administrativo Disciplinar, (cf. Portaria nº 384-DPC, de 8.11.96) instaurado em desfavor do servidor (...) foram percorridos regularmente, não necessitando, de conseqüência, que se proceda ao seu exame, uma vez que não houve por parte dos pareceristas qualquer alusão a possíveis irregularidades porventura cometidas, na sua tramitação, pela Comissão Processante.

4. A divergência situa-se na fase do julgamento, quando a Comissão Processante, no seu relatório, concluiu pela absolvição do indiciado enquanto que a autoridade superior, no caso o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército, adjutorado por sua Consultoria Jurídica, optou por propor ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a sua demissão, por abandono do cargo.

5. Por isso mesmo, acho de bom alvitre transcrever (em seguida) ambos os pronunciamentos discordantes para, ao depois, adentrar-me no mérito da matéria.

6. Primeiramente, as aduções feitas pela Consultoria Jurídica do Ministério do Exército (*in verbis*), exaradas em 30.06.97:

“Parecer nº 1019-97/CJMEEx PO nº 1198/96-GMEEx

Assunto: Demissão de servidor

Exmo. Sr. Ministro:

1. Trata-se de processo disciplinar instaurado para apurar faltas ao serviço cometidas pelo Servidor (...), AOSD, NM 1006, NA-B I, matrícula nº 0085897, lotado no 1º Batalhão Ferroviário.

2. A autoridade instauradora propõe a demissão em causa, por abandono de cargo, na forma do art. 132, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990, por ter faltado ao serviço, sem motivo justificado, no período descrito nas peças de fls. 08/18, completando mais de 30 (trinta) dias consecutivos de faltas sem justificação.

3. Regularmente citado, o indiciado ofereceu defesa (fls. 31/32 e 59), não prosperando, contudo, as razões oferecidas.

4. A hipótese é, pois, de ocorrência de abandono do cargo, cabendo a expedição de ato de demissão na forma dos artigos 141, inciso I, 132, inciso II, e 138 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, razão pela qual opino pela remessa do presente processo à elevada consideração do Excelentíssimo Senhor Presidente da República. É o parecer.

Celuta Alkmim - Assessora Jurídica

Visto. De acordo. Em 30/Jun/1997

Altair Pedro Pires da Motta - Consultor Jurídico”

7. Abaixo, da lavra do Dr. Márcio Antonio Teixeira Mazzaro, o pronunciamento jurídico da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, esposado em 01 de setembro de 1997 (*in verbis*), tendo recebido o de acordo do Dr. Francisco Luiz de Bessa Leite, Subchefe para assuntos jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Substituto:

“Nota nº 2694/97-SAJ/PR-MM

Assunto: Processo administrativo disciplinar

Interessado: Ministério do Exército

Referência: Processo nº 1198/96-GMEX

Objeto: Proposta de demissão do servidor (...), por abandono de cargo. Infração não caracterizada. Conclusão da comissão processante pela reintegração do servidor ao serviço. Proposta ministerial de demissão, desprovida de justificativas. Proposta substitutiva desta SAJ/PR de absolvição do servidor.

Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos,

Tratam os presentes autos da proposição formulada pelo Senhor Ministro do Exército, consignada na Exposição de Motivos nº 036/CJMEEx, datada de 13 de agosto p.p., de demissão do servidor civil daquela Pasta, (...), do cargo de vigia, matrícula Siape nº 0085897, em face das faltas ao serviço pelo mesmo praticadas, caracterizando a ocorrência de abandono de cargo, passível da penalidade expulsória, capitulada no inciso II, do art. 132, da Lei nº 8.112/90, proposição esta calcada no entendimento ofertado pela Consultoria Jurídica daquele Ministério, objeto do Parecer nº 1.019-97/CJMEEx, de 30.06.97, de lavra da Dra. Celuta Alkmim.

2. Os trabalhos apuratórios, pelo que se denota dos autos, foram conduzidos em estrita observância aos preceitos legais pertinentes, inclusive oportunizando ao acusado o amplo direito de defesa, momento em que buscou demonstrar que as faltas ao serviço tiveram motivo justificado, apresentando, para tanto, os respectivos comprovantes e atestados médicos indicando a necessidade da ausência, tanto para tratar da própria saúde, quanto de sua genitora e esposa, suas dependentes em todos os sentidos, face os seus respectivos estados de saúde, tudo devidamente comprovado nos autos.

3. A comissão apuradora constatou, ainda, que um dos motivos ensejadores do grande número de faltas ao serviço foi a determinação, por parte do Sr. Comandante do Destacamento de Alto Uruguai, com sede na cidade de Horizontina/RS, onde reside o indiciado, de sua transferência para outra unidade do Exército, em Lages/SC, distante aproximadamente 600 quilômetros, ordem esta não atendida pelo servidor, em face de seus problemas pessoais.

4. Sensível a estes fatos, propôs o trio processante, em seu relatório conclusivo (fls. 44/46) a absolvição do servidor e sua reintegração às funções normais, subordinado ao 1º Batalhão Ferroviário na cidade de Horizontina/RS, para que pudesse, além de desenvolver os serviços, permanecer com os cuidados aos seus parentes necessitados.

5. Todavia, tal sensibilidade não atingiu o Diretor de Pessoal Civil da Pasta do Exército que, ao proferir o 'julgamento' dos trabalhos apuratórios, propôs, desconsiderando as provas dos autos e a conclusão do trio processante, e sem qualquer justificativa, a demissão do servidor, por abandono de cargo, na forma do documento de fls. 53.

6. Tal 'julgamento', de igual sorte, foi acompanhado pela Consultoria Jurídica do Ministério proponente, na forma do Parecer acima relatado, motivando a proposição contida na sobredita Exposição de Motivos.

7. Ao se concluir diferentemente do que entendeu o trio processante, deveria-se, no mínimo, trazer justificativas plausíveis, calcadas em provas materiais, constantes ou não dos autos, o que de fato não se verificou no presente caso.

8. A conclusão ofertada pela comissão de inquérito, contida em seu relatório, no meu entendimento, é a que melhor se coaduna com os fatos, e com a justiça, porquanto as faltas cometidas pelo servidor, além de

justificadas, contiveram motivação considerada, não reconhecidas pelo Comandante da Unidade do Exército na cidade de Horizontina/RS. Isto posto, e com a devida vênia, entendo não ser o caso de demissão do sobredito servidor, e sim sua reintegração ao serviço, na forma proposta pelo trio processante, porquanto embasada nos fatos e provas colhidos nos autos. Como a deliberação quanto ao destino do servidor é de competência do Senhor Presidente da República, proponho sejam os presentes autos submetidos àquela Autoridade Máxima para que, se assim entender, acate a sugestão promovida pela comissão de inquérito, no sentido de absolver o servidor, com a sua conseqüente reintegração ao serviço.”

8. Com expressa objetividade, o Exmo. Sr. Ministro do Exército, General de Exército Zenildo Gonzaga Zoroastro de Lucena, encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República Doutor Fernando Henrique Cardoso, a Exposição de Motivos nº 036/CJMEEx, datada de 13 de agosto de 1997, consubstanciada nos seguintes termos (*in verbis*):

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República, foi instaurado no âmbito do Ministério do Exército processo disciplinar para apurar responsabilidade do Servidor Civil (...), decorrente de faltas ao serviço, sem causa justificada. 2. Apurou-se no inquérito administrativo, em que foi assegurado amplo direito de defesa, a ocorrência de abandono de cargo. 3. Trata-se, pois, de hipótese de demissão do servidor em causa, com fundamento no art. 132, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. 4. Assim, tenho a honra de encaminhar à elevada consideração de Vossa Excelência o incluso processo de demissão de (...), servidor civil deste Ministério.”

9. Feitas as necessárias transcrições das manifestações jurídicas oponíveis, cuidarei, neste parecer, de examinar apenas as divergências que se relacionam com a aceitação ou não da sugestão oferecida pela Comissão Processante no respeitante à absolvição ou demissão do servidor indiciado.

10. Torna-se oportuno, de começo, tecer algumas considerações sobre o poder e o dever de julgar os processos disciplinares administrativos, instaurados no âmbito da Administração Pública, para apurar possíveis irregularidades cometidas pelos servidores públicos (*lato sensu*) no exercício de suas funções.

11. De acordo com o disposto no art. 143, da Lei nº 8.112, de 11.12.90, “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

12. Incumbe, portanto, (indistintamente) a todas as autoridades administrativas a vigilância e a fiscalização do serviço público, com extensão desse poder-dever às ações individuais dos servidores públicos no que concerne ao cumprimento, ou melhor, ao exercício regular de seus deveres, bem como ao respeito às vedações que a lei lhes impõe.

13. Desse modo, a autoridade competente, isto é, aquela a quem couber por força legal, determinar a apuração da responsabilidade do servidor público denunciado, deverá, de imediato, nomear a comissão processante, tudo na conformidade do que estabelecem os arts. 148 *usque* 173, da Lei 8.112/90.

14. Evidencia-se anotar, desde já, que a autoridade competente, no caso o Ministro de Estado do Exército, poderá sugerir a aplicação da sanção que julgar cabível ao infrator, sob um critério subjetivo e equilibrado, que atenda aos princípios da legalidade e da oportunidade e até mesmo da conveniência da Administração.

15. É um poder-dever que lhe cumpre por em prática, na qualidade de superior hierárquico, a partir do momento em que, na formação de sua livre convicção, deixando de acatar a opinião da Comissão Processante, resolve sugerir à autoridade que lhe é superior, *in casu*, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, que aplique a pena demissória ao subordinado infrator.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

16. É necessário lembrar, a propósito, que a condescendência na punição é considerada crime contra a Administração Pública, uma vez que não poderá deixar a autoridade, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe faltar competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade superior competente (vide, o art. 320, do C.P.B.).

17. Diz o art. 168, da Lei 8.112/90, que “o julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos” e no seu parágrafo único que “quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”.

18. Como se percebe, à autoridade competente, por isto mesmo julgadora, são concedidos, amplos poderes, sem os quais não lhe seria possível balizar os passos do processo administrativo disciplinar.

19. No exercício do poder de decidir, não custa nada lembrar, o julgador se coloca acima da Comissão Processante, e se, à vista de todas as peças constantes dos autos do processo, chegar à conclusão de que o relatório contrariou as provas colhidas no iter apuratório, poderá ser discordante do ponto de vista emitido pelos membros da comissão na sua peça conclusiva.

20. Não resta a menor dúvida de que esse relatório tem valor meramente opinativo, pois não se vincula ao julgamento, porquanto a autoridade julgadora não fica adstrita às opiniões, sugestões ou enquadramentos legais, emitidas ou feitos pela Comissão.

21. Assim, o ato de julgamento (ou decisão) deverá ser motivado pela autoridade competente, em cuja peça expositiva deverá, à farta, minudenciar o porquê da sua decisão, a *contrario sensu* da opinião esposada pela Comissão Processante.

22. Essa contrariedade à opinião da Comissão, tomada pela autoridade competente, não poderá ser acoimada como sendo a de um julgador autoritário, espécie de “dono do processo” ou “da verdade”. Não é isto. A destacada e a superior posição do julgador colocam-no numa situação acima dos interesses por ventura existentes na tramitação processual inquisitiva.

23. Daí que o uso do poder-dever, que lhe é atribuído legalmente, não é arbitrário, tampouco discricionário. Não age quando lhe aprouver, nem como preferir. Age sim, quando observar que a Comissão Processante atuou de maneira dissonante em relação às provas dos autos. Com sua discordância resguardam-se, simultaneamente, o interesse da Administração, tomada na sua generalidade, e o da Secretaria de Estado a qual dirige, como auxiliar que é do Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

24. Então, nos parâmetros do sistema da livre apreciação das provas, pode a autoridade julgadora desvincular-se das conclusões das comissões processantes e até julgar em sentido

contrário, desde que o faça de maneira expositiva, fundamentada, levando sempre em consideração os elementos de prova do processo que o autorizaram a repelir a opinião dada no relatório conclusivo.

25. Na formação de sua livre convicção, deve, ainda, a autoridade julgadora cimentar-se não em elementos vagos, às vezes imprecisos, porém nos pontos lacunosos, conflitantes ou relegados a segundo plano pela Comissão Processante.

26. Numa síntese, pode-se afirmar que as atividades do julgador deverão se pautar pelo princípio da legalidade, sem se deixar levar por influências exógenas, estranhas aos autos do processo, baseando-se em parecer fundamentado, dimanado do órgão que lhe presta assessoramento jurídico.

27. Desse modo, como enfatizei linhas atrás, seria de bom alvitre que S. Ex^a., o Sr. Ministro de Estado do Exército, na espécie sob exame, e antes da lavratura do ato demissório, minudenciasse, em adenda à sua Exposição de Motivos endereçada ao Excelentíssimo Presidente da República, os motivos basilares que o levaram a sugerir a aplicação da pena demissória ao indiciado, evitando-se, com isto, as conseqüências de uma interpretação que poderá levar a se pensar num julgamento extrapolante, ou seja, que tenha sido feito à margem do contexto das acusações formalizadas na fase instrutória e de indicição em desfavor do servidor a quem se imputa o cometimento de infração susceptível de ser apenada com a demissão.

Isto posto, opino que sejam devolvidos os autos do processo em epígrafe à origem, a fim de ser feita a adenda sugerida na conformidade do explicitado no item 27, do parecer.

É o parecer, sub censura.

Brasília, 16 de abril de 1998.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Apuração de outra irregularidade por servidor já demitido. Anotação do fato em assentamentos funcionais. Descabe modificação de ato que aplicou penalidade conforme normas legais.

PARECER AGU Nº GQ-168

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 1º.X.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSOS Nº: 10245.000127/95-71 e 10245.000325/95-35

ORIGEM: Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Inviabilidade da alteração de ato punitivo, a fim de acrescentarem-se novas imputações.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-20/98, de 14 de setembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 1º de outubro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-20/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-168)

EMENTA: Na hipótese em que a penalidade administrativa tenha sido infligida com observância das normas legais e constitucionais, constituindo-se em ato perfeito e acabado, descabe a modificação deste para consignar fato diverso daquele que ensejou a apenação e sem efeito retroativo.

PARECER

O Diário Oficial de 7 de novembro de 1996 publicou decreto do dia antecedente, efetuando a demissão de ocupante do cargo de Técnico do Tesouro Nacional do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, por haver incorrido em abandono de cargo.

2. Não obstante a penalidade, procedeu-se à apuração de irregularidade diferente daquela de que decorreu o ato expulsivo, em cumprimento ao entendimento externado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, através do Parecer PGFN/CJU/nº 934/97 (cfr. as fls. 240 a 143 do Proc. nº 10245.000325/95-35), vindo a comissão de inquérito a concluir que houve infringência do disposto nos “*artigos 116, incisos II, III e IX, artigo 117, incisos IX e XV e artigo 132, incisos I, IV e X, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - RJU*”, pois o então servidor facilitou a “*passagem do caminhão Mercedes Bens placa AC-1751, conduzido pelo motorista ... carregado com 2.562 caixas de cerveja polar em lata de 250 ml, caixas com 24 unidades, pela fronteira Venezuela/Brasil sem portar os documentos competentes (declaração de importação - DI, fatura comercial, conhecimento de embarque) e sem o pagamento dos impostos devidos*” (Relatório de fls. 312/317 do Proc. nº 10245.000325/95-35).

3. Com supedâneo no outro Parecer PGFN/CJU/nº 1.144/98, também da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Ministro de Estado da Fazenda propôs, ao Presidente da República, a republicação do ato demissório, para consignar a penalidade mais grave (E.M. nº 491/MF, de 13/8/98), mediante a edição do seguinte decreto:

“O Presidente da República resolve: Determinar seja republicado o Decreto de demissão de (...) matrícula nº (...), do cargo que abandonou, de Técnico do Tesouro Nacional do Quadro de Pessoal do Ministério da Fazenda, publicado no D.O. de 07.11.96, para fazer constar infringência também aos seguintes dispositivos da Lei nº 8.112/90: artigos 116, II, III e IX; 117, IX e XV; e 132, I, IV e X, aplicando-se-lhe as restrições contidas no artigo 137, *caput*, e parágrafo único, do mesmo diploma legal.”

4. Dissentiu dessa sugestão a Casa Civil da Presidência da República, pelos motivos que se seguem. Essa divergência, de ordem jurídica, proporcionou o encaminhamento dos presentes processos a esta Instituição, a fim de a controvérsia ser dirimida.

“É que o Decreto que se pretende republicar (editado em 06/11/96 e publicado no D.O.U. do dia 7 subsequente), acredito eu, encontra-se revestido de forma legal, perfeita e acabada, conquanto serviu para produzir todos os efeitos jurídicos requeridos para a espécie (demissão por abandono de cargo). Veja-se que tal ato administrativo não se presta para agasalhar a pretensão em comento, uma vez que as condutas ilícitas tratadas nesta oportunidade somente foram objeto de apuração final em março do corrente ano, conforme se observa no Relatório de fls. 312/317, não sendo, pois, recomendável que se retifique o sobredito ato para nele se incluir elementos que na ocasião de sua expedição ainda dependiam de averiguações. Penso que o julgamento que o presente Processo Administrativo está a demandar, dada a circunstância de que o acusado já se encontra na condição de ex-servidor, poderá ser efetivado mediante Despacho Presidencial, devendo a correspondente decisão ser registrada nos assentamentos funcionais do infrator, com a observação de que o mesmo não poderá retornar ao serviço público, nos precisos termos das disposições do parágrafo único do art. 137, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Impõe-se, também, por relevante, a desconsideração da penalidade relativa à conduta prevista no inciso I do art. 132, da retrocitada Lei (crime contra a administração), uma vez que o respectivo ato punitivo estaria, necessariamente, a depender de sentença judicial, conforme orientação, nesse sentido, emanada do Órgão Central do Pessoal Civil-Sipex, e a teor do disposto no Parecer nº AGU/MF (Anexo ao Parecer GQ-124) publicado no D.O.U de 30.05.97, Seção I, P. 11.183.” (Nota nº 2875/98-SAJ/PR-JM, de 21-8-98).

5. A demissão reveste-se da modalidade de vacância do cargo (v. o art. 33, II, da Lei nº 8.112, de 1990) e, se efetivada com observância das normas legais e constitucionais, constitui-se em ato perfeito e acabado, desconstituindo a relação jurídica que se estabelecera entre o apenado e a União, autarquia ou fundação pública, na oportunidade do provimento do cargo de que o então servidor foi desinvestido, em caráter punitivo, e extinguindo-se os respectivos direitos e obrigações.

6. Com a desvinculação do servidor a quem se atribuiu a autoria de falta grave, cessam os efeitos individuais da investidura, é restabelecida a ordem jurídica e colimado o objetivo do Direito Disciplinar, consistente em resguardar a Administração Pública e o próprio Erário.

7. Em face desse desiderato disciplinar, seria não só inócua qualquer apuração de transgressão funcional sucessiva da exclusão do servidor das hostes públicas, bem assim desprovida de adequação às normas de regência a alvitrada alteração do ato punitivo, que se reputa perfeito e acabado e do qual advieram efeitos jurídicos, desde sua publicação. O

cogitado decreto implicaria inserção, no ato expulsivo, de outras modalidades punitivas a que a Lei nº 8.112 e as normas complementares não imprimem conseqüências retroativas.

8. É que, em regra, as leis são irretroativas. Se a retroação não é inerente a certos atos (como são os casos da ratificação e a confirmação, exemplificativamente), a exceção do alcance de fatos pretéritos somente se admite quando a lei o estatui, de forma explícita, ou é pertinente à natureza do regramento da matéria.

9. Na oportunidade em que examinou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605-3-DF (versou sobre a admissibilidade de leis interpretativas no ordenamento constitucional brasileiro), o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que as *“leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade”* (D.J. de 5/3/93, p. 2.897).

10. Pretende-se proceder à alteração do decreto de demissão expedido, sob a alegação da inobservância dos arts. 116, incisos II, III e IX; 117, itens IX e XV; e 132, I, IV e X, todos da Lei nº 8.112.

11. No entanto, é singular a infração imputada ao interessado (cfr. o item 2 deste parecer). Em caso tal e nos de transgressões plurais revestidas de mesmas características, fundamenta-se o ato punitivo num só dispositivo legal.

12. Efetua-se a fundamentação múltipla na hipótese em que as faltas disciplinares são diferenciadas nas suas características.

13. Em vista do exposto, nenhuma providência resta adotar, senão o registro da conclusão da comissão de inquérito (Proc. nº 10245.000325/95-35), a fazer-se na pasta de assentamentos funcionais do interessado.

Sub censura.

Brasília, 14 de setembro de 1998.

WILSON TELES DE MACÊDO
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Relatório contrário a prova dos autos não vincula o julgador.

PARECER AGU Nº GQ-176

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 3.XII.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00001.007648/97-01

ORIGEM: Ministério do Exército

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Dissenso entre a Consultoria Jurídica do Ministério do Exército (Parecer nº 109-97-CJMEEx, de 30.06.97) e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 2694/97-SAJ/PR/MM, de 01.09.97), decorrente da proposta de demissão do servidor (...) por abandono de cargo, feita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-6/98, de 24 de novembro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 3 de dezembro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-6/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-176)

EMENTA: No sistema da livre apreciação das provas, vigente no Direito Positivo pátrio, quando o relatório da comissão processante contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora que não se vincular às suas conclusões, poderá, motivadamente, agravar a penalidade sugerida, abrandá-la ou isentar o indiciado de responsabilidade (cf. o art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90). No caso, há que se inferir que a autoridade instauradora do Processo Administrativo Disciplinar em tela, na formação de sua livre convicção, sugeriu à autoridade julgadora, o Chefe do Poder Executivo, que comine ao servidor indiciado a pena de demissão, por abandono de cargo, ficando ao alvedrio deste aplicá-la ou não.

PARECER

1. Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar instaurado no âmbito do Ministério do Exército para apurar faltas ao serviço cometidas pelo servidor (...), lotado no Batalhão Ferroviário de sobredita Secretaria de Estado.
2. Como houve dissenso entre as manifestações jurídicas da Consultoria Jurídica do Ministério do Exército e da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, recebi determinação de Vossa Excelência, às fls. 72 dos autos, para examinar e exarar parecer sobre elas, dirimindo a questão.
3. Nesse sentido, emiti, em 16 de abril do corrente ano, o Parecer nº AGU/LS-1/98, adotado por Vossa Excelência com o Parecer GQ-149, de 27.04.98, tendo merecido o aprovo do Excelentíssimo Senhor Presidente da República na mesma data.

4. Releva acentuar por oportuno, no que antedito pronunciamento concluí que “O Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército, na espécie sob exame, e antes da lavratura do ato demissório, minudenciasse, em adenda à sua Exposição de Motivos endereçada ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República os motivos basilares que o levaram a sugerir a aplicação da pena demissória ao indiciado, evitando-se, com isto, as conseqüências de uma interpretação que poderá levar a se pensar num julgamento extrapolante, ou seja, que tenha sido feito à margem do contexto das acusações formalizadas na fase instrutória e de indicição em desfavor do servidor a quem se imputa o cometimento de infração susceptível de ser apenada com a demissão”. Sugerir, então, que os autos fossem devolvidos à origem para que o titular da Pasta do Exército fizesse adenda expositiva à sugestão feita ao Chefe do Poder Executivo propondo a demissão do servidor indiciado.

5. E assim foi feito. Aos 18 deste mês, S. Ex^a. o Sr. Ministro de Estado do Exército, Gen. Ex. Zenildo G. Zoroastro de Lucena, encaminhou a Vossa Excelência o Aviso nº 163/CJMEEx, no seguinte teor (*in verbis*):

“Senhor Advogado-Geral da União

Em face dos termos do Parecer nº AGU/LS-1/98, da lavra do eminente Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, adotado no Parecer GQ-149/98, encaminho à elevada consideração de V. Ex^a. os esclarecimentos a seguir expostos:

1. (...), servidor do Ministério do Exército, por motivo de faltas ao serviço, sem motivo justificado, foi submetido a processo disciplinar em que lhe foi oferecida oportunidade de ampla defesa.
2. O processo, consoante entendimento deste Ministério, não contém nulidades, conforme, aliás, ressaltado no pronunciamento desse elevado Órgão.
3. A questão se resume à divergência relacionada com a conclusão da Comissão de Inquérito, favorável ao servidor, e o julgamento, que não teria sido adequadamente fundamentado, segundo esse elevado Órgão.
4. Impende observar que as faltas do indiciado ao serviço, sem motivo justificado, foram numerosas, muito superiores a 30 (trinta) dias, conforme se verifica do exame das folhas do livro de ponto (doc. de fls. 8 a 18).
5. Os atestados médicos trazidos aos autos não elidem as faltas cometidas. Com efeito, o atestado de fls. 19, de 12 de junho de 1995, declara que (...) apresentava distúrbio mental do tipo demência, não podendo ficar sozinha, contendo o atestado ainda, impropriamente, declaração de que o Sr. (...), afirmou estar acompanhando a sua mãe, fato que o impossibilitava de exercer suas atividades profissionais por vezes. O atestado de fls. 20, com data de 24 de outubro de 1994, por outro lado, assinala também que a Sra. (...) deve sempre ter acompanhamento familiar. Os atestados de fls. 21, 22, 23 e 24 se referem ao próprio indiciado, sugerindo os dois últimos atestados afastamento do serviço por 10 (dez) e 5 (cinco) dias, respectivamente. Em 1991, obteve 10 e 3 dias de afastamento do serviço por motivo de saúde, conforme atestados médicos trazidos aos autos (fls. 27/28).
6. Tais os atestados médicos trazidos aos autos. Seriam eles capazes de elidir as faltas cometidas? É evidente que não.
7. Assim, a Comissão de Inquérito, em seu relatório, não ofereceu razões consistentes em favor do indiciado, até porque não havia nos autos elementos para sustentação de entendimento nesse sentido.

8. A Comissão de Inquérito, para fundamentar sua conclusão, baseou-se em meros atestados médicos que se referem a doença da mãe do indiciado e dele próprio (fls. 19/20 e 21/24).

9. Como é sabido, consoante a Lei nº 8.112, de 1990, o indiciado poderia ter inspeção de saúde para efeito de licença para tratamento de saúde, não tendo tomado nesse sentido qualquer providência, preferindo, ao invés continuar faltando ao serviço sem motivo justificado, o que, é imperioso salientar, ocorre até a presente data.

10. Por outro lado, o fato de não ter se apresentado à sua nova repartição em Lajes, Santa Catarina, por motivo de transferência, também não tem no caso força para elidir as faltas cometidas.

11. Assim, e considerando que o indiciado continua faltando ao serviço, impõe-se a expedição de ato de demissão, na forma proposta.”

6. Como se percebe pela leitura do Aviso acima transcrito, S. Ex^a., com objetividade fática e jurídica, a despeito de haver reiterado seu posicionamento anterior, ainda continua em frontal desacordo com o Relatório apresentado pela Comissão Processante, tendo, inclusive, neste último documento, explicitado os motivos que o levaram a opinar para que seja cominada a pena demissória ao servidor por abandono de cargo.

7. Ficou evidenciada, também, a renitência do indiciado que ao invés de se apresentar no órgão médico competente a fim de se submeter à inspeção de saúde, continua faltando ao serviço sem motivo justificado até a data da emissão do Aviso Ministerial.

8. Ressalte-se, de conseqüência, que passados sete meses da feitura do meu parecer (16.04.98) o servidor (indiciado) não se abalou em buscar solução para sua situação; pior ainda, deixou de comparecer ao local de trabalho, numa demonstração inequívoca de que se desligou do serviço público, incorrendo, desse modo, na capitulação do art. 132, inc. II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que estabelece a pena de demissão por abandono de cargo, configurada que está a sua ausência intencional ao serviço por mais de trinta dias consecutivos (cf. o art. 138, da Lei 8.112/90).

9. Diante do exposto, levando-se em consideração que a complementação à Exposição de Motivos 036/CJMEEx, de 13.08.97, oferecida pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Exército, por meio do Aviso nº 163/CJMEEx, de 18.11.98, no qual mais uma vez expressa o seu entendimento discordante do relatório conclusivo apresentado pela Comissão Processante e, ainda, que, explica, convenientemente, sua acepção subjetiva e analista do assunto em tela, com o asserto de que o servidor (indiciado) continua faltando ao serviço sem motivo justificado até presente data, tenho comigo, salvo outra interpretação de Vossa Excelência, que não há como deixar de acatar os elementos de prova esposados por antedita autoridade em ambos os documentos justificadores da aplicação da pena demissória ao servidor.

10. Desse modo, opino que sejam submetidos os autos do processo à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

Sub censura.

Brasília, 24 de novembro de 1998.

L. A. Paranhos Sampaio

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER Nº GQ-35, no tópico PORTARIA INSTAURADORA.

15 - NULIDADE, CERCEAMENTO À DEFESA E PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Assuntos abordados neste Parecer: Prescreve em cinco anos o direito de se pleitear à Administração que reveja ato nulo ou anulável, não se podendo relevar.

PARECER AGU Nº GQ-10

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho. *“De acordo. Em 25.10.93”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/93, pg. 16350 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00401.000126/93

ASSUNTO: Incidência da prescrição quinquenal sobre atos nulos.

Adoto, para os fins e efeitos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer da lavra do eminente Consultor da União, Doutor L. A. Paranhos Sampaio.

Como afirmado pelo ilustre Consultor da União, prolator do Parecer aqui adotado, embora não existam novos elementos ou fatos ensejadores da revisão, *“a proposta ministerial traz, indubitavelmente, elementos juridicamente relevantes para o acolhimento da prestação revisional”*.

A prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1.932, abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. É, o instituto da prescrição administrativa, elemento fundamental e indispensável à estabilidade *“das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores”* (Hely Lopes Meirelles, citado no item 23 do Parecer adotado).

Por essas razões, a inevitabilidade da revisão do Parecer JCF-11, de 30 de novembro de 1.992, publicado no Diário Oficial da União em 4 de dezembro de 1.992, Seção I, pág. 16.758.

Sub censura.

Brasília, 06 de outubro de 1993

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-4/93 (Anexo ao Parecer nº GQ-10)

EMENTA: Decreto nº 20.910/32. Prescrição quinquenal. Postulação deduzida perante a Administração Pública, objetivando rever ato com vício de nulidade, acha-se sujeita à prescrição quinquenal, na conformidade do que estabelece o Decreto nº 20.910/32. A matéria tem merecido do Poder Judiciário, através de iterativos arestos de seus Pretórios, entendimento divergente do consagrado no Parecer JCF-11, de 30.11.1992 (anexo ao Parecer CR/CG nº 01, de 11.02.1992), motivo pelo qual deve ser revisto, para se conformar à doutrina e jurisprudência vigorantes.

- Acatamento do Parecer CJ nº 074/MJ, de 25.03.1993, do Ministério da Justiça que abordou de modo correto os aspectos jurídicos da questão e as razões para a revisão pleiteada.

I - A PRETENSÃO REVISIONAL

O Senhor Ministro de Estado da Justiça, através da Exposição de Motivos nº 355, de 30 de julho do corrente ano, dirige-se ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República solicitando que seja ouvida esta Advocacia-Geral da União no que se refere à proposta estampada no Parecer CJ nº 074/93/MJ, (que aprovou), no sentido de se proceder à revisão do Parecer JCF-11, datado de 30 de novembro de 1992, da extinta Consultoria Geral da República.

2. Consigne-se, desde já, que o Parecer a ser revisto, da lavra do então Consultor-Geral da República, o eminente Dr. José de Castro Ferreira, analisou a questão alusiva à incidência da prescrição quinquenária sobre ato nulo, chegando à conclusão de que era inaplicável à hipótese suscitada no Processo nº 08500.09874/91-87, em que figura como interessado (...), o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

3. Sustenta o Senhor Ministro de Estado da Justiça, na sua argumentação, que, no referido pronunciamento, acentuou a então Consultoria-Geral da República que *“a Administração, podendo relevar o prazo do direito do servidor pleitear administrativamente, com mais razão se obriga a rever, a qualquer tempo, seu próprio ato ilegal, por força de disposição de lei. Ou seja: comprovada a existência de nulidade, não há que se falar em prescrição, porquanto o ato nulo não é alcançado por este instituto.”*

4. Ainda, dando continuidade às suas alegações, diz o signatário da Exposição de Motivos nº 355/93, que *“no mencionado parecer, sequer foi considerada a pacífica jurisprudência dos nossos pretórios, em especial do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a prescrição quinquenária a que alude o Decreto nº 20.910, de 06.01.1932, incide em matéria de nulidade de ato administrativo”*.

5. Pondera, a propósito, que a extinta Consultoria-Geral da República, por meio dos Pareceres S-011, de 12.03.1986; 261-T, de 30.04.1953; C-15, de 13.12.1960; H-76, de 17.09.1964; I-222, de 11.06.1976; L-211, de 04.10.1978 e P-33, de 14.04.1983, já argumentava que *“a orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito, mormente quando a interpretação emane do E. Supremo Tribunal Federal”*.

6. No entendimento do Senhor Ministro de Estado da Justiça, *“Tal circunstância, a par de acarretar sérios prejuízos ao erário público, provocará a instabilidade das relações jurídicas já consolidadas na doutrina e na pacífica jurisprudência dos nossos Tribunais.”* Conclui dizendo ser aconselhável a revisão da tese defendida no Parecer JCF-011/92, da extinta Consultoria-Geral da República, na conformidade do proposto no Parecer CJ nº 074/93/MJ, por ele aprovado.

II - O PARECER CJ Nº 074/93/MJ, DE 25 DE MARÇO DE 1993

7. A Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em data de 25 de março do ano em curso, exarou o Parecer CJ nº 074, da lavra da Coordenadora CEP/CJ/MJ, Dra. Rosa Maria de Guimarães Fleury, devidamente aprovado pelo ilustre Consultor Jurídico, Dr. Guilherme Magaldi Netto, sobre a matéria em exame. Merece destaque, no aludido Parecer, sua ementa:

“Ementa: Declaração de nulidade de ato administrativo. Prescrição quinquenal. Incidência.

1. A pretensão deduzida perante a Administração Pública para rever ato com vício de nulidade está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto 20.910/32, que não pode ser relevada.

2. 'A orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito, mormente quando a interpretação emane do Egrégio Supremo Tribunal Federal.' (CGR, PARECERES AGU Nº S-011, de 12.02.86, 261-T, de 30.04.53; C-15, de 13.12.60; H-76; I-222, de 11.06.73; L-211, de 04.10.78; P-33, de 14.04.83).

3. Sugestão de revisão do Parecer CR/CG nº 01/92, aprovado pelo Parecer JCF-011, porque conflitante com a jurisprudência consolidada, a doutrina predominante e o princípio da legalidade insculpido no art. 37, 'caput', da C.F."

8. A tese jurídica, consubstanciada na referida manifestação, foi desenvolvida devido a um questionamento do Departamento de Polícia Federal a respeito do entendimento esposado pela antiga Consultoria-Geral da República (Parecer CR/CG nº 01/92, anexo ao Parecer nº JCF-11, de 30 de novembro de 1992), sobre a prescrição quinquenal em matéria de nulidade de ato administrativo disciplinar, ao propor o deferimento do recurso do Delegado de Polícia Federal (...), anulando a punição que lhe fora imposta *"unicamente em razão da inexistência de processo regular para apuração da falta funcional, cuja ocorrência não é negada pelo Recorrente, e para aplicação da penalidade cabível."*

9. Utilizando-me de alguns excertos do mencionado Parecer CJ nº 074, buscarei enfatizar aqueles mais judiciosos, pelos quais se pretende enfrentar a decisão da extinta Consultoria-Geral da República, aprovada, diga-se de passagem, pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

10. Anoto, então, os seguintes tópicos pelos seus judiciosos fundamentos. Lembra, *ab initio*, a parecerista do Ministério da Justiça que a própria CGR defendia a tese da incidência de prescrição sobre atos nulos, em consonância com decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal e, também, pelos demais Tribunais pátrios. Registra, no que atine a esse ponto, o Parecer CGR/SR/73, cuja ementa determinava:

"Ementa: A prescrição não pode ser relevada. A Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que efetivamente nulos. Inocorrentes defeitos caracterizados de nulidade, prevalece o ato que se pretendeu anular, não o despacho anulatório."

Dando prosseguimento à sua argumentação, entende a parecerista que a extinta CGR, ao desavir da consolidada jurisprudência dos nossos tribunais, da doutrina predominante no respeitante aos atos administrativos já consolidados, especialmente, no âmbito disciplinar, dá ensejo a que se desestabilizem as relações jurídicas, além de acarretar *"sério descontrole aos cofres do Tesouro Nacional."*

11. Após trazer à colação vários ensinamentos de renomados administrativistas sobre prescrição administrativa, a autora do escoreito parecer faz citação de arestos de Tribunais, que merecem ser transcritos:

"Prescrição. Ato administrativo. Nulidade apontada por particular. Decurso do prazo de cinco anos. Reconhecimento da causa extintiva de acionar.

1. O Decreto nº 20.910, de 06.01.32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrentes de relação de serviço público.

2. A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação.

3. Se é certo que o ato administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso continua sempre vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação do interessado para o invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre.

4. Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma-se, estabiliza-se, não podendo mais ser anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial.

5. Sentença reformada. Provimento do recurso.” (Acórdão unânime do TRF - 5ªR. - AC nº 195-SE - Anexo IV, julgado em 03.08.89).

“... os termos da lei são incisivos, peremptórios mesmo: atinge a prescrição quinquenal que beneficia o Poder Público todo e qualquer direito e ação, seja qual for a sua natureza. Não distinguiu o legislador os direitos assegurados por lei ao servidor público, que se integram no seu ‘status’ para declará-los imprescritíveis. Na enfática e a até redundante afirmação de que prescreve em cinco anos todo e qualquer direito, seja qual for a sua natureza, não se podem ‘data venia’, entrever distinções. Todo e qualquer direito é, e ‘data venia’, só pode ser, todo e qualquer direito mesmo.” (RE nº 107.503-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, acórd. publ. na RTJ 106/1.095).

12. Em acréscimo aos sobreditos arestos, ainda, faz alusão, (com supedâneo em parecer do Dr. Sebastião José Lessa) ao entendimento publicizado por tribunais pátrios que julgaram a matéria em tela, no sentido de que são prescritíveis os atos considerados nulos: TFR-AC nº 010865/90-DF, *in* DJU 11.11.91; STJ-RE nº 30961/91-SP, *in* DJU 22.04.91; TRF-AC nº 0111885/90-GO, *in* DJU de 18.03.91; TRF-AC nº 0200233/89-RJ, *in* DJU 07.05.91; TRF-AC nº 0207673/90-RJ, *in* DJU de 02.05.91; STJ-RE nº 5559/90-SP, *in* DJU de 19.11.90.

13. E, ainda, diz que *“assume relevo na observância dessa diretriz o fato de que a própria Consultoria Geral da República sempre orientou no sentido de que a Administração não deve se posicionar contrariamente à jurisprudência solidamente firmada pelos Tribunais pátrios”* (PARECERES AGU Nº S-011, de 12.02.86; de 30.04.53, C-15, de 13.12.60; H-76, I-222, de 11.06.73; L-211, de 04.10.78; P-33, de 14.04.83).

14. Arrematando seu estudo, observa que no Parecer CR/CG nº 01/92, aprovado pelo de nº JCF-11, divergindo dessa orientação, entendeu a então Consultoria Geral da República por concluir que não incide prescrição quinquenária sobre atos nulos. Na sua ótica, *“equivale essa orientação no desatendimento do princípio da legalidade insculpido no ‘caput’ do artigo 37 da Constituição Federal, a par de provocar a instabilidade das relações jurídicas já consolidadas na doutrina e na pacífica jurisprudência de nossos Pretórios.”* Demais disso - como acentua - a prescrição quinquenária de que trata o Decreto nº 20.910/32 não pode ser relevada pela Administração Pública vez que, *“trata-se, no caso, de norma pública a cujo império não se pode subtrair o administrador”* (cf. Antonio Balbino, CGR, 474/1961 - 052).

15. Ante a farta argumentação produzida, tem por aconselhável sugerir que seja revista a tese defendida no Parecer CR/CG nº 01/92, aprovado pelo Parecer JCF-11, da extinta Consultoria Geral da República.

III - O PARECER CR/CG Nº 01/92, ANEXO AO PARECER Nº JCF-11, DE 30.11.1992, QUE SE PRETENDE VER REEXAMINADO

16. O eminente ex-Consultor-Geral da República, Dr. José de Castro Ferreira, ao homologar e subscrever o Parecer CR/CG nº 01/92, de autoria do ilustre Consultor da

República, Dr. Carlos Galiza (recentemente falecido), ao apreciar a questão objetivada no sobredito pronunciamento, assim se manifestou:

“Com efeito, aos servidores de certos cargos públicos (militares, policiais e assemelhados) não é possível o abandono de posto ou missão de serviço, com o descumprimento de normas regulamentares, sob a alegação de motivos de ordem pessoal, ainda quando relevantes.

Assim, o deferimento do recurso, se assim entender o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, há que ser unicamente em razão da inexistência de processo regular para apuração da falta funcional, cuja ocorrência não é negada pelo Recorrente, e para aplicação da penalidade cabível.”

17. Vê-se, da leitura de antedita homologação, que o ilustrado ex-Consultor-Geral, que honrou a extinta Consultoria Geral da República com sua nobre presença, não se referiu sobre a tese defendida no Parecer CR/CG nº 01/92, segundo a qual *“não incide a prescrição quinquênária sobre ato nulo, sendo, de consequência, inaplicável (ao caso ocorrente) o Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1.932.”*

Inobstante essa falta de alusão ao instituto da prescrição, homologou e subscreveu Sua Excelência supracitada manifestação, convalidando-a.

18. Com o fito de se conhecer melhor a feição jurídica do Parecer CR/CG nº 01/92, trago a cotejo alguns de seus pontos principais, desvencilhando-me da parte atinente ao histórico do caso ocorrido:

“9. No entanto, o titular da Consultoria Jurídica, entendendo que o ato para o qual pretende o policial a sua desconstituição data de 03.02.78, opinou pelo indeferimento, em razão da prescrição, o que teve o aprova ministerial.

10. A tese esposada pela Consultoria Jurídica daquela Pasta procura assentar-se no exame da prescrição firmada no Decreto nº 20.910, de 06.01.32, na visão de que a declaração de nulidade do ato administrativo, por iniciativa do poder público, se sujeita ao limite temporal fixado para prescrição de direito de ação do administrado, e que esta só pode ser relevada pela administração, salvo se quinquenal.

11. Subsistindo a prescrição quinquenal contida no Decreto nº 20.910/32, o recorrente também não obedecera ao prazo estabelecido no art. 335, incisos I e II do Decreto nº 59.310/66 (regime jurídico peculiar dos funcionários policiais civis da União e Distrito Federal), o de exercer o seu direito de pleitear na esfera administrativa em cento e vinte dias.

12. Posta a decisão ministerial nestes termos é sobre ela o exame desta Consultoria, à vista do que contém o pleito do servidor policial ao Senhor Presidente da República.

13. Respalda-se o pedido no art. 5º, inciso XXXIV, letra ‘a’ da Constituição de 1.988, que assegura a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso do poder. Invoca-se no pedido a eficácia do art. 114 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1.990, que estabelece que a administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.

14. O direito de petição é lícito ao servidor, visando a obter uma decisão presidencial em defesa de seu interesse pessoal.

15. A norma jurídica contida no art. 114 da Lei nº 8.112/90 é geral e vinculatória para todos, e impositiva para que a administração pública possa rever o ato se contaminado de ilegalidade. Cuido que o legislador, ao autorizar a revisão, a qualquer tempo, exclui à Administração a submissão de prazos prescricionais, conquanto apurada a ilegalidade. Se o servidor tem uma relação peculiar com a Administração pública, os atos desta, a que se sujeita, não podem deixar de obedecer ao princípio de legalidade. Como consequência disto, os atos ditados pela Administração devem estar submetidos à lei.

16. Como matéria disciplinar, o ato administrativo da punição funcional teria de resultar de um processo de apuração de responsabilidade do servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições. Esta tem sido a tradição do direito brasileiro.

17. Se o ato administrativo deixou margens a dúvidas, e não se sujeitou a uma forma legalmente imposta, - como parece ser o que foi impugnado pelo Delegado da Polícia Federal neste processo -, e ilegítimo e não se tornou válido pelo tempo decorrido. O ato administrativo viciado de ilegalidade, com efeito, não pode continuar sempre viciado, no âmbito da administração, em questão disciplinar, pela invocação do instituto da prescrição.

18. A transgressão disciplinar cometida pelo servidor não se define como norma penal. A infringência deu-se ao que prescreve o item XXX, do art. 364, do Decreto nº 59.310/66, ou seja, ter faltado ao serviço, deixando de participar, com antecedência à autoridade a que estava subordinado, a impossibilidade de comparecer à repartição.

19. Não se compadeceu a autoridade superior do justo motivo apresentado pelo servidor policial da razão facta de sua ausência. Puniu-o com um (1) dia de suspensão e transformou a punição em multa, na conformidade do § único, do art. 205 da Lei nº 1.711/52.

.....

27. A invocação do decurso do prazo prescricional, com fundamento no Decreto nº 20.910, de 6.1.32, para indeferir o pedido do recorrente não pode prosperar. Na realidade, no caso em espécie, não se trata de ação do interessado contra a Fazenda Pública.

28. Sua pretensão, não se insere em perecimento do seu direito. Pelo contrário, a regra instituída no art. 114 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é impositiva em que a administração reveja seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.

29. A Administração, podendo relevar o prazo do direito do servidor em pleitear administrativamente, com mais razão se obriga a rever, a qualquer tempo, seu próprio ato ilegal, por força de disposição de lei. Ou seja: comprovada a existência da nulidade não há que se falar em prescrição, porquanto o ato nulo não é alcançado por este instituto.

30. Se a autoridade policial a quem estava subordinado o então Escrivão de Polícia Federal não recebeu dele, diretamente, a participação, com antecedência, de sua viagem a Porto Alegre, e a impossibilidade de comparecer ao serviço - o que seguramente configuraria o justo motivo - nem por isso se excluía de proceder breve sindicância, realizada em vinte e quatro horas, contados do fato gerador da punição, para então apreciar se houve ou não o motivo justo do seu não comparecimento à repartição.

31. Nestas condições, pelos elementos constantes do processo o parecer é pelo provimento do recurso interposto pelo Delegado de Polícia Federal, (...), ao Senhor Presidente da República, para ser declarada nula a pena de suspensão de 1 (um) dia, aplicada pela Portaria nº 06/GAB/SR/SC, de 30.1.78, publicada no B.S. nº 29, de 3.2.78, restabelecendo-se todos os direitos atingidos pela mencionada punição.”

IV - REVISÃO DE DECISÃO PRESIDENCIAL

19. Antes que nada, é necessário enfatizar que o objeto da presente proposta, oriunda do Ministério da Justiça, se me apresenta como matéria relevante, digna, portanto, de merecer uma orientação normativa, capaz de solucionar questões desse jaez na órbita administrativa.

20. Por via de regra, tinha a extinta Consultoria Geral da República e, atualmente, a Advocacia-Geral da União, como meta não proceder à revisão de decisão presidencial, a não ser que elementos novos, merecedores de ponderação, fossem oferecidos pelo interessado. Também, tenho-me mostrado infenso às revisões quando não hajam sido trazidos à colação novos fatos que a possam ensejar. Na espécie, entretanto, penso, salvo melhor entendimento, que a solicitação deve merecer acolhida, isto porque, os elementos jurídicos apresentados no Parecer CJ nº 074/93/MJ são bastantes para se chegar à conclusão de que, na verdade, toda pretensão exposta perante a Administração Pública com a finalidade de rever ato contaminado com vício de nulidade acha-se sujeita à prescrição quinquenal consignada no Decreto 20.910/32, não podendo ser relevada sob pena de acarretar - como ficou patenteado na E.M. nº 355/MJ - danosas consequências ao serviço público.

21. A análise detida da espécie dos autos em que figura como interessado o DPF (...) evidencia, de modo irretorquível, que tanto a jurisprudência consolidada como a doutrina predominante, entram em colisão com os argumentos lançados pelo autor do Parecer CR/CG nº 01/92.

22. A proposta ministerial traz, indubitavelmente, elementos juridicamente relevantes para o acolhimento da pretensão revisional. Basta que sejam observados, por exemplo, os arestos de vários Pretórios trazidos à baila, certamente não examinados por ocasião da feitura do parecer, por isso mesmo capazes de desconstituí-lo. Isto tudo sem contar com outros pronunciamentos precedentes da extinta Consultoria Geral da República, nos quais era defendida a tese da incidência de prescrição sobre atos nulos.

23. Também há que se considerar as opiniões abalizadas de Hely Lopes Meirelles e Regis Fernandes de Oliveira, ambos citados em abono à pretensão revisional, que entendem, o primeiro deles, que *“O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores”*, o segundo, que *“... a matéria da prescrição deve ser analisada à vista do sujeito que pode pleitear a decretação de sua invalidade”* e que *“se se cuida do administrador, temos prazo de cinco (5) anos, pouco importando tratar-se de ato nulo ou anulável (se se pretende adotar a terminologia), isto porque está expresso no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6.01.1932, que todo e qualquer direito contra a Fazenda Pública, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos”*. (in, respectivamente, *“Direito Administrativo Brasileiro”* - 17ª ed. atualizada p/ Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho: 1992:583/84; e *“Ato Administrativo”*, RT, 1978: 122/125, cf. citação contida no Parecer CJ nº 074/93).

24. Assim, nada de obviedade mais direta e transparente do que prescrição quinquenária tratada no Decreto nº 20.910/32. Não pode, portanto, ser relevada pela Administração Pública pois que, como norma pública, obriga o administrador ao seu cumprimento. Nesse

direcionamento é, inclusive, o disposto no art. 112 da Lei nº 8.112/90 que assim reza: “A *prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração*”.

25. Sem muito exercício de hermenêutica, pode-se demonstrar que tema referente à passagem do tempo no âmbito da Administração Pública há que ser considerado sob dois aspectos: de um lado, aquele atinente à via administrativa, que se constituiu nos direitos pleiteados, exercitados através de requerimentos, recursos administrativos e outros expedientes, sujeitos a prazos; de outro, os direitos exercitados em desfavor da Administração Pública postulados pela via *juris*.

26. O uso da expressão prescrição administrativa tem sido bastante criticado por renomados administrativistas pátrios, como, por exemplo, Hely Lopes Meirelles, para quem “a *prescrição como instituto jurídico pressupõe a existência de uma ação judicial apta à defesa de um direito, porque ela significa a perda da respectiva ação, por inércia do seu titular. Mas, impropriamente se fala em prescrição administrativa para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração ou para manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público.*” (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 13ª ed., 1987:578).

A crítica do saudoso mestre de São Paulo tem sua razão de ser porque se utiliza a idéia essencial de uma figura jurídica no âmbito administrativo justamente como empecilho à atuação da Administração Pública pela passagem do tempo. Essa figura é justamente a prescrição administrativa, dotada de singularidade, quando não envolve ação na via *juris*, estudada pelo Direito Civil.

Mas, doutrinadores, sobretudo no campo do Direito Administrativo, têm aceito a utilização dessa figura (ou instituto, como desejam alguns deles) para resolver questões relativas à passagem do tempo ou decurso de prazos atinentes à atuação da Administração ou a direitos postulados na via administrativa.

27. Deixando de lado as discussões jurídicas que o tema sugere, mesmo porque não é este o objetivo que se propõe neste estudo, devo dizer que o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, uma das raridades em matéria normativa, já que possui mais de sessenta anos de vigência, dispõe sobre a prescrição quinquenal estabelecendo prazo genérico para o que chama de “reclamação administrativa”, nos seguintes termos: “Art. 6º. O direito à *reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulado, prescreve em um ano a contar da data ou do fato do qual a mesma se originar.*” Observe-se, então, que emprega o verbo prescrever para a via administrativa, dando, desse modo, um sentido translativo à verdadeira acepção em que é empregado o instituto da prescrição no Direito Civil.

28. Embora seja um ato normativo de 1932, *avis rara* neste País, o art. 6º, antes citado, não contém norma redundante, tampouco imprecisa. É clara e não está a permitir lucubrações profundas a respeito de sua aplicação. Não se pode relegar ao oblívio a certeza incontestável de que toda pretensão postulada perante a Administração Pública com o fito de rever ato com vício de nulidade acha-se sujeita à prescrição quinquenal consagrada no Decreto nº 20.910/32, que não pode, sob pretexto algum, ser relevada.

29. A chamada prescrição administrativa, na esfera do poder disciplinar, significa a impossibilidade de ser aplicada punição por parte da Administração Pública após o decurso de certo lapso de tempo, vigorando, portanto, no universo da estrutura organizacional do Estado, o princípio da prescritibilidade da sua pretensão punitiva. Não importa se o ato punitivo esteja eivado de nulidade por defeito de competência, de finalidade, de forma, de

motivo, e defeito de objeto; o certo é que ocorre a prescrição, que a Administração não pode relevar.

30. Convém ressaltar, por oportuno, que a Constituição da República vigente, no § 5º do art. 37, determina a fixação, através de lei ordinária, de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente (político, público) servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Ora, se a Lei Fundamental adota a regra da prescritibilidade de ilícitos que acarretam danos ao erário, evidentemente prescrevem, do mesmo modo, todos os demais ilícitos que sejam prejudiciais ao bom desempenho dos serviços administrativos.

31. Como se percebe, levando-se em consideração que a matéria em epígrafe tem merecido do Judiciário, através de iterativas manifestações, entendimento divergente do consagrado no Parecer JCF-11, de 30.11.1992, da extinta Consultoria-Geral da República, creio, salvo melhor juízo, que se me afigura plausível o reexame da questão, na linha de procedimento esposada no Parecer CJ nº 074/93/MJ, o qual, por inteiro, endosso.

V - CONCLUSÃO

32. Em face do exposto, há que se concluir, necessariamente, pela revisão do Parecer JCF-11, de 30 de novembro de 1992 (anexado ao Parecer CR/CG nº 01, de 11 de fevereiro de 1992), uma vez que conflitante com a doutrina predominante, com a pacífica jurisprudência dos Tribunais pátrios e, ainda, com manifestações precedentes, emanadas da extinta Consultoria-Geral da República.

Sub censura.

Brasília, 17 de setembro de 1993.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade detectada em processo administrativo disciplinar (PAD) implica designação de nova comissão de inquérito, não havendo previsão legal para convertê-lo em sindicância. Sindicância não é pré-requisito do PAD.

PARECER AGU Nº GQ-25

NOTA: A respeito deste Parecer, o excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo, em face das informações. Em 9.8.94”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23000.011660/91-03

ORIGEM: Ministério da Educação e do Desporto

ASSUNTO: Conversão de processo administrativo disciplinar em sindicância, porque eivado de vícios concernentes a cerceamento de defesa.

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-6/94, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo.

Brasília, 09 de agosto de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-6/94 (Anexo ao Parecer nº GQ-25)

EMENTA: Na hipótese em que o processo disciplinar esteja inquinado do vício de cerceamento de defesa, deve ser declarada sua nulidade e designada nova comissão de inquérito para proceder à nova apuração dos fatos, mas se não o converte em sindicância, dada a inadequação dessa medida com a situação apuratória dos fatos e a falta de previsão legal, para tanto.

PARECER

Torna a esta Instituição o presente processo administrativo disciplinar, mediante despacho do Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, exarado de ordem, a fim de que, a pedido do Sr. Ministro de Estado da Educação e do Desporto (v. E.M. nº 130/MEC, de 29/6/94), seja emitido novo pronunciamento a respeito do assunto nele tratado.

2. Em 7 de fevereiro do ano em curso, o Senhor Presidente da República sufragou o Parecer nº GQ-12, da mesma data, em que o douto Advogado-Geral da União adotou o Parecer nº AGU/WM-2/94, de 24 de janeiro de 1994, versando sobre divergências de ordem jurídica verificadas entre as unidades jurídicas da Secretaria da Administração Federal e Ministério da Educação e do Desporto. No último pronunciamento, concluiu-se pela necessidade de colher-se a audiência da SAF, com o intuito de ser precisado em que consiste a nulidade processual suscitada nos autos, previamente à decisão presidencial, exigida nos arts. 167, § 3º, e 169 da Lei nº 8.112, de 1990.

3. Na seqüência, o Sr. Ministro-Chefe da SAF submeteu à consideração do Senhor Presidente da República sugestão para que se acolhesse uma das seguintes alternativas, *ipsis litteris*:

“5.1. - Converter, em caráter excepcional, o presente Processo Administrativo Disciplinar (nº 23000.011660/91-03) em Sindicância, determinando ao Senhor Ministro da Educação e do Desporto que instaure Processo Administrativo Disciplinar para apurar a responsabilidade de servidores que os autos dão notícias de terem praticado irregularidades no âmbito daquele Ministério, passando os presentes autos a integrar o processo disciplinar a ser instaurado, como peça informativa de instrução; ou

5.2. - Declarar, com arrimo no artigo 169 da Lei 8.112/90, a nulidade parcial do processo, referente aos atos, adiante descritos, praticados pela Comissão Processante constituída nos termos da Portaria nº 1.917, de 23.10.91, do Senhor Ministro de Estado da Educação (fls. 06), ordenando a essa autoridade que instaure novo processo administrativo disciplinar e constitua outra comissão processante, com a obrigação de reabrir a instrução probatória, produzir novas provas e/ou ratificar/retificar as provas existentes, mediante a participação dos acusados, previamente notificados para tais fins, bem como praticar os demais atos que se fizerem necessários à completa e correta apuração das responsabilidades pelos ilícitos administrativos noticiados nos autos em questão;

5.2.1. - Declarar a nulidade parcial do ato constante de fls. 41/42 (Ata nº 02), no que se refere aos termos: ‘Deliberamos que há dados suficientes quanto à inúmeras irregularidades praticadas, num determinado espaço de tempo, por alguns servidores, em face disso, optamos pela oitiva de vários deles, que indistintamente serão convidados a prestar esclarecimentos a partir de 09.12.91’;

5.2.2. - Declarar a nulidade total dos atos de fls. 84/92, sob o título Instrução; de fls. 145, pelo qual o ‘servidor aposentado (Assistente Jurídico) Dr. (...)’ foi declarado revel; e de fls. 172/193 (Relatório).”

4. Em 2 de maio último, “*face as informações da S.A.F. e da A.G.U.*”, o Presidente da República aprovou a alternativa do subitem 5.1 da Exposição de Motivos nº 138/SAF/PR, de 18/4/94, para se converter “*em sindicância o Processo Administrativo Disciplinar nº 23000.011660/91-03, com vistas à instauração de novo processo administrativo disciplinar, a fim de apurar irregularidades apontadas nos autos*” (doc. de f. 344).

5. O MEC, após o reexame do assunto pela sua douta Consultoria Jurídica, alvitrou se colhesse novo parecer desta Advocacia-Geral (cfr. a E.M. nº 130/MEC, de 29 de junho de 1994), em vista de sua ilação de que a sugestão feita pela SAF se afigura dissonante do pronunciamento desta Instituição e das normas pertinentes ao assunto.

6. O possível cerceamento do direito à ampla defesa foi evidenciado pela douta Assessoria Jurídica da SAF, de forma percuciente (fls. 4/9 do Parecer Asjur/SAF/PR nº 187/94). No mesmo expediente, são aduzidas as seguintes razões de ordem jurídica que seriam capazes de justificar a sugestão a que alude o item 3 deste Expediente, alçada à consideração presidencial:

“A afirmação de que ‘a notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i., a fim de garantir o exercício do direito que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112’ é de difícil execução, quase impossível, é de ser dito, em processos administrativos disciplinares que não são antecidos de sindicância, na qual se aponta os acusados e os dispositivos legais transgredidos. Faça-se exceção aos processos disciplinares de apuração de responsabilidade por

abandono de cargo e inassiduidade habitual, nos quais a autoria e o fato típico infracional são sempre conhecidos, através de atestado negativo de frequência, fornecido pelo setor competente da Administração Pública, que faz prova 'juris tantum' (até que se prove o contrário).

É de se ter sempre presente, além disso, que a leitura atenta dos três primeiros artigos da Seção I - Do Inquérito, da Lei 8.112/90, conduzem a uma interpretação de que, de ordinário, o PAD deve ser precedido de sindicância. Reproduza-se, 'ipsis verbis', tais artigos:

Art. 153 - O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

Art. 154 - Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Parágrafo único - Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar'.

Feita essa observação, impõe-se indagar: como se fazer a prefalada notificação 'imediatamente após a instalação do c.i.', se são desconhecidos os autores das irregularidades que se quer apurar, uma vez que o processo administrativo disciplinar foi instaurado sem sindicância prévia que possibilitasse apontar os acusados que se busca responsabilizar?

Em que pese a grandeza dessa dificuldade, far-se-á todo o esforço possível para 'se precisar em que consiste a suscitada nulidade do presente processo disciplinar', sem se afastar da letra do retro citado parecer da AGU ou se afastando o mínimo possível dela.

Das Nulidades. Preliminarmente, há de ser registrado que os autos do processo em questão revelam que a Comissão de que trata a Portaria nº 1.917, de 23.10.91 (fls. 06) produziu um trabalho que está muito mais para Sindicância do que para Processo Administrativo Disciplinar. Em razão disso, o mais aconselhável seria converter-se este pseudo Processo Administrativo Disciplinar em Sindicância e não se decretar a nulidade de todo o processo ou de determinados atos praticados pela comissão prefalada. Isso, contudo, passou a se apresentar temerário em decorrência do multicitado parecer da AGU. Em que pese tanto, é de se opinar, mais adiante, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República que, em caráter excepcional, considere a hipótese disso ser efetivado, evitando-se, com isso, um tempo maior para a responsabilização daqueles que praticaram os ilícitos noticiados nos autos.

Cerceamento do Direito à Ampla Defesa. O princípio da ampla defesa expressado pela Constituição Federal (art. 5º, LV) é sagrado e não pode ser diminuído, restringido, quer direta quer indiretamente. Em síntese, esse princípio não pode ser comprometido. Compete, também, às Comissões Processantes, em Processo Administrativo Disciplinar, defendê-lo, preservá-lo. O Processo Administrativo Disciplinar, nos termos da Lei 8.112/90, é constituído de três fases: instauração, inquérito administrativo e julgamento (art. 151). A fase do inquérito administrativo subdivide-se em três subfases: instrução, defesa e relatório. A instrução, também chamada instrução probatória ou instrução processual ou, ainda, instrução processual probatória, destina-se a carrear para os autos todos os elementos extrínsecos e intrínsecos, ligados ao(s) fato(s) infracional(is) e ao(s) seu(s) responsável(is) acusado(s), de modo a demonstrar a verdade formal para receber a justiça decisória. Ela tem um termo inicial e um

termo final. O termo inicial da instrução probatória nada mais é que o Termo de Abertura da Instrução. Nele, além de se declarar inaugurada a instrução probatória, deve fazer-se referência ao que consta do ato de instauração do PAD, em especial ao que se relaciona com o fato típico infracional, aos dispositivos legais tidos como infringidos e ao(s) nome(s) do(s) acusado(s) da prática do(s) ilícito(s), deve se consignar a decisão de citar-se o(s) acusado(s) para conhecer(em) das mesmas, para que possa(m) exercer(em) o direito de ampla defesa e, em especial, aqueles direitos previstos nos artigos 153, 155 e 156 da Lei 8.112/90. Enquanto não se têm esses elementos (nome do(s) acusado(s) e o fato(s) infracional(is)), porque o PAD não se iniciou precedido de uma regular Sindicância, não há como se declarar aberta a instrução processual. E a 'reparação' desse erro só é possível se a Comissão Processante do PAD realizar, antes de abrir a instrução processual, uma sindicância, uma investigação para obter os elementos prefalados. Como operacionalizar-se a supradita citação, que deve ser pessoal, não se sabendo quem são os acusados e/ou os fatos objeto da acusação?!"

7. Face ao exposto, impõe-se dirimir, *de lege lata*, os casos em que as irregularidades se apuram mediante sindicância ou processo disciplinar, prescindindo este da preliminar verificação das infrações através da primeira.

8. A apuração da conduta anti-social do servidor se efetua por intermédio de sindicância ou processo administrativo disciplinar, dependendo da infração e das circunstâncias em que foi cometida. Na conformidade da orientação firmada por intermédio dos citados Pareceres ns. QG-12 e AGU/WM-2/94, com o caráter normativo, por força dos itens X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o *"legislador utilizou a alternativa "ou" considerando haver variação na natureza das irregularidades e no grau de dificuldade de sua constatação. Há aquelas facilmente verificáveis de conseqüências revestidas de tal gravidade que a lei preconiza medidas drásticas restritivas de direitos, mais compatíveis com uma apuração de rigor, cujos ritos são contidos em lei. Em vista dessa linha de valoração, não discrepou a lei ao estatuir que da sindicância exsurge a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão de até trinta dias e instauração de processo disciplinar. Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito. A declaração de nulidade processual não implica realização de sindicância, visto que, não obstante o processo conter vício, a situação da coisa ou fato já foi objeto de investigação e se tem a certeza que compele a autoridade a expedir o ato de instauração de novo processo, na conformidade do preceituado explicitamente na Lei nº 8.112, art. 169."*

9. A sindicância se realiza também mediante diligência ou outros meios de coleta de provas para determinar a verdade dos fatos a serem apurados, equivalendo a uma investigação. Os elementos probatórios assim coligidos podem indicar o arquivamento do processo originário da ciência de irregularidade, a aplicação da penalidade de advertência, ou de suspensão de até trinta dias, ou a instauração do processo disciplinar (cfr. os arts. 143 e 144 da Lei nº 8.112, de 1990).

10. A positividade das normas pertinentes à sindicância e ao processo disciplinar não prescreve a realização da primeira, em regra previamente à instauração deste. A simples leitura dos arts. 153 e 154 da Lei nº 8.112, de 1990, já o demonstra. Atenta à natureza da infração e às circunstâncias em que esta se verifica, a autoridade competente deve aquilatar se da sua apuração poderá resultar a advertência, a suspensão de até trinta dias ou a infligção de penalidade mais grave, a fim de determinar a modalidade de apuração, se a realização de

sindicância ou a abertura de processo. Em se insinuando dúvida razoável a respeito da prática da infração ou de sua autoria, e dependendo de sua gravidade, a autoridade competente deverá ter discernimento suficiente para determinar a realização de investigação prévia (a sindicância), com vistas à verificação da necessidade de proceder, ou não, à cabal apuração das irregularidades, através do processo disciplinar.

11. Várias são as infrações que, pelas suas características, são suscetíveis de proporcionar a convicção da necessidade de efetivar sua apuração mediante processo disciplinar, prescindindo de sindicância, como exemplificativamente nas hipóteses de participação de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercício de comércio; atuação junto a repartições públicas, na qualidade de procurador ou intermediário; recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie; aceitação de comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro; prática de usura; procedimento desidioso; cometimento ao servidor de atribuições estranhas ao cargo que ocupa; incontinência pública e conduta escandalosa; insubordinação grave em serviço; ofensa física, em serviço; e acumulação ilegal de cargos e empregos.

12. Estatui o *caput* do art. 37 da Carta Magna que a Administração deve pautar sua atuação pela observância de vários princípios, dentre os quais se insere o da legalidade, cuja consequência imediata é o administrador público adstringir suas atividades aos permissivos da lei, em sentido amplo, sendo defeso fazer-se o que as normas legais não permitem.

13. A conversão de processo disciplinar em sindicância não encontra supedâneo na lei de regência, nem essa medida se adequaria à finalidade de ambos os institutos, pois esta pode ser realizada também para averiguações destinadas a dilucidar se é imperativa a abertura do primeiro, isto é, à sindicância pode suceder o processo disciplinar. Em vista de os fatos terem sido apurados, mesmo que com possíveis vícios, mediante o presente processo, careceria de sentido lógico convertê-lo em sindicância para efetuar investigações e proporcionar defesa próprias do rito processual, *ex vi legis*, especificamente no inquérito, que se constitui em fase da apuração de rigor (item II do art. 151 da Lei nº 8.112, de 1990). O caráter subsidiário da indicição é emanante dessa Lei, *verbis*: “Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução”, a qual pode não ser considerada como bastante para a completa apuração das irregularidades, face à realidade fática e às seguintes prescrições legais: “Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito. Art. 155. Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos”.

14. A nulidade de que porventura estiver revestido o processo disciplinar da espécie implicará compulsória declaração dessa situação, reconhecendo-o inexistente na ordem jurídica. Ressai dessa constatação a inviabilidade jurídica de sua conversão em sindicância.

15. Indica a necessidade de os autos retornarem à apreciação do MEC, no que se refere às nulidades argüidas pela SAF (fls. 332/7), condicionada esta medida à deliberação do Senhor Presidente da República e observada a orientação contida nos Pareceres de fls. 304/10, o entendimento de que as Consultorias Jurídicas dos Ministérios “possuem competência definitiva, em suas áreas de atuação, apenas subordinadas às orientações normativas do Advogado-Geral da União. Somente nos casos de discordância entre órgãos jurídicos de igual hierarquia é que o assunto se torna suscetível de apreciação do Advogado-Geral da União, por provocação do Presidente da República, a fim de manter uniformidade no sistema jurídico do Poder Executivo” (Parecer nº AGU/LA-02/94, do ilustre Consultor da

União, Dr. Luiz Alberto da Silva, adotado pelo douto Advogado-Geral da União, in D.O. de 3 de junho de 1994).

Sub censura.

Brasília, 13 de julho de 1994.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Notificação do depoimento de testemunhas ao envolvido. Oitiva de testemunha após o interrogatório do acusado. Cerceamento de defesa requer comprovação do efetivo dano à defesa. Indicação de irregularidade e autor na portaria de instauração. No processo administrativo disciplinar (PAD), conteúdo dos autos prevalece em relação à sua forma. Sindicância não é pré-requisito do PAD e a validade deste não depende da validade daquela.

PARECER AGU Nº GQ-37

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo, em face das informações. Em 10.11.94.”* Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 18/11/94, pg. 17369 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 23115.000064/93-19

ORIGEM: Universidade do Maranhão.

ASSUNTO: Declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar, em decorrência da inobservância do contraditório e da ampla defesa.

Adoto, para os fins e efeitos dos art. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-13/94, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo.

Brasília, 09 de novembro de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-13/94 (Anexo ao Parecer nº GQ-37)

EMENTA: O servidor envolvido na prática de infrações disciplinares, objeto de processo administrativo, há de ser notificado a respeito dos depoimentos das testemunhas, em consequência de o inquérito jungir-se ao princípio do contraditório. No entanto, a quantidade de provas, inclusive a reiterada confissão do servidor e seu representante legal, que evidencie, de forma inconteste, a existência do fato, a autoria e a ampla defesa assegurada, autoriza a ilação da regularidade do apuratório. É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa. Às informações consignadas na indicição, por força do art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, não se acrescem formalidades desprovidas de previsão legal, de modo a obstar a validade de documento adequado, inquinando de nulidade o processo disciplinar. Com o intuito de impedir influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade, não se consignam, no ato de instauração do processo disciplinar, os ilícitos e respectivos preceitos transgredidos, bem assim os possíveis autores. Por imperativo de Lei, são adnumerados na indicição. A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório.

PARECER

O Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, de ordem, submeteu o presente processo administrativo disciplinar à apreciação desta Instituição, em face da divergência, de ordem interpretativa, estabelecida entre as duntas Consultorias Jurídicas do

Ministério da Educação e do Desporto e da Secretaria da Administração Federal, objetivando, assim, a pacificação da incidência das normas de regência da matéria.

2. Os aspectos a serem dilucidados são pertinentes à apuração de infração cometida por (...), titular do cargo de Vigilante da Universidade Federal do Maranhão, consistente no furto de dois cilindros, um de oxigênio e, o outro, de nitrogênio, pertencentes àquela instituição de ensino. É suscitada a nulidade do apuratório, em decorrência de ter-se inobservado o contraditório e a ampla defesa, sob a alegação de que:

a) o servidor não foi notificado a respeito do depoimento de duas testemunhas, o qual contém elementos probatórios capazes de formar convicção quanto à sua culpabilidade;

b) o depoimento do acusado antecedeu outros;

c) o acusado não teria sido indiciado, mas apenas, de maneira inadequada, “citado” para apresentar defesa, sem atentarem para o disposto no art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990.

3. O aspecto a que alude a alínea a do item anterior tem estreita pertinência com o princípio do contraditório, que, necessariamente, há de ser respeitado na apuração de infrações disciplinares, mediante processo administrativo disciplinar, na conformidade dos arts. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, e 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

4. O contexto do presente processo disciplinar e a oportunidade indicam a conveniência de se reproduzir a preleção de Celso Ribeiro Bastos, no respeitante aos institutos da ampla defesa e do contraditório, *verbis*:

“O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualação não pode ser absoluta porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se.

Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes. A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu. Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu. Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz. É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o

magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento.

Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo.” (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1989, 2ª vol., p. 267)

5. Nessa linha de raciocínio, é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado, pois, no caso, há o furto fartamente documentado, na área policial e na administrativa, e, precipuamente, a confissão do servidor, em seu depoimento e, de forma implícita, na própria defesa.

6. Efetivamente, o representante legal do indiciado, à f. 147 (excerto que se extrai da peça de defesa), reconhece a autoria da infração, *ipsis verbis*:

“Os testemunhos colhidos no decorrer do Processo confirmaram, em primeiro lugar, que o indiciado estava atravessando graves dificuldades financeiras deixando inclusive de pagar as prestações do imóvel que havia financiado pela Caixa Econômica Federal conforme docs. anexos, com sério problema de saúde mental de seu filho (docs. anexos), necessitando inclusive de freqüentes internações médicas, associadas a uma crise conjugal que levaram até a dissolução de seu casamento (doc. anexo), desestabilizando-o e impedindo-o de agir, no momento da prática da infração, de acordo com o seu livre arbítrio.”

7. À exceção feita aos dois aludidos depoimentos, em que o interessado, ou seu representante legal, não esteve presente, os demais, e são numerosos, foram tomados com sua assistência. O volume e a expressividade das provas coligidas, e a própria confissão, tornam despidiendos os dois depoimentos para a formação do juízo sobre o fato ilícito e a autoria.

8. A esse propósito, atente-se para as expressões de Celso Ribeiro Bastos (v. o item 4 deste expediente): impõe-se avaliar “*se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento*” (o do magistrado). “*Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo*”. Ainda, considere-se, na espécie, a reiterada confissão do indiciado.

9. Não obstante haver alegado casos de nulidade processual, é o próprio indiciado quem, na defesa (f. 148), reconheceu a plausibilidade de sua apenação, mesmo de forma alternativa, *verbis*:

“Ante o exposto, requer sejam acolhidas as preliminares levantadas, determinando-se o arquivamento do processo ou, na hipótese improvável de superação das preliminares, que sejam levados em conta pela autoridade julgadora todas as circunstâncias atenuantes aqui expendidas.”

10. Noutra parte da defesa (f. 147), igualmente é admitida a ilicitude da conduta funcional do indiciado, *verbis*:

“Subsidiariamente, devem ser considerados os elementos excludentes da ilicitude presentes no Código Penal, entre os quais está previsto o estado de necessidade, bem como pelo fato que não houve premeditação e nem prejuízo financeiro à Universidade. Estes elementos, associados à

primariedade do indiciado, justificam o argumento de que a aplicação da pena de demissão é inadequada, por dois motivos:

a) a pena de demissão é a ‘pena de morte’ do servidor público, isto é, não permite a recuperação, não ressocializa, não reeduca; é uma penalidade puramente vingativa e retributiva, só se justificando em casos de lesões de grande monta ao interesse público e/ou de uma significativa depreciação do patrimônio da Administração. Neste passo, cabe indagar: será que dois velhos e inservíveis balões de oxigênio, abandonados a anos em um dos muitos galpões da Universidade, valem tanto quanto toda a história de vida de um servidor público sem nenhuma mácula funcional anterior?

b) todos os manuais do intitulado Direito Disciplinar do Trabalho são unânimes em afirmar a necessária proporcionalidade entre a infração e a pena, tendo em vista que o excesso punitivo leva à nulidade da penalidade imposta. Nesse sentido, a pena de demissão proposta pela Comissão Processante inobserva tais preceitos, pois não leva em conta as circunstâncias atenuantes que cercam o caso, bem como o pequeno potencial ofensivo da infração praticada.”

11. Em requerendo se considerem as atenuantes entendidas de relevância para a inflição da penalidade, nos termos dos excertos da defesa acima reproduzidas, reconhece o indiciado, através de seu representante legal, a existência do fato anti-social e a autoria, mesmo porque são inconteste, face às provas juntadas aos autos.

12. Na espécie, os aspectos de o depoimento prestado pelo então acusado haver antecedido vários outros e a peculiar citação do servidor para apresentar defesa, hão de ser examinados, da mesma forma, em vista do contexto processual e da finalidade dos arts. 159 e 161 da Lei nº 8.112, de 1990, que estatuem:

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

§ 1º. O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

13. O art. 159 estabeleceu a ordem preferencial de depoimentos com o objetivo de orientar a comissão processante na apuração dos fatos, de modo que, colhendo o depoimento das testemunhas anteriormente ao do acusado, presumidamente estaria melhor posicionada em relação ao mérito, face aos acontecimentos de que teria se inteirado, e, destarte, com maiores condições de direcionar o interrogatório do servidor e extrair a verdade sobre sua inocência ou culpabilidade.

14. Nenhum prejuízo decorreu do fato de ter-se ouvido o acusado antes de outras testemunhas, porquanto já existiam provas a respeito da culpabilidade, inclusive a confissão na esfera policial. Corrobora esta asserção o próprio depoimento, aludido (fls. 102/3), em que é confessada a prática da infração.

15. A indicição do servidor, com a indicação dos fatos que se lhe imputam e as correspondentes provas, visa a facilitar a constatação da infração e exame das respectivas provas. Desenganadamente, dessa omissão pode advir a nulidade do apuratório. Porém, o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar; não resulta simplesmente de uma indicição peculiar.

16. No que se refere aos aspectos processuais em exame, revestem-se de conotações relevantes as prescrições do art. 161, supratranscrito: a) formula-se a indicição do servidor, mas após a tipificação da conduta ilícita; b) nela se especificam os fatos e as correspondentes provas; c) convocação do indiciado para apresentar defesa, o que incumbe ao presidente da comissão, mediante mandado.

17. Veja-se o inteiro teor da denominada “citação” a que se atribui inidoneidade para configurar uma indicição, *verbis*:

“Citação - Na qualidade de Presidente da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar, instituída pelas Portarias nºs 257/93-GR, 327/93-GR e 015/94-GR da Vice-Reitora no exercício da Reitoria e do Reitor da Universidade Federal do Maranhão, considerando finda a instrução Processual nesta data vem citar V.Sª, para apresentar defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias na forma do que dispõe o art. 161, § 1º da Lei nº 8.112 de 11.12.90, para defender-se das acusações constantes no auto de flagrante policial e nas declarações tomadas no inquérito administrativo a que V.Sª. No dia 03 de janeiro de 1993, estando de serviço no pré-dio do miocão no Campus Universitário de lá subtraiu dois cilindros de gases, um de Oxigênio e outro de Nitrogênio pertencentes ao patrimônio da Universidade Federal do Maranhão, estando, deste modo, incurso nas penalidades do art. 117 - Improbidade Administrativa, com as conseqüências do art. 132 - Demissão, ambos da Lei nº 8.112. de 11.12.90.”

18. No documento supra, são encontradas as exigências ínsitas ao art. 161, adnumeradas no item 16 deste Parecer. Senão, verifique-se que: a) a citação de (...) foi efetivada em virtude de ter-se considerado como ultimada a instrução processual, ou seja, encontrava-se caracterizada a infração; b) são consignados o furto dos cilindros (fato ilícito), o auto de prisão em flagrante e os depoimentos (provas); c) a convocação do Servidor para apresentar defesa.

19. Portanto, são atendidas as exigências da Lei para se formularem a indicição e citação. Inexiste qualquer outra formalidade nos comandos do art. 161 que inviabilize a validação do documento de f. 137, mesmo em se considerando a impropriedade terminológica de sua intitulação.

20. É de se acrescentar que se trata de processo singelo, que proporciona fácil verificação das provas e imputação da prática da infração, aliás admitida no interrogatório policial, nas declarações prestadas à c.i. e na defesa, de forma reiterada. Ter-se como inválida a indicição e citação, como ocorreu, e concluir-se pelo cerceamento de defesa, na espécie, seria rigorismo, excessivo e desautorizado pela convicção de culpabilidade do indiciado, formada face, inclusive, à ampla defesa assegurada ao infrator confesso.

21. As circunstâncias justificam se relembre o magistério de Carlos Maximiliano, no concernente à verificação da inteligência da norma jurídica, *ipsis litteris*:

“No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer ao fundo, à idéia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: *Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*’ - ‘saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder’, isto é, o sentido e o alcance respectivos. A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os

resultantes da simples apreciação literal do texto. O conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação. Basta, às vezes, passar do exame superficial para o rigoroso, sobretudo se jogar com o elemento histórico, o sistemático e os valores jurídico-sociais; logo se verificará ser menos translúcida a forma do que se julgava a princípio”. (Excertos da obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1979, 9ª ed.*)

22. Remanescem ao exposto e pronunciamentos constantes dos autos, emitidos pelos aludidos órgãos jurídicos, as seguintes preliminares de nulidade processual, suscitadas pelo indiciado, na sua defesa: a) falta de especificação da infração, no mandado de notificação da abertura do processo disciplinar; e b) nulidade de sindicância resultante da transformação de processo disciplinar nulo.

23. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequa ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112, de 1990, para que se observem o princípio do contraditório, e na fase processual de inquérito.

24. Esta Instituição teve oportunidade de firmar o entendimento de que a *“Constituição impõe se observem o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, sem precisar a fase processual em que isto deve ocorrer (art. 5º, LV). É aspecto versado em norma infraconstitucional. Assim é que a Lei nº 8.112 assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (cfr. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do processo (art. 151, II). A instauração desse processo se verifica com a publicação do ato de designação da comissão a quem compete, na fase do inquérito, promover ‘a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos’ e determinar a inocência ou responsabilidade do acusado (arts. 155 e 165, § 1º, da Lei nº 8112). A finalidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa e o exposto nos dois itens imediatamente anteriores indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i., os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i., a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indicição do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161”* (Parecer nº AGU/WM-2/94, adotado pelo Sr. Advogado-Geral da União e sufragado pelo Senhor Presidente da República, in D.O. de 10/2/94).

25. No pertinente à nulidade da sindicância, é necessário dirimir que, *de lege lata*, as irregularidades se apuram mediante sindicância ou processo disciplinar, prescindindo este da preliminar verificação das infrações através da primeira.

26. Efetua-se a apuração da conduta anti-social do servidor por intermédio de sindicância ou processo disciplinar, dependendo da infração e das circunstâncias em que foi cometida. No art. 143, supramencionado, o legislador utilizou a alternativa “ou” considerando haver variação na natureza das irregularidades e no grau de dificuldade de sua

constatação. Há aquelas facilmente verificáveis de conseqüências revestidas de tal gravidade que a lei preconiza medidas drásticas restritivas de direitos, mais compatíveis com uma apuração de rigor, cujos ritos são contidos em lei. Em vista dessa linha de valorização, não discrepou a lei ao estatuir que da sindicância exsurge a aplicação das penalidades de advertência, ou suspensão de até trinta dias, ou instauração de processo disciplinar. Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito.

27. A Lei nº 8.112, de 1990, estabelece ritos a serem observados na apuração que se efetua por intermédio do processo disciplinar, inexistindo determinação legal para que se proceda à sindicância através da designação de comissão ou, em relação a esta, se observem as prescrições pertinentes à disciplina do processo de rigor (arts. 148 e seguintes).

28. O indiciado há de ser apenado mediante a edição de ato resultante de processo disciplinar, consoante visto, independentemente da sindicância, motivo por que afigura-se despiciendo realizar maiores incursões exegéticas a respeito da validade da apuração preliminar, efetuada através da última e de que não resultou a inflição de qualquer penalidade.

29. Em síntese, tem-se:

a) não obstante ser necessária a notificação da tomada de depoimentos, conseqüência imediata do princípio do contraditório, as declarações de duas testemunhas, sem a prévia notificação do acusado envolvido na prática da infração objeto do presente processo disciplinar, não implicam nulidade processual, eis que essa exigência foi observada em relação a numerosos outros depoimentos e se encontra provada, à saciedade, a autoria, reconhecida pelo próprio indiciado e seu representante legal, adicionando o caráter satisfativo da ampla defesa assegurada, nos autos. O conjunto das provas juntadas ao processo e a confissão tornam irrelevantes as declarações das duas testemunhas, que não exercem influência na apuração da conduta ilícita e determinação da autoria, como se verificou;

b) a só antecipação do interrogatório do acusado, de modo a preceder os depoimentos de testemunhas, em dissonância com o art. 159 da Lei nº 8.112, de 1990, não resulta em cerceamento de defesa ou nulidade processual;

c) a “citação” do indiciado para apresentar defesa (doc. de f. 137), como redigida, há de ser entendida como de molde a expressar a indicição e convocação para excusar-se de responsabilidade, em consonância com o art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990;

d) não se enumeram as infrações no mandado de notificação da abertura do processo disciplinar. Essa omissão não imprime vício suscetível de anular o apuratório;

e) a penalidade a se infligir ao indiciado não dimana de sindicância, mas da apuração da conduta funcional efetuada mediante processo disciplinar, tornando-se inaproveitável, portanto, qualquer argüição de ilegalidade da medida a ser adotada para restabelecer-se a ordem jurídica, a pretexto de possível nulidade daquela investigação.

Sub censura.

Brasília, de outubro de 1994.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Contraditório e ampla defesa. Momento de notificar acusado. Surgimento de outro acusado ou de infração conexa. Termo inicial da contagem da prescrição. Independência da instância disciplinar em relação ao Tribunal de Contas da União (TCU).

PARECER AGU Nº GQ-55

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 30.1.95”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 02/02/95, pg. 1398 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 23123.002293/93-60

ORIGEM: Ministério da Educação e do Desporto

ASSUNTO: Contraditório, ampla defesa, prescrição e consequências do julgamento da regularidade de contas pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo disciplinar.

Adoto, para os fins e efeitos dos art. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-1/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo.

Brasília, 30 de janeiro de 1995

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-1/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-55)

EMENTA: Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercer o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990. Na hipótese em que ressaia da apuração dos fatos a culpabilidade de servidor não acusado, no mesmo processo, deverá ser imediata e expressamente notificado quanto a esse aspecto e à faculdade ínsita ao art. 156, supramencionado, assegurando-se-lhe o direito ao contraditório e à ampla defesa. A falta constatada no curso do processo deverá ser nele apurada, desde que conexa com as que ensejaram o apuratório ou, se não houver conexidade, essa medida não resulte em danos consideráveis para a conclusão ágil dos trabalhos. Caso contrário, a c.i. deve alvitrar a designação de outro colegiado, incumbido de investigar a infração. O prazo para a Administração exercer o poder-dever de infligir penalidade começa a correr da data em que tem conhecimento do fato delituoso. O poder de julgar a regularidade das contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, inscrito na esfera de competência do colendo Tribunal de Contas da União, não inibe a ação disciplinar do Estado, salvo se for negada a existência do fato ou a autoria.

PARECER

Face à divergência de entendimentos verificada entre as doudas Consultorias Jurídicas do Ministério da Educação e do Desporto e da antiga Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, transformada no Ministério da Administração Federal e

Reforma do Estado pelo art. 17, III, da Medida Provisória nº 813, de 1º de janeiro de 1995, de ordem do Senhor Presidente da República, o Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República submeteu o presente processo disciplinar à apreciação desta Instituição, a fim de serem dirimidos aspectos controversos.

2. O apuratório cuida da determinação da verdade sobre numerosas infrações em que são envolvidos treze servidores da Escola Técnica Federal de São Paulo, mas verificou-se divergência sobre sua validade jurídica, motivo por que impende dilucidar:

a) se o contraditório e a ampla defesa induzem à notificação do acusado imediatamente após a instauração do processo disciplinar e início dos respectivos trabalhos, com indicação das infrações imputadas, a fim de ser exercido o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990;

b) se *“o acusado deve ser informado do local e horário dos trabalhos bem como dos deslocamentos do colegiado”*, uma vez instalada a comissão processante;

c) se configura cerceamento de defesa a indicição de servidor, em relação ao qual inexistia indício de culpabilidade na oportunidade da notificação dos possíveis envolvidos nas irregularidades que justificaram a instauração do processo ou a indicação, no relatório, de ilícito não especificado na notificação a que se refere a alínea a, sem que a c.i. tenha providenciado *“o aditamento da portaria inaugural, sua publicação e a notificação de todos os acusados”* ou encerrados os trabalhos e sugerida a instauração de novo processo, na hipótese de encontrar-se em fase final a instrução ou denotar-se *“impossibilidade absoluta na apuração dos fatos”*;

d) a data em que começa a correr o prazo de prescrição da ação disciplinar, quanto às infrações disciplinares praticadas na vigência da Lei nº 1.711, de 1952, mas apuradas após a edição da Lei nº 8.112, de 1990.

3. Ainda, cumpre delimitar, na esfera de competência disciplinar do Poder Executivo federal, o alcance de decisão do Tribunal de Contas da União a respeito de irregularidade que aprecie e, ao final, determine o arquivamento do processo, e baixa na responsabilidade.

4. Por imperativo dos arts. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, e 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o princípio do contraditório e a ampla defesa hão de ser atendidos na apuração de infrações disciplinares. É indubitoso que o acusado da prática de ilícito administrativo deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente ser-lhe-á atribuída.

5. Nesse sentido, são encontradas expressões de Celso Ribeiro Bastos, *ipsis litteris*:

“O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualação não pode ser absoluta porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes. A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu. Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade

de geração de tais elementos por parte do réu. Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real. O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz. É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo.” (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1989, 2º vol, p. 267)

6. O comando constitucional para que se observem o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo, é silente quanto à fase processual em que isto deve ocorrer (cfr. o art. 5º, LV). É tema disciplinado em norma infraconstitucional: a Lei nº 8.112, de 1990, assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (v. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do apuratório (art. 151, II).

7. O processo se instaura por intermédio da designação da comissão incumbida de promover, na fase do inquérito, *“a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos”*. Isto com o fito de apurar a inocência ou responsabilidade do acusado, por determinação dos arts. 155 e 165, § 1º, da Lei nº 8.112, de 1990.

8. Com o intuito de assegurar ao servidor o direito de acompanhar o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou através de procurador legalmente constituído, e requerer ou praticar atos tendentes a salvaguardar sua defesa, na conformidade do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser notificado a respeito do apuratório imediatamente após a instalação da comissão processante.

9. Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente, eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito. Essa atua pautada pelo escopo exclusivo de determinar a verdade dos fatos, sem o propósito de incriminar ou exculpar graciosamente o servidor faltoso. Essa a razão pela qual é-lhe atribuído o poder-dever de promover a coleta de depoimentos, acareações, investigações e diligências, a fim de obter provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade. Nesse desiderato, pode recorrer, se necessário, a técnicos e peritos e, por fim, efetuar completa apuração dos fatos ilícitos e, em decorrência, indiciar aqueles em relação aos quais se comprovarem a existência da irregularidade e autoria. Essa investigação se desenvolve com independência e imparcialidade e, da mesma forma, se relacionam na indicição, ou dela se excluem, os envolvidos nas transgressões.

10. Compreende o contraditório a faculdade que se confere ao acusado, *ex vi* do supramencionado art. 156, para acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contra-provas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

11. São direitos que devem ser exercidos sem quaisquer óbices imputados à Administração ou, especialmente, à c.i, cujo presidente, no entanto, poderá denegar os pedidos considerados impertinentes, protelatórios ou de nenhuma valia para elucidar a verdade.

12. É imprescindível que dos atos da comissão (se implicam apuração dos fatos), em qualquer fase do inquérito, seja notificado o acusado, de modo que tempestivamente possa aquilatar sobre o acompanhamento que pretenda desenvolver. Não dimana da positividade das normas de regência da matéria comando para que se forneçam ao acusado, uma vez instalada a comissão, um rol do local e horário dos trabalhos e dos deslocamentos, pois há os atos que somente se evidenciam necessários em pleno curso do inquérito.

13. Não raro, durante a apuração das irregularidades exsurtem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração.

14. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descuidar da agilidade processual. Assim, caso a c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexidade, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências.

15. O sentido literal do § 1º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, não admite tergiversações relativas a seu exato sentido, uma vez que, com clareza meridiana, estabelece o marco do início do curso de prazo prescricional, verbis:

Art. 142.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

16. Essa regra se inseriu na ordem jurídica em 12 de dezembro de 1990 (data de vigência da Lei nº 8.112). À época em que se praticaram as infrações de que se cuidam, o regramento da matéria era silente no tocante ao início desse prazo.

17. No entanto, o sentido e finalidade do instituto da prescrição induzem a ilação idêntica à inserta no § 1º, transcrito, no que é pertinente com os prazos prescricionais das irregularidades praticadas pelos servidores públicos federais anteriormente à vigência desse preceito.

18. Assim é que *“a prescrição exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele, por certo lapso de tempo. Mas, a prescrição, pressupondo a existência de um direito anterior, revela-se propriamente, a negligência ou a inércia na defesa desse direito pelo respectivo titular, dentro de um prazo, assinalado em lei, cuja defesa é necessária para que não o perca ou ele não se extinga. É, assim, a omissão de ação, para que se assegure o direito que se tem, no que se difere da decadência, fundada na falta de exercício, que se faz mister para obtenção de um direito. Nesta razão, a prescrição é*

compreendida como a extinção de um direito, conseqüente do curso de um prazo, em que se negligenciou a ação para protegê-lo, ou o próprio curso do prazo, em que o direito se extingue por falta de ação de seu titular. Praticamente, como modo extintivo de direito ou de obrigação, a prescrição manifesta-se como meio de se adquirir direito ou de se livrar de obrigação, pelo transcurso de certo tempo, segundo as condições estabelecidas por lei. Nesta razão, determinada a prescrição pela negligência ou pela inércia a respeito da ação protetora de um direito, no prazo assinalado por lei, é princípio assente que não prevalece a omissão ou a falta relativamente à pessoa que não possa agir ou esteja impossibilitada de agir: 'Non valentem agere non currit praescriptio'. 'Aquele que não pode agir ou está impossibilitado de agir, não se mostra, em verdade, negligente ou omissor acerca de seu direito'." (Vocabulário Jurídico - De Plácido e Silva).

19. A inércia da Administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Considerar-se a data da prática da infração como de início do curso do lapso temporal, independentemente do seu conhecimento pela Administração, sob a alegação de que a aplicação dos recursos públicos são objeto de auditorias permanentes, beneficiaria o servidor faltoso, que se cerca de cuidados para manter recôndita sua atuação anti-social, viabilizando a manutenção do proveito ilícito e a impunidade, bem assim não guardaria conformidade com a assertiva de que a prescrição viria inibir o Estado no exercício do poder-dever de restabelecer a ordem social, porque omissor no apuratório e apenação.

20. Praticadas as irregularidades em 1987, mas tão-só em agosto de 1990 se tornaram conhecidas, conforme ocorreu, na espécie, conta-se o prazo de prescrição a partir daquele mês, o qual se interrompeu pela publicação do ato constitutivo da comissão apuradora, situação que persiste enquanto não proferida a decisão final sobre a aplicação da penalidade ou exculpação.

21. O prazo de prescrição concernente à inflição de penalidade, em curso na data de vigência da Lei nº 8.112, de 1990, passou a ser por ela regido, descabendo acolher-se, nesses casos, a invocação da impossibilidade de a lei prejudicar direito adquirido.

22. Reveste-se de conotação relevante o aspecto de a sujeição dos servidores ao regime jurídico único e específico dos servidores do Estado haver decorrido de norma imperativa do Texto Fundamental (art. 39), preconizado com o intuito de elidir a duplicidade de regimes para os servidores públicos e igualarem estes em direitos e deveres, sem tornar prevalente o interesse individual do servidor sobre o coletivo. Com esse propósito, o Estado editou unilateralmente leis e normas regulamentares disciplinando o regime jurídico do funcionalismo, no qual se inserem condições para o deferimento de vantagens, sujeitando-se os servidores a essas regras estatutárias, suscetíveis de modificação, através de lei, nos direitos então prescritos. A faculdade de estabelecer e alterar unilateralmente as regalias originárias da relação jurídica que se constitui entre o servidor e o Estado com a nomeação, ou admissão, e posse, ou exercício, atribui à Administração o poder de atuar com maleabilidade suficiente para implantar o sistema administrativo que atenda às suas peculiaridades e necessidades, normas estatutárias a que se subordinam os servidores. É defeso ao Poder Público jungir-se ao interesse específico do seu pessoal e abstrair-se da utilidade pública, com manutenção de normas disciplinares rígidas.

23. Em reiteradas decisões, constitutivas de jurisprudência, são encontradas asserções do Egrégio Supremo Tribunal Federal tendentes a dilucidar os limites legiferantes do Estado, em assuntos adstritos ao regime jurídico dos seus agentes, com o seguinte teor:

“Ementa - Artigo 106 da Emenda Constitucional nº 1/69. - Inocorrência, no caso, de coisa julgada, até porque, na reclamação anterior, proposta antes

da Lei 500/74 do Estado de São Paulo, essa Lei não foi levada em conta no exame da relação jurídica entre o Estado e a ora recorrida, do qual resultou o reconhecimento, então, da competência da Justiça Trabalhista. - Em se tratando de servidor admitido, por Estado-membro, em serviços de caráter temporário, ou por ele contratado para funções de natureza técnica especializada, a lei especial que estabelece seu regime jurídico (art. 106 da Emenda Constitucional nº 1/69) é a estadual (no caso, a Lei 500, de 13.11.74, do Estado de São Paulo). Em consequência, a relação jurídica existente entre o Estado-membro e o servidor é de natureza administrativa, e não trabalhista. - Inexistência de direito adquirido a regime jurídico de servidor público cuja modificação decorre de texto constitucional. - Competente para processar e julgar questões relativas a essa relação jurídica administrativa é a Justiça Estadual comum, e não a Justiça do Trabalho.” (RE nº 100.144-5, in D.J. de 2/9/83)

“Ementa: - Mandado de Segurança. Redução de percentual de gratificação extraordinária para o Ministério Público da União. Leis 7.761/89 e 7.961/89. Portarias do Sr. Procurador-Geral da República de nºs 255/89 e 772/89. - É firme o entendimento desta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico, e, portanto, a quantum de percentagem de que decorre o montante da gratificação. - Por outro lado, não tendo havido diminuição nos vencimentos, não houve ofensa à garantia constitucional da irredutibilidade.” (MS nº 21.086-9 - DF, in D.J. de 30/10/92, p. 19.515)

“Direito adquirido. Tempo de serviço público para efeito de enquadramento criado por lei nova. - Esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, o que implica dizer que pode a lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, estabelecer exigência, quanto ao tempo de serviço exigido para a obtenção desse direito, que não observe o regime jurídico anterior no tocante ao âmbito de extensão da eficácia dos diferentes componentes que, pela lei antiga, integravam o tempo de serviço público para todos os efeitos das leis então existentes.” (RE nº 99.522-PR, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 107, fevereiro de 1984)

“Funcionário Público Estatutário - Enquadramento em novo plano de carreira - Discricionariedade da administração pública - Ausência de direito adquirido - Recurso extraordinário não conhecido. A Administração Pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e ao elaborar novos Planos de Carreira, não podendo o servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo Poder Público, com fundamento em norma de caráter legal.” (RE nº 116.683-RJ, Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 137, julho de 1991)

24. Há o aspecto a esclarecer pertinente à repercussão de decisão do egrégio Tribunal de Contas da União, na ação corretiva do Poder Executivo, quando julga a regularidade das contas prestadas por autoridade a quem se atribui a autoria de ilícito administrativo de que advém prejuízo para o Erário. É invocado o Parecer CGR nº R-010, de 12/3/85, da extinta Consultoria Geral da República, como supedâneo à exculpação de indiciado, nos presentes autos, no qual se assere que, em havendo o TCU, *“no uso de sua competência privativa, aprovado as contas, do requerente, como dirigente de entidade da administração indireta, aplicando-lhe multa cabível já paga, pelas faltas formais a ele imputadas, não prevalece o fundamento do ato que o demitiu ‘a bem do serviço público’. O ato demissório perde, em*

consequência, sua motivação jurídica, inexistindo resíduo na apuração da responsabilidade administrativa, se aquelas faltas foram as apuradas no processo disciplinar”.

25. Em suporte a esse entendimento são aduzidas as seguintes razões de ordem jurídica, precípuas:

“Há de entender-se, por conseguinte, que na esfera do decisório do Colendo Tribunal de Contas, o Requerente satisfaz suas obrigações de ordenador de despesas do órgão que dirigiu, não sendo mais possível à Administração reapreciar essa matéria; pelo contrário, ex vi da competência legal daquele Colegiado, seu julgamento produz todos os efeitos de direito, inclusive o de anular, ou tornar sem efeito, os atos contrários, anteriormente, praticados. A questão que se coloca, diante da decisão em tela, reside na possibilidade de aplicar sanções disciplinares e administrativas por aqueles fatos, objeto mesmo da decisão. Obviamente, se houver transgressões a outros preceitos estatutários, cabíveis serão as sanções; porém, se os fatos apenados administrativamente foram aqueles alcançados pela manifestação da Corte de Contas, será mister examinar a sua repercussão na relação jurídica do funcionário apenado com a Administração. Saliente-se a competência constitucional do Tribunal de Contas, que auxilia o Congresso Nacional no exercício do controle externo para a fiscalização financeira e orçamentária da União, consistindo ele no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos (art. 70, § 1º, da Constituição). O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e manifestações administrativas, sem prejuízo das inspeções necessárias (art. 70, § 4º, da Constituição). Em decorrência dessas prescrições constitucionais, o artigo 33 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967, é peremptório ao definir a sua competência jurisdicional em matéria financeira e orçamentária, quando estipula:

Art. 33. O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência a qual abrange todo aquele que arrecadar ou gerir dinheiros, valores e bens da União ou pelos quais esta responda, bem como, quando houver expressa disposição legal, os administradores das entidades da Administração Indireta ou de outras entidades

Art. 34. Estão sujeitos a tomada de contas e só por ato do Tribunal de Contas podem ser liberados de sua responsabilidade:

I - Os ordenadores de despesa.

II - As pessoas indicadas no artigo 33.

III - Todos os servidores públicos civis e militares ou qualquer pessoa ou entidade estipendiadas pelos cofres públicos ou não, que derem causa à perda, subtração, extravio ou estrago de valores, bens e material da União, ou pelos quais seja responsável.

IV - Todos quantos, por expressa disposição de lei, lhe devam prestar contas.

Parece não haver dúvida sobre a natureza jurisdicional do Tribunal de Contas da União, em muitas das decisões que a Constituição e as leis lhe incumbiram. Não é impróprio, por sua vez, atribuir-lhes o caráter de ‘coisa julgada’. Neste sentido, há apoio na jurisprudência dos tribunais, quando ‘atribuem ao Tribunal de Contas função jurisdicional no exercício dos seus atos privativos, desde a adoção do sistema de controle orçamentário por órgão colegiado, de feição judiciária, até a res judicata em suas decisões’.

(cfl. Roberto Rosas, 'A função jurisdicional do Tribunal de Contas', in RDA, vol. 93).

Aliás, a recente Lei nº 6.822, de 22 de setembro de 1980, ao dispor sobre a cobrança executiva dos débitos fixados em acórdãos do Tribunal de Contas da União, atribui a essas decisões a mesma força das sentenças nos processos judiciais de conhecimento, estabelecendo:

Art. 1º. As decisões do Tribunal de Contas da União condenatórias de responsáveis em débito para com a Fazenda Pública tornam a dívida líquida e certa e têm força executiva, cumprindo ao Ministério Público Federal, ou, nos Estados e Municípios, a quem dele as vezes fizer, ou aos procuradores das entidades da administração indireta, promover a sua cobrança executiva, independentemente de quaisquer outras formalidades, na forma do disposto na alínea c do artigo 50 do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967.

De resto, a função jurisdicional do Tribunal de Contas não encontra qualquer oposição lógica na conhecida dificuldade teórica em localizar-se aquela Corte num dos poderes do Estado, uma vez que a função jurisdicional, como é sabido, não pertence exclusivamente ao Poder Judiciário, que a detém, tão-somente, em caráter de predominância, não de forma privativa. Corolário da função jurisdicional é a natureza da imutabilidade das decisões que produz, ao declarar o direito, aplicando a norma abstrata ao caso concreto e colimando os fins da justiça. A coisa julgada é essa qualidade da decisão jurisdicional, que a torna imutável, nos limites objetivos e subjetivos da lide. Como tal, a sua existência nada tem que ver com o conhecido tema da repercussão das decisões judiciais nas esferas administrativas, assim como não é ela que, por si só, torna preclusa no cível uma matéria decidida no juízo criminal, ou vice-versa. O que se discute não é propriamente a coisa julgada, mas os seus limites.

No entanto, se a apreciação atinente a determinada situação jurídica depender de órgão, para isso competente na forma da Lei, uma vez promanada, haverá ela de elidir qualquer outra decisão sobre o assunto. A possibilidade de coexistirem julgamentos paralelos, ou simultâneos, no regime de poderes distintos e interdependentes, conquanto harmônicos e autônomos, está condicionada, apenas, a que sejam prolatados nas esferas próprias de competência atribuída a cada órgão ou autoridade. Instituído a nível da Lei Maior, o controle jurisdicional específico, exercido pelo Tribunal de Contas, da ação dos gestores de recursos públicos, especialmente quanto ao julgamento das contas e à execução de seus decisórios, implica em decisões com eficácia plena no universo jurídico, incluindo a de provocar a anulação de atos administrativos com elas colidentes.

Com efeito, se o Tribunal de Contas da União, no uso de sua competência privativa, aprova as contas de autoridade sujeita a sua jurisdição, liberando-a de responsabilidade na gestão dos recursos públicos, em face do disposto nos arts. 33 e 34 do citado Decreto-lei nº 199, de 1967, descabe qualquer reapreciação da matéria no âmbito administrativo. Dessa forma, se o mencionado Colegiado aplica sanção máxima, pela inobservância de normas e regras pertinentes aos atos de gestão, no tocante a isto nada mais poderá ser alterado administrativamente, porque inviável apenas quem já foi punido. É o que consagra a Súmula nº 19, do Supremo Tribunal Federal, fundada no disposto nos artigos 224, 226, 233 e 238 do EFPCU, quando afirma:

É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira.

O acórdão que serviu de base ao enunciado do Pretório Excelso prolatado no Recurso de Mandado de Segurança nº 8.048 - São Paulo, inserto nas 'Referências da Súmula do STF', de Gardeal Noronha e Odalea Martins, Vol. I, edição 1968, pág. 248, tem a ementa a saber:

‘Depois de aplicada a pena de disponibilidade, prevista no Estatuto dos Funcionários Municipais, e de julgada válida pela Justiça, não pode a autoridade pública, com base no mesmo inquérito, aplicar ao funcionário a pena de demissão, pois, tendo sido encerrado aquele processo, a nova penalidade foi aplicada sem processo algum’.

26. As ilustradas asserções supra induzem a perquirir-se sobre o alcance dos comandos constitucionais que, no pertinente ao tema versado no caso, atribuem ao Tribunal de Contas a competência para proceder ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas de quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário (art. 71, II, da C.F.).

27. A função atribuída ao Tribunal se adstringe ao julgamento das contas dos administradores e outros responsáveis por bens e valores públicos e às contas dos que causarem danos ao Tesouro Nacional, sob aspecto técnico, sem estender-se à tipificação de infrações administrativas. A colenda Corte de Contas se atém aos aspectos da precisão das contas e contábil, mas não adentra na verificação de que a conduta do servidor viria configurar, exemplificativamente, lesão aos cofres públicos ou dilapidação do patrimônio nacional, cuja apuração é inscrita na área de competência de cada órgão ou entidade a que pertence o valor ou bem, danificado pela ação do servidor.

28. Ciente da irregularidade e independentemente de haver-se alçado sua apreciação ao Tribunal, incumbe à autoridade pública adotar, de imediato, as providências necessárias à determinação da verdade dos fatos, por imperativo de lei, através de processo disciplinar (art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990). É medida que se impõe até mesmo em decorrência do princípio constitucional da independência dos Poderes.

29. A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria.

30. O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa. O próprio saneamento de danos ao Erário de que se incumbe o Tribunal, com base na Lei nº 8.443, de 1992, arts. 8º e 9º, III, e na Carta Magna, art. 71, IX, expressa a inconsistência jurídica da pretensão de dilargar o alcance do exame formal das contas, e respectiva decisão, à apuração e responsabilização administrativa do servidor. A correção das faltas determinada pelo TCU já indica a existência de irregularidade que a lei não autoriza relevar disciplinarmente, mesmo em se verificando o reparo do dano, em consequência da função privativa da Corte de Contas. A aplicação de multa também é indicativa de ilícito administrativo, eis que proporcional ao dano causado ao Erário e se torna incidível quando verificada a ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, nos termos dos arts. 19 e 57 da Lei nº 8.443, de 1992, e 71, VIII, da C.F.

31. A escorreita apuração do fato ilícito e a inflicção de penalidade decorrem de lei; constituem poder-dever de que o administrador não pode declinar, sob pena de incorrer em crime de condescendência criminosa (cfr. o art. 320 do Código Penal Brasileiro).

32. Os sentidos das opiniões doutrinárias, pertinentes à natureza da função do TCU, não divergem dessas asserções. Vejam-nas, *ipsis litteris*:

“Reside o fulcro da questão no entendimento do verbo julgar, empregado em sentido não técnico ou, pelo menos, em sentido diferente do que tem no âmbito do direito. Julgar as contas é examiná-las, conferir-lhes a exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária. É função matemática, contabilística, nada mais. O Tribunal de Contas julga as contas, não o responsável. A decisão que profere é sobre a regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade; estatui somente sobre a existência material do delito, fornecendo à justiça, que vai julgar o responsável, essa base da acusação. Por sua vez o Poder Judiciário não tem função no exame de tais contas, não tem autoridade para revê-las, não interfere na apuração do quantum do alcance.” (Direito Administrativo Brasileiro, José Cretella Júnior, Revista dos Tribunais, vol. V, 1962, pp. 84/5) (Há destaques que não são do original)

“O TCU é um tribunal administrativo, que também exerce funções jurisdicionais, mas não foi situado constitucionalmente no elenco dos tribunais, embora tenham os seus ministros as mesmas garantias e prerrogativas dos membros do STJ (art. 73, § 3º). Pode entretanto interpretar a Constituição e negar a aplicação de lei ou outros atos inconstitucionais, antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade pelo STF e suspensão pelo Senado Federal. Victor Nunes Leal opina que, embora as decisões do TCU sobre a legalidade de contratos, aposentadoria, reforma e pensões sejam consideradas como julgamentos, não escapam nem fogem ao controle do Poder Judiciário, desde que não se tenha consumado a prescrição, e sobre esta o Poder Judiciário ‘dirá a última palavra’. Aliomar Baleeiro ‘considera que, na hierarquia constitucional, o Tribunal de Contas não está acima, nem sequer ao lado do Parlamento, nem igual a este. Jaz abaixo deste, em posição similar. O Parlamento pode acolher ou desprezar a opinião do Tribunal, porque fala em nome dos contribuintes, do povo, os quais são os donos do negócio. Podem as Câmaras responsabilizar o Executivo, ainda que o Tribunal de Contas tenha opinado pela aprovação das mesmas contas. Pode quitar o Presidente (ou Governador), ainda que parecer do Tribunal se incline para a desaprovação daquelas contas’.” (Comentários à Constituição Brasileira, Pinto Ferreira, Ed. Saraiva, 1992, 3º vol, pp. 415/6)

“...julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; não se trata de função jurisdicional, não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, José Afonso da Silva, Malheiros Editores, 1993, 9ª ed, p. 637)

“A expressão julgar as contas ou julgar das contas merece especial análise, porque o verbo julgar poderia levar, como levou os menos avisados, a pensar que o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo exerceriam funções judicantes, do mesmo modo que os demais tribunais brasileiros. Julgar as contas é examiná-las, conferir-lhes a exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo-se o resultado do exame, em concreto, no parecer

elaborado, peça de natureza administrativa, jamais de natureza judicante. Trata-se de função matemática, contábil, não de função jurisdicional. O Tribunal 'julga as contas', não julga 'os responsáveis'. A decisão do Tribunal de Contas, de qualquer esfera (da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios) diz respeito à regularidade intrínseca da conta, não sobre a responsabilidade do exator ou pagador, nem mesmo sobre a imputação dessa responsabilidade. Estatui somente sobre a existência material do fato, delituoso ou não, fornecendo à justiça, que vai mais tarde julgar o responsável, base concreta para o exercício da função judicante. Por outro lado, o Poder Judiciário não tem função no exame dessas contas. Não tem competência nem autoridade para revê-las. Não interfere na apuração do quantum do alcance, se houver. Fica, assim, o julgado da jurisdição de contas restrito ao elemento material do delito, constituindo uma prejudicial no juízo penal (cfl. Castro Nunes, Teoria e prática do Poder Judiciário, Rio de Janeiro, 1943, ps. 30-31)

Na mesma obra, Waline salienta com precisão que 'o papel da Corte de Contas não é o de exercer julgamento sobre a culpabilidade subjetiva do responsável, mas unicamente o de examinar regularidade objetiva da conta. Conforme clássico provérbio, a Corte de Contas julga as contas, não julga os responsáveis pelas contas' (cfl. Droit Administratif, 9ª ed., 1963, p. 156).

O Decreto nº 966-A, do início do século, especifica, na criação do órgão fiscalizador, que o novo instituto tem por objetivo o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita de despesa da República (João Barbalho, Comentários à Constituição Federal Brasileira, 1906, p. 361). Mário Masagão, considerando inaceitável a colocação de seu antecessor Manoel Pedro Villaboim, demonstra que a criação do novo órgão não constitui exceção à regra da jurisdição una e não importa em concessão feita ao contencioso administrativo, que a Constituição de 1891 repeliu. Instituído pela Constituição Federal, o Tribunal de Contas é órgão da Administração preposto ao Poder Legislativo, com função de seu auxiliar na tomada de contas da receita e da despesa de cada exercício financeiro. Nessa atribuição, de forma alguma se incluem funções judicantes ou jurisdicionais, tendo a Corte de Contas atribuições fixadas pela Constituição e, nesse caso, não podem essas atribuições ser modificadas por diminuição ou por acréscimo em decorrência de leis ordinárias (cfl. Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo, tese de concurso, São Paulo, 1927, ps. 153, 156 e 157). No vol. IV, comentário nº 146 desta obra, dedicamos quarenta páginas ao estudo dos Tribunais de Contas, assinalando, de modo especial, sua natureza jurídica, que é administrativa e, pois, de modo algum jurisdicional. Analisamos, então, o art. 31 da Constituição vigente, que estamos comentando. O art. 31 trata da fiscalização das contas municipais cujo exercício cabe ao Poder Legislativo local, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal na forma da lei." (Comentários à Constituição de 1988, J. Cretella Jr, Forense Universitária, 1991, vol. V, pp. 2.797/9)

"O Tribunal de Contas auxilia o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária. É um tribunal administrativo, não integrante do Poder Judiciário, embora dotado de ampla autonomia e independência. O Tribunal de Contas e seus membros são destinatários de garantias constitucionais, de índole objetiva e subjetiva. As garantias objetivas concernem ao Tribunal de Contas como instituição, ensejando-lhe o

autogoverno (CF, art. 72, § 1º). As garantias subjetivas, que se estendem aos membros do Tribunal de Contas identificam-se com as garantias deferidas à magistratura (CF, art. 72, § 3º). Os impedimentos que incidem sobre os magistrados também se aplicam aos membros integrantes do Tribunal de Contas (RDA, 109:178). O Tribunal de Contas surgiu em nosso direito positivo após a proclamação da República. Primeiramente, em nível infraconstitucional. Foi instituído pelo Decreto nº 966-A, de 7-11-1980, editado pelo Governo Provisório. Posteriormente, institucionalizou-se o Tribunal de Contas em nível constitucional. Com efeito, a Constituição republicana de 1891 contemplou-o em seu art. 89, que assim dispunha:

‘É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso...’.

O Tribunal de Contas, embora não seja um órgão judiciário, exerce também funções jurisdicionais, aplicando o direito objetivo a casos concretos. O STF reconheceu ao Tribunal de Contas competência para efetuar a apreciação da constitucionalidade das leis. É o que assinala a Súmula 347: ‘O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público’. Nesse sentido: Roberto Rosas, A função jurisdicional do Tribunal de Contas, RDA, 93:430. A jurisdição exercida pelo Tribunal de Contas é uma jurisdição administrativa, que se caracteriza pela revisibilidade de suas deliberações pelo Poder Judiciário (RDA, 47:182, 48:307, 63:215; RT, 224:341, 253:330, 357:466; Súmula 6 do STF).” (Constituição Federal Anotada, de José Celso de Mello Filho, Editora Saraiva, 2ª ed, 1986, pp. 240/1)

33. A disciplina relativa à competência do Tribunal não induz à ilação de que o poder consistente em julgar a regularidade das contas se revista de força capaz de elidir o ilícito administrativo e entender-se alcançado por anistia o servidor faltoso. A responsabilização administrativa se impõe, sem prejuízo das medidas da alçada do TCU, *ex vi legis* e para salvaguardar o Tesouro Nacional da ação delituosa daquele que já demonstrou periculosidade e insensibilidade no trato da coisa pública. A regularidade das contas, assim julgadas após saneamento de irregularidade ou de ilegalidade de despesas, não assegura impunidade no âmbito disciplinar. O servidor responde administrativamente pela sua conduta funcional contrária à ordem social, sujeitando-se às penalidades disciplinares cominadas em lei.

34. O julgamento das contas, atividade privativa do TCU, se constitui em instituto diverso da ação corretiva do Estado e as respectivas normas se aplicam de forma independente. Consoante foi salientado, a decisão do Órgão de contas somente repercute na área disciplinar na hipótese em que, de forma específica, seja negado o fato ou sua autoria.

35. A diversificação de penalidades se justifica pelo fato de serem pertinentes às irregularidades de contas e à conduta funcional caracterizada como ilícito administrativo. Se o servidor, no exercício das atribuições do cargo, adota postura tipificada como infração disciplinar e penal responde pelo mesmo fato nas duas instâncias, tidas como independentes. Note-se o teor das normas estatutárias relativas a esse tema, verbis:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si. (Lei nº 8.112, de 1990)

36. O próprio Tribunal, em exercendo suas atribuições institucionais, possui competência para aplicar sanções previstas *“em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”* (inciso VIII do art. 71 da C.F.).

37. O exposto admite asserir que:

a) em decorrência do contraditório e da ampla defesa, o acusado de haver praticado ilícito administrativo deve ser notificado da instauração do processo disciplinar e dos atos pertinentes à apuração dos fatos, os quais podem ensejar o contraditório, inclusive a tomada de depoimentos, assegurando, assim, ao servidor o direito de acompanhar a evolução do processo e adotar atos que proporcionem sua defesa, conforme o art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990;

b) a notificação dos atos, relativos à investigação que resulte no contraditório, há de ser feita em qualquer fase do inquérito, mas de modo a garantir ao acusado o exercício do direito consubstanciado no referido art. 156;

c) a indicação das faltas disciplinares atribuídas ao servidor envolvido nas irregularidades não se efetua na notificação para presenciar o andamento das apurações, mas se as relacionam na indicição, inclusive as provas, em observância ao disposto no art. 161 da Lei nº 8.112, aludida;

d) a infração constatada após a instauração do processo deve ser nele apurada, desde que tenha conexão com a que deu azo ao apuratório. Inexistente a conexidade de ilícitos, poderão ser apurados, todos, no mesmo processo, caso, quanto à infração mais recente, preserve a razoável celeridade. Em sendo contraproducente a apuração das faltas funcionais desprovidas de conexidade, no mesmo processo, deverá a c.i, até mesmo no relatório final, propor a designação de outra equipe, com a finalidade de determinar a veracidade desses fatos. Verificado o envolvimento de outros servidores já no curso da apuração das infrações, incontinenti deverão ser notificados do seu envolvimento nas irregularidades, cabendo à comissão de inquérito assegurar expressamente o exercício do direito a que alude o art. 156 do novo estatuto dos servidores públicos civis federais, com o que serão observados o contraditório e a ampla defesa;

e) o prazo prescricional pertinente às faltas disciplinares praticadas na espécie, sob a incidência das normas de regência então em vigor, começou a correr a partir da data em que delas a Administração teve conhecimento;

f) o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e das contas dos que dão causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o Tesouro Nacional somente repercute, na atuação disciplinar do Estado, quando, especificamente, o TCU nega o fato ou sua autoria. Afora isso, o saneamento das contas por determinação da egrégia Corte de Contas e a conseqüente decisão de arquivamento do processo não elidem o fato delituoso na esfera disciplinar, impondo-se o cumprimento da lei que estatui sua imediata apuração e, de forma seqüencial, a apenação.

Sub censura.

Brasília, 13 de janeiro de 1995

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, exige instrução contraditória, cuja afronta enseja nulidade.

PARECER AGU Nº GQ-66

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 19.04.1995*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 26/04/95, pg. 5764 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 002.2248/91-51

ASSUNTO: Processo administrativo disciplinar

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/PRO-4/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Miguel Pró de Oliveira Furtado.

Brasília, 31 de março de 1995

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/PRO-4/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-66)

EMENTA: Após a vigência da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, torna-se necessário, ainda na fase instrutória, facultar vista dos autos ao acusado em processo administrativo disciplinar, para que possa requerer o que for de direito.

PARECER

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, em 24.4.1991, instaurou processo administrativo disciplinar para apurar irregularidades que teriam sido cometidas por servidor seu. Tendo por “provada” a improbidade, subiu o processo ao Senhor Presidente da República para que editasse o Decreto de demissão. Examinados, porém, os autos, a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração Federal detectou diversos vícios, entre os quais alguns insanáveis, e recomendou a instauração de novo processo disciplinar. O IBGE, assentado na menor informalidade do processo administrativo, defendeu a regularidade do processo que concluíra e, assim, da divergência dos dois órgãos jurídicos, reconhecida pelo Senhor Presidente da República, nasceu a competência da Advocacia-Geral da União - AGU.

2. A despeito da massa probatória - documental e testemunhal - carregada para os autos, além da confissão feita tanto pelo acusado como por seu advogado, que, para isso dispunha de poderes expressos (fls. 300), penso que o fiel da balança pende para o entendimento da SAF. É que, com o advento da nova Constituição Federal e uma vez editada a Lei nº 8.112, de 11.12.1990, o processo administrativo disciplinar, até então regido pela revogada Lei nº 1.711, de 28.10.1952, sofreu significativa alteração na estrutura da fase instrutória. E os Tribunais, com uma frequência preocupante, mas insuspeita, vêm determinando a reintegração de servidores, com graves prejuízos para a Administração pública.

3. Em boa parte dos casos, o processo foi bem instruído, se visto segundo as normas da lei revogada, mas quase sempre com cerceamento de defesa. Provavelmente a comissão se

terá valido dos muitos manuais ainda de largo uso, mas que se tornaram obsoletos com a vigência da nova lei.

4. Sobre isso, é conveniente ouvir a lição ainda recente proferida pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21721-9 RJ, de 13.4.1994:

“Em face da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei nº 1.711/52, em que a fase de instrução de processava sem a participação do indiciado, que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocamente dos artigos 151, II, 156 e 159. (...) Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como 'acusado'), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, 'caput'), sendo, então, ele, já na condição de 'indiciado', citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, 'caput' e parágrafos 1º e 3º).”

5. Embora escrevendo já sob o regime da Lei nº 1.711, de 28.10.1952, lembra Carlos Schmidt de Barros Júnior (Do Poder Disciplinar na Administração Pública, RT, 1972, págs. 171 e 172) que, com a entrada em vigor da Constituição federal de 1946, era de entender-se derogada a parte do Decreto-Lei nº 1.713, de 28.10.1939, que só dava conhecimento do processo ao acusado após o término da instrução e depois de proposta a punição. Isso era, com efeito, o que dispunham os arts. 252, 253 e 254. E acrescentava o autor: *“Parece preferível, por mais democrática e mais concorde com a orientação jurisdicionalizante moderada, fazer-se a citação antes de iniciada a instrução”*

6. Na reforma a que se procedeu em 1952, com a Lei nº 1.711, prevaleceu a tendência anterior e, de novo, o art. 222 só permite a citação, depois de *“ultimada a defesa”*, embora o art. 217, na esteira da Constituição então vigente, também assegurasse *“ampla defesa”*.

7. É verdade que, mesmo a lei atual, repetindo as posturas anteriores, também só determina a citação depois de indiciado o servidor, mas, ao estabelecer que o inquérito administrativo se sujeitará ao *“princípio do contraditório”* (art. 153), abriu oportunidade a que a defesa se iniciasse já com a instrução, uma vez que, segundo o art. 151, o inquérito administrativo compreende tanto a instrução, como a defesa e o relatório. Essa abertura legal tornou-se possível, porque a nova Constituição Federal de 1988, assegura aos *“acusados em geral”*, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), enquanto as três últimas Constituições, se aí incluirmos a Emenda nº 1, de 1969, só asseguravam ampla defesa aos acusados. Não se há, pois, de menosprezar um passo que levou tanto tempo para ser dado.

8. Chegados a esse ponto, o que importa agora é saber quais as conseqüências de ter toda a instrução decorrido sem que se permitisse ao acusado reinquirir, ou acarear testemunhas. Comentando a regra constitucional que assegurava a ampla defesa (art. 153, § 15, da Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969) ensinou Pontes de Miranda: *“A regra do texto não é regra vazia, não é, como diriam os juristas alemães, 'leerlaufend'; trata-se de direito subjetivo (constitucional) de defesa. Dela nasce direito constitucional a defender-se ou a ter tido defesa; em conseqüência disso, é nulo o processo em que se não assegura ao réu a defesa, ainda que tenha o juiz aplicado alguma lei”* (Tomo V, pág. 233). E

acrescentava duas páginas adiante: *“A defesa a que alude o § 15 é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo ou policial”* (o. cit., pág. 235).

9. Na mesma linha doutrinária situa-se o ensino de Egberto Maia Luz (Direito Administrativo Disciplinar, José Bushatsky, Editor, 1977, pág. 194): *“Entendemos que o pleno direito de defesa, quando omissa, constitui nulidade insanável, o que, determina, obrigatoriamente, a restauração de todos os atos praticados desde onde a defesa deveria atuar, restituindo-lhe os prazos.”*

10. Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed., Malheiros Editores, pág. 597) repete o ensinamento: *“Desde a citação acusatória deverá ser facultado ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame dos autos na repartição, para apresentação da defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução. Nesse conhecimento da acusação, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios, é que se consubstancia a ampla defesa assegurada pela Constituição (art. 5º, LV) e sem a qual é nulo o julgamento condenatório.”*

11. Acordes - Doutrina e Jurisprudência - com a sanção de nulidade, outra opção não resta que a repetição do processo, após a constituição de outra comissão (art. 169 da Lei nº 8.112, de 11.12.1990), já agora com as cautelas recomendadas e sob o império da nova lei.

É como me parece, s.m.j. de V. Exª.

Brasília, 20 de março de 1995

Miguel Pró de Oliveira Furtado
Consultor da União.

Assuntos abordados neste Parecer: Desnecessidade de publicação de portaria instauradora. Desídia pressupõe exercício das atribuições. Nulidade por falta de notificação de oitiva

PARECER AGU Nº GQ-87

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*De acordo. Em 13.11.95*”. Parecer não publicado.

PROCESSOS Nº: 23112.000857/88-28 e 23112.000473/93-63

ORIGEM: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

ASSUNTO: Nulidade de processo administrativo disciplinar, em decorrência da inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e atipicidade do fato delituoso.

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-12/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo.

Brasília, 13 de novembro de 1995

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-12/95 (anexo ao Parecer nº GQ-87)

EMENTA: É insuscetível de nulificar o processo disciplinar o fato de não haver sido publicada a portaria de designação de comissão de inquérito, desde que considerada a data do mesmo ato como de início do prazo estipulado para a conclusão do processo disciplinar e, em decorrência, não se constate infringência ao princípio do contraditório. A comissão de inquérito não é obrigada a especificar, no ato de notificação da instauração do processo disciplinar, os direitos que as normas processuais asseguram ao acusado durante a apuração da irregularidade, medida somente exigível se estatuída em lei, *stricto sensu*. A conduta do servidor tendente a procrastinar seu retorno ao desempenho das respectivas atribuições, após ser notificado do término do prazo de afastamento legalmente autorizado para que freqüentasse curso de aperfeiçoamento, no exterior, não é de molde a tipificar a infração disciplinar “proceder de forma desidiosa”, vez que à sua caracterização é imprescindível o real exercício do cargo.

PARECER

A fim de freqüentar curso de pós-graduação, em nível de doutorado, no Departamento de Psicologia da Universidade de Sheffield, na Inglaterra, (...) requereu, e lhe foi deferido, afastamento do exercício do cargo de Professor Assistente da Universidade Federal de São Carlos, vindo a ausentar-se, com esse objetivo, no período que medeia setembro de 1988 e setembro de 1991, com prorrogação autorizada de quarenta e cinco dias.

2. Após o termo do prazo concedido para o afastamento, a servidora não reassumiu o exercício do cargo, na instituição de ensino a que pertence, por haver usufruído férias e requerido a concessão de licença. Denegou-se esta e instaurou-se processo administrativo disciplinar para apurar infrações que teriam sido praticadas pela servidora.

3. À sugestão de que a indiciada fosse demitida por haver incorrido em desídia aquiesceram a Universidade Federal de São Carlos e a douda Consultoria Jurídica do Ministério da Educação e do Desporto, mas a apuração do ilícito mereceu pronunciamento do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que entendeu eivado de nulidade o processo disciplinar, abstraindo-se do exame da materialidade da infração.

4. O Senhor Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, mediante a Exposição de Motivos nº 201 GAB/MARE, de 24 de julho do ano em curso, assim opinou a respeito do assunto:

“A matéria foi devidamente analisada pela unidade especializada deste Ministério, que entendeu que a Comissão Processante agiu de forma a comprometer os princípios do contraditório e da ampla defesa, viciando o processo, e em razão desses vícios insanáveis impõe-se, com base no art. 169 da Lei nº 8.112, de 1990, a declaração de nulidade total do processo com a conseqüente constituição de nova comissão, no prazo máximo de 30 (trinta) dias. Recomenda-se, ainda, a apuração de eventual responsabilidade administrativa, penal e civil da comissão processante pelas nulidades apontadas.”

5. Os vícios de que estaria inquinado o processo disciplinar são adnumerados pela douda Consultoria Jurídica do MARE, no Parecer Conjor/MARE nº 216/95, com o seguinte teor, *verbis*:

“Do exame dos autos, constatamos o seguinte:

a) não há qualquer sinal de que a Portaria GR nº 030/93, de 15 de fevereiro de 1993, fl. 01, foi publicada;

b) a Portaria GR nº 070/93, de 18 de março de 1993, fl. 02, que retificou a de que trata a letra “a”, também não há prova de que foi publicada;

c) a Portaria GR nº 95/93, de 15 de abril de 1993, fl. 39, que prorrogou o prazo para término dos trabalhos, do mesmo modo, não há sinal de sua publicação; não foi publicada, também, a Portaria nº 104/93, fl. 40, que indica a substituição de um dos membros;

De outro lado, o art. 156 da Lei nº 8.112/90, diz: ‘É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos quando se tratar de prova pericial’.

Não é bem assim que ela foi alertada de seus direitos, como se vê do Mandado de Citação de fls. 15. Ali, foi ela citada ‘a comparecer à audiência de interrogatório que se realizará no dia 16.04.93, às 09:00 horas etc etc’. Vê-se mais, em seu fecho, que ‘a denúncia especifica sua responsabilidade, conforme se constata na cópia xerox anexa’. E, ainda, ao pé da mesma, a lápis, a indicação de que o Mandado seria encaminhado por A.R. Às fls. 16/23, vêem-se Mandados de intimação dirigidos a diversas testemunhas, dos quais deveria ela ter sido cientificada, por inserção de seus nomes no Mandado de Citação que lhe fora encaminhado.

Ora, não tendo sido ela notificada do rol de testemunhas, certamente que, quanto a elas, não poderia se precaver. Por outro lado, o recibo do A.R. não se encontra autuado. Há, sim, após a oitiva das testemunhas de que tratam os mandados de fls. 16/23, um telegrama fonado, de sua remessa, e recebido pela Comissão em 16-4-93, às 17:10h, acusando o recebimento do Mandado de Citação, com a ressalva de que a cópia da denúncia não o acompanhou. Ainda mais, após colhido o seu depoimento, fls. 62/65, não

foi ela notificada, nos termos do já citado art. 156 da Lei nº 8.112/90, para oitiva de mais duas testemunhas, fls. 99/101.

Isto posto, ainda que as Portarias tenham sido publicadas, em decorrência das demais falhas apontadas, sugerimos a anulação do PAD, com fundamento no art. 169 da Lei nº 8.112/90, aproveitando-se as provas materiais, e determinando-se a instauração de um novo processo, no prazo máximo de trinta dias.”

6. O dissenso do Órgão jurídico do MEC se expressa inclusive em que *“a Portaria instauradora nº 30, de 15 de fevereiro de 1993, só não foi publicada no D.O.U. devido à recusa do Departamento de Imprensa Nacional, tendo sido considerado a data da assinatura, conforme a Portaria GR nº 70, de 18 de março de 1993 (fl. 02)”*, bem assim *“com referência ao não cumprimento do disposto no art. 156, da Lei nº 8.112/90, evidencia-se que a Comissão Processante, através das Notificações de fls. 15, 84 e 102, cientificou a Professora para comparecer às audiências e apresentar provas documentais e testemunhas do interesse da servidora, o que nos leva a concluir que não houve cerceamento da ampla defesa”*.

7. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera a publicação do ato de designação da comissão de inquérito como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação desse ato em boletim interno ou de serviço. Na espécie, a data da instauração do processo constituiu o início do fluxo do tempo de duração do processo disciplinar e a servidora foi notificada desse apuratório (f. 15), sem que adviesse infringência ao contraditório e à ampla defesa. Não é caso de nulificar o processo.

8. A disciplina do processo administrativo é silente quanto à forma da notificação da instauração processual. É suficiente a comunicação também inserida em citação para acompanhar a coleta de depoimentos, desde que esse procedimento não resulte em prejuízo do contraditório.

9. O mandado de citação de f. 15 consubstancia a notificação: a) de que far-se-ia a tomada de depoimentos; b) de prazo para a apresentação de provas; e c) da responsabilidade da servidora nos fatos objeto do processo. No documento de f. 35, a então acusada pondera o recebimento dessa notificação, não obstante alegar a falta da cópia da “denúncia” relativa à sua situação irregular. É consignado, na ata de reunião de fls. 55/6, que a indiciada esteve presente aos depoimentos de que foi notificada e constantes de fls. 24/33, assertiva corroborada pelo fato de a servidora haver requerido vista e cópias do processo, na mesma data dos testemunhos. Esse pedido foi recebido às 12:45h (doc. de f. 34). Não se vislumbra qualquer transgressão ao comando constitucional de que se apure infração administrativa, tendo-se em vista o contraditório e a ampla defesa.

10. Deve ser sobrelevado o aspecto de inexistir preceituação legal que compila a comissão apuradora a notificar o acusado a respeito do inquérito administrativo, com dilucidamento expresso de seus direitos pertinentes aos atos processuais. É quanto basta à prescrição do art. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, a comunicação do propósito do Estado em apurar as irregularidades, bem assim a c.i. zele para que o processo se desenvolva na forma das prescrições legais, observando o direito de o acusado contraditar, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, se for o caso. O teor do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, se presume conhecido, em face de sua publicação no órgão oficial de divulgação de atos praticados pela União. A obrigatoriedade de a comissão esclarecer ao servidor esses direitos, como condição de validade da notificação, haveria de ser contida em lei, em sentido formal, por imperativo do princípio da legalidade, esculpido no art. 37 da Constituição. Inexiste tal comando na ordem jurídica.

11. No que respeita aos dois depoimentos colhidos em 31 de maio de 1993, após o da indiciada, impende elucidar que há, nos autos (f. 95), aviso de recebimento de correspondência, endereçada pela Universidade Federal de São Carlos à indiciada, com data de 25 antecedente, e telegrama do mesmo dia em que foram ouvidas as testemunhas, expedido pela então acusada, esclarecendo que *“para evitar constrangimentos não estaria presente para o processo de instrução de hoje com o (...), meu tio”*. Dúvida inexistente de que houve a notificação prévia do depoimento prestado por (...) e indícios de que também teria sido comunicado à (...) o outro depoimento, uma vez que ambos os dois constam de um mesmo documento (fls. 99/101). No entanto, não restou provada a notificação relativa ao segundo depoente, o Prof. (...), cujas asserções foram consideradas pelo colegiado para formar a convicção de culpabilidade da indiciada, na conformidade da linha de raciocínio desenvolvida na p. 16 do relatório final. É fato que compromete os trabalhos de apuração, porque destoante do princípio do contraditório.

12. No relatório, a c.i. entendeu comprovado que a servidora recebeu ordem de superior hierárquico para retornar ao Brasil e reassumir o exercício de seu cargo; *“procurou retardar ao máximo seu retorno, usando de artifícios, como pedido de licença saúde sem apresentar-se acometida de qualquer moléstia; alegação de que seu embarque era impossível (observe-se que devido ao estado de gestação da indiciada) e até mesmo faltas injustificadas”* (acresceu-se a observação); e ausentou-se do local em que se submetia ao curso de pós-graduação, sem autorização (pp. 25/6 do relatório). A própria comissão reconhece não haver se configurado o abandono de cargo, a inassiduidade habitual e ou a insubordinação grave (pp. 26/7 do relatório), mas a indiciada terá infringido os deveres ínsitos aos itens III (observância de normas legais e regulamentares), IV (cumprimento de ordens superiores) e X (ser assíduo e pontual ao serviço) do art. 116 e, ainda, a proibição de proceder de forma desidiosa, contida no item XV do art. 117, ambos da Lei nº 8.112, de 1990 (pp. 27/8 do relatório).

13. Na maneira de pensar da c.i., a desídia com que se houve a indiciada se caracterizou *“pois foi negligente e agiu com descaso ao não atender à ordem do Magnífico Reitor da UFSCar para retornar às suas atividades na UFSCar, e faltou com a verdade ao justificar que não poderia retornar ao Brasil, pois nenhuma companhia aérea permitiria seu embarque com 32 (trinta e duas) semanas de gestação, sem autorização médica”* (p. 28 do relatório).

14. O novo estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112, de 1990) estatui a responsabilidade administrativa pelo exercício irregular das atribuições e proíbe que se proceda de forma desidiosa, cominando a penalidade de demissão ao transgressor da norma (arts. 117, 121 e 132). Constitui pressuposto da infração o exercício de fato das atribuições cometidas ao servidor.

15. Não é possível a infringência do preceito, através do prisma jurídico, quando o servidor se afasta do desempenho do cargo de que seja titular, com o objetivo de freqüentar curso de aperfeiçoamento, por isso que se abstrai efetivamente das atribuições funcionais, enquanto dura o aprendizado. É irrelevante para a tipificação do ilícito administrativo a faceta de as normas disciplinadoras da matéria considerarem o período de estudo no exterior *“como de efetivo exercício”* (art. 102 da Lei nº 8.112), eis que a contagem desse tempo, como se fora de serviços prestados, é resultante de uma ficção jurídica a que não se pode atribuir a conotação de fato real, para os fins de caracterização de infração disciplinar.

16. O enquadramento da conduta da indiciada no inciso XV do art. 117 suso não se harmoniza também com as preleções doutrinárias, que adstringem a desídia ao exercício de fato das atribuições do servidor. Vejam-se alguns pronunciamentos nessa linha de posicionamentos jurídicos:

“Desídia. Derivado do latim, *desidia*, de *desidere* (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o *desleixo*, a *desatenção*, a *indolência*, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos... A *desidia* habitual, equivalente à *negligência contumaz*, reveladora de sucessivos e injustos *desleixos*, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia, pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas aos de todo o estabelecimento.” (De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico, Rio de Janeiro: Forense, 1989, 11ª ed., p. 53/4)

“8. *Desidia* (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à *negligência*: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. Caracteriza-se como *desidioso* no desempenho de sua obrigação contratual o médico que tendo realizado cirurgia em menor, abandona o seu dever de assistência ao paciente, ausentando-se do trabalho por vários dias, ocasionando a perda de órgão, por necrose devida ao mau atendimento, sobretudo se prova técnica conclui por *imperícia*, *negligência* e *imprudência* do reclamante como causa do agravamento da situação do paciente (TFR, RO 5.609-PE, Dias Trindade, Ac. 1ª T.). Constitui justa causa - *desidia* - faltas injustificadas reiteradas, atrasos ao serviço e saídas adiantadas, em ordem de autorizar a rescisão do pacto laboral (TRT, 10ª Reg., RO 2.194/85, João Rosa, Ac. 1ª T., 2.446/86).” (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3)

“11. *Desidioso* é o empregado que, na execução do serviço, revela má vontade e pouco zelo. Essa falta só se concretiza, como é óbvio, na empresa. Embora a *desidia* se prove, na maioria dos casos, através de atos repetidos, é admissível a sua caracterização com um único ato. Russomano nos dá exemplo do eletricitista que inutiliza máquinas da empresa em virtude de erro cometido na instalação elétrica.” (Eduardo Gabriel Saad - CLT Comentada, 23ª ed., São Paulo: Ed. LTr Ltda, p. 326)

“O empregado tem a obrigação de ser ativo, diligente e interessado nas tarefas que lhe entregam. A *desidia* é a violação desse dever: é a *negligência*, a *imprudência*, a má vontade revelada pelo empregado na execução de seus encargos. É, portanto, uma daquelas justas causas que só se realizam dentro das empresas, durante o serviço ou com reflexo no trabalho. Assume ela mil formas diferentes na vida prática. Os modos mais comuns de revelação da *negligência* ou da *imprudência* do empregado são: pouca produção, produção de mercadorias de qualidade inferior, faltas repetidas e injustificadas ao trabalho, chegadas tardias ao serviço, serviços mal executados etc. Quando a *desidia* é intencional, como na sabotagem, onde há a idéia preconcebida de causar prejuízos ao empregador, por esse aspecto doloso, ela se identifica com a improbidade. A *desidia* propriamente dita, de que trata a alínea E deste dispositivo, é a *desidia* indeliberada, a *desidia* culposa, através da qual se processa a violação dos deveres funcionais do obreiro por *negligência* ou *imprudência*. Embora Jorge Severiano Ribeiro entenda que só há *desidia* quando houver *negligência*, é forçoso reconhecer que o motorista que, imprudentemente, ocasiona acidente no veículo que lhe foi confiado, atuou sem a atenção necessária e pode ser dispensado, por ter agido com *desidia* (op. cit., p. 151). Não são, porém, os pequenos lapsos de produção, os pequenos erros técnicos do empregado, as pequenas faltas de atenção que criam a *desidia*.

É indispensável que tal seja repetido muitas vezes para haver a justa causa. Se vamos considerar a desídia através de uma de suas formas mais comuns - ausências injustificadas ao trabalho - é claro que a habitualidade será seu requisito essencial.” (Mozart Victor Russomano - Comentários à CLT, 13ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 561)

17. A viabilidade da incidência do disposto no art. 117, inciso XV, combinado com o art. 132, inciso XIII, da Lei nº 8.112, de 1990, é objeto de apreciação por Ivan Barbosa Rigolin, nas suas exatas expressões de que o *“inciso XV é de uma generalidade tão evasiva e difusa que não tem o menor cunho de praticidade, nem com isso a menor exeqüibilidade objetiva. O que para um julgador é desídia é para outro estrito cumprimento do dever. Apenas casos extremos serão, na hipótese, apenados ou investigados com detença”* (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 211).

18. É consentâneo com a ordem jurídica, portanto, asserir que a conduta e a situação funcionais da indiciada, na oportunidade em que os fatos objeto do presente processo se verificaram, não ensejam a incidência da penalidade cominada no art. 132, combinado com o art. 117, supramencionados, dada a atipicidade.

19. O exposto induz à conclusão de que:

a) as provas dos autos não demonstram que a indiciada tenha sido notificada a respeito do depoimento, prestado à f. 100 e considerado pela comissão de inquérito na formação de seu juízo sobre a culpabilidade da servidora, em dissonância com o contraditório, consistente inclusive em que a *“todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”* (Celso Ribeiro Bastos - Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol., p. 267), do que ressaí a nulidade do processo;

b) a conduta funcional da indiciada, afastada do exercício de fato de suas atribuições, para submeter-se a curso de aperfeiçoamento, no exterior, não se ajusta às prescrições do art. 117, inciso XV, da Lei nº 8.112, de 1990, em que se fundamenta a proposta de aplicação da penalidade expulsiva, motivo por que o julgamento não se insere na esfera de competência do Presidente da República (cfr. o § 3º do art. 167 da Lei nº 8.112). Essa decisão se inscreve na área das atribuições do Reitor da Universidade Federal de São Carlos, autoridade que designou a comissão de inquérito, *ex vi* do art. 166 do mesmo Diploma Legal.

20. Se acolhidas as conclusões contidas no item anterior, poderá o processo ser restituído ao Ministério da Educação e do Desporto, com vistas à decisão da autoridade julgadora, acima indicada.

Sub censura.

Brasília, 09 de outubro de 1995.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade. Indicação de irregularidade e autor na portaria de instauração. Falta de notificação do acusado para acompanhar testemunhos. Surgimento de outro acusado ou de infração conexa. Pré-julgamento em proposta punitiva sem indicição.

PARECER AGU Nº GQ-98

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 14.3.96”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 08550.001062/92-24

ORIGEM: Instituto Nacional de Metrologia

ASSUNTO: Declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar, em decorrência da inobservância do princípio do contraditório e da presunção de culpabilidade do servidor envolvido em irregularidade.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-13/95, de 23 de novembro de 1995, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 14 de março de 1996

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO,
Advogado-Geral da União.

PARECER Nº AGU/WM-13/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-98)

EMENTA: É nulo o processo disciplinar em que se define a autoria previamente à apuração dos fatos, o servidor é qualificado como indiciado durante toda a evolução do processo, não se efetua a indicição e são tomados depoimentos sem notificar-se o acusado, para presenciá-los.

PARECER

Em vista de auto de prisão em flagrante, lavrado, em 27 de fevereiro de 1992, na 2ª Delegacia de Polícia - Asa Norte, da Polícia Civil do Distrito Federal, o Presidente do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) expediu a Portaria nº 72, de 30 de abril de 1992, instituindo comissão de processo disciplinar, para *“apurar a responsabilidade do servidor (...), lotado na SUR-01-DF, por fatos ocorridos no exercício de suas atribuições funcionais conforme Processo em tramitação na 2ª Delegacia de Polícia - Asa Norte, de Brasília, Distrito Federal.”*

2. O colegiado, assim designado, procedeu à apuração da “responsabilidade do servidor”, propondo a infligência da penalidade de demissão, por haver sido inobservada a proibição do art. 117, item XII, da Lei nº 8.112, de 1990 (fl. 111 dos autos), sugestão que ensejou o encaminhamento do processo ao Ministério da Justiça, a quem, à época, o Inmetro se encontrava vinculado, na condição de entidade autárquica.

3. Naquela Secretaria de Estado, a respectiva Consultoria Jurídica examinou a configuração da falta disciplinar, concluindo pela inexistência, no processo, *“de prova concludente da prática do ilícito funcional atribuído ao servidor em referência”* (Par. CJ.

314/92, e Despacho CEP/CJ nº 121/92, às fls. 116/23), em face do que os autos foram restituídos ao Inmetro, sem submetê-los ao julgamento do Presidente da República, considerado como autoridade julgadora, *ex vi* do art. 167, § 3º, da Lei nº 8.112, de 1990.

4. Vinculada a supramencionada Autarquia ao Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, submeteu-se o assunto à apreciação da Consultoria Jurídica do último, à qual pareceu *“que os elementos contidos nos autos, denunciadores da existência de corrupção passiva, crime que se materializa por solicitar ou receber vantagem indevida em razão da função, ou seja, utilizando-se da função como moeda de barganha, caracterizam a existência de irregularidade passível de demissão, caso em que o julgamento, a teor do § 3º, do art. 167, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cabe ao Exmo. Senhor Presidente da República”* (v. a Nota Conjur/nº 007/93 e o Aviso nº 14/93-GM, do Ministro de Estado da Indústria, do Comércio e do Turismo - fls. 126/30).

5. A esse entendimento anuiu a Advocacia-Geral da União, no que se refere à existência da infração e à autoria, na forma dos PARECERES AGU Nº JCF-04, de 15 de abril de 1993, e CGU-005/93, de 7 de abril de 1993, publicados no Diário Oficial de 20 subsequente. A propósito dos aludidos entendimentos, a Advocacia-Geral da União promoveu a publicação do despacho de 12 de maio de 1993, exarado no Proc. nº 00401.000088/93, *in* D.O. de 13 subsequente, no qual é dirimido o aspecto de que determinados pareceres desta Instituição não se revestiam do caráter normativo para a Administração Federal, dentre os quais figuram os especificados neste item. Veja-se excerto do aludido Expediente, *verbis*:

“Por essas razões, e até que venham a ser republicados com a aprovação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, não está a Administração Federal obrigada a lhes ‘dar fiel cumprimento’, devendo suspender, de imediato, todas as providências que porventura já tenham sido tomadas para atender as conclusões constantes dos Pareceres nºs JCF-01/93, JCF-02/93, JFC-03/93 e JCF-04/93.”

6. Por intermédio do Aviso nº 353/93-GAB, de 19 de maio de 1993, o Titular da Pasta da Indústria, do Comércio e do Turismo solicitou à antiga Secretaria da Administração Federal da Presidência da República que fosse *“a matéria submetida a julgamento do Senhor Presidente da República após o indispensável exame por essa Secretaria, para o que encaminho minuta de decreto e respectiva Exposição de Motivos”*.

7. De forma seqüencial, o Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado submeteu os autos à consideração do Presidente da República, com a sugestão de que fosse declarada a nulidade do apuratório, porquanto teriam sido infringidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, louvando-se, para tanto, no Parecer Conjur/MARE nº 227/95, da lavra de sua douta Consultoria Jurídica (cfr. a Exposição de Motivos nº 224 GAB/MARE, de 7 de agosto do ano em curso), que asseriu, *verbis*:

“Isto posto, somos pela anulação do PAD, aproveitando-se as provas materiais, bem como determinando-se a instauração de um novo processo no prazo máximo de 30 (trinta dias), considerando que o primeiro acusado não foi regularmente notificado, fl. 23, como determinado no art. 156 da Lei nº 8.112/90; considerando que, com o expediente de fl. 41, a Presidente da Comissão mais teria de comunicar-lhe de seus direitos, indicando-lhe que as pessoas de que tratam as fls. 28/33 seriam reinquiridas, e não houve aditamento à Portaria de fl. 10, indicando o nome do segundo acusado e sua conseqüente publicação; considerando, finalmente, que o termo de indicição não foi lavrado, tudo, nos termos do art. 169, da multicitada Lei nº 8.112/90, *verbis*: ‘Verificada a existência de vício insanável, a autoridade

julgadora declarará a nulidade total ou parcial do processo e ordenará a constituição de outra comissão, para instauração de novo processo’.”

8. O exame dos autos proporciona ao parecerista a firme convicção de que devem ser desenvolvidas algumas considerações, *de lege lata*, a respeito da seqüência dos atos que, cada um à sua vez, norteiam a evolução de investigação efetuada para dirimir controvérsias e solucionar pendências no âmbito disciplinar, aliás como se verificou.

9. A violação de norma interna da Administração, por parte de servidor público submetido ao regime jurídico específico, requer a adoção de providências, disciplinadas em lei, em sentido formal, para que seja determinada a verdade dos fatos e, em decorrência, restabelecida a ordem social, tanto assim que a Lei nº 8.112, de 1990, no art. 143, atribui à autoridade administrativa o poder-dever de efetuar a imediata apuração de irregularidade de que tenha conhecimento, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, sob pena de, não o fazendo, incorrer no crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

10. A autoridade pública há de possuir o discernimento necessário para aquilatar sobre a modalidade do apuratório a ser adotada, se sindicância ou processo disciplinar, o que se apercebe do exame da gravidade da infração a ser investigada. Quanto a essa faceta, é significativo o disposto no art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, que admite, provenientes de sindicância, os resultados de arquivamento do processo (o que consubstancia a sindicância não deve ser identificado como sendo o processo administrativo disciplinar objeto do regramento insito ao art. 148 e seguintes da Lei nº 8.112/90); de aplicação da penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias; e de instauração de processo disciplinar, que se verifica com a publicação do ato de constituição da comissão apuradora (v. o item I do art. 151 da Lei nº 8.112/90). Afora essas hipóteses, em princípio, a infração, em se revestindo de maior gravidade, justifica sua apuração em processo de rigor.

11. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. É por esse motivo que a Lei atribui à comissão a incumbência (de que não pode declinar) de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, a fim de obter provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos. Com esse desiderato, efetua a completa apuração das irregularidades e, em consequência, indicia aqueles em relação aos quais são comprovadas a existência da falta e sua autoria. A c.i. desenvolve suas funções de apuração com imparcialidade e, somente após configurada a infração disciplinar, indicia o servidor, “*com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas*”(art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990).

12. É defeso à autoridade que instaura o processo, por qualquer meio, exercer influência sobre o colegiado a que a Lei assegura independência no seu mister elucidativo (art. 161 aludido) e, a este, não é admitido prejudicar a culpabilidade do servidor.

13. Esta Instituição já firmou orientação, de forma iterativa, vinculando os órgãos e entidades da Administração Federal, no sentido de que não se indicam, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos servidores envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, pois essa medida, se efetivada, não se adequaria ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112, de 1990, para que se observem o princípio do contraditório, e na fase processual de inquérito. Há que se atentar para o aspecto de a Lei Maior impor a observância do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo (art. 5º citado), sem especificar a fase processual em que isto deve ocorrer, com o propósito de a matéria

ser regulada em norma infra-constitucional, tanto assim é que a Lei nº 8.112 assegura a ampla defesa no curso de todo o processo, compreendendo o contraditório, a ser obedecido no inquérito, correspondente à 2ª fase do processo (cfr. os arts. 143; 151, II; e 153). Este abrange a instauração (ocorre com a publicação do ato de constituição do colegiado), o inquérito administrativo (compreende a instrução, a defesa e o relatório) e o julgamento.

14. Essas conotações do apuratório demonstram a desnecessidade de consignarem, no ato de designação da c.i., os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, medidas não recomendáveis até mesmo para obstar influências no trabalho da comissão ou presunção de culpabilidade. Efetua-se a notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, imediatamente após a instalação da c.i., para garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112, cujo art. 161, de forma peremptória, exige a enumeração dos fatos irregulares na indicição (PARECERES AGU Nº AGU/WM-2/94 e AGU/WM-13/94, adotados pelo Sr. Advogado-Geral da União, mediante os PARECERES AGU Nº GQ-12 e GQ-37, e sufragados pelo Senhor Presidente da República, in D.O. de 10/2/94 e 18/11/94).

15. Na hipótese de exsurgirem evidências quanto à autoria, mas envolvendo outros servidores que não os identificados antes da instauração do processo, ou emergirem infrações conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar, esses fatos devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da designação da c.i. e incapazes de acarretar a nulidade processual, desde que sejam adotadas medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração. Assim ocorrendo, a comissão deve editar os atos que se impuserem, com vistas a garantir ao servidor o exercício do direito de acompanhar o processo, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, caso se cuide de prova pericial, contudo sem aditar-se a portaria de designação da c.i. ou refazerem-se os atos processuais (art. 156 da Lei nº 8.112). No caso de depoimento, deve ser elucidada ao servidor, já na notificação para o acompanhamento da evolução do processo, a faculdade atribuída pela Lei para a reinquirição de testemunhas, com o que ser-lhe-á proporcionado o contraditório, isto é, o direito de opor-se ou dar a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer interpretação jurídica diversa daquela fixada pelo autor, no respeitante a todo ato processual já praticado (Celso Ribeiro Bastos - Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, 2º vol., p. 267).

16. Compreende na função institucional desta Advocacia-Geral, e denota-se imprescindível ao julgamento a ser proferido pelo Senhor Presidente da República, o exame do aspecto formal do processo, face ao entendimento supra, o que é efetuado, a seguir.

17. O ato de instauração do presente processo disciplinar dilucida que a comissão de inquérito estava sendo constituída para *“apurar a responsabilidade do servidor..., por fatos ocorridos no exercício de suas atribuições”* (Portaria nº 72, de 30/4/92, do Presidente do Inmetro, fl. 10).

18. Na reunião do dia 7 de maio de 1992, em que a c.i. se instalou, ficaram deliberadas a apresentação da proposta de afastamento preventivo e a adoção de outras providências, mas o servidor já é qualificado como “indiciado”(fl. 14). Esta condição igualmente é sobrelevada na intimação de fl. 22 e, no “mandado de citação” de fl. 23, é consignada com as seguintes expressões: *“Fica também citado para acompanhar, na condição de indiciado, toda a instrução do Processo Disciplinar que lhe é movido....”*. Idêntica qualificação é utilizada pela c.i. noutros mandados de intimação, depoimentos, ofícios e atas de reunião, na forma dos documentos de fls. 25, 26, 30, 32, 39, 41, 51, 52, 66, 68, 71, 72, 74, 75 e 76.

19. A certeza de que o servidor havia cometido infração tinham a autoridade julgadora e a presidenta da comissão processante, previamente à apuração dos fatos, na forma evidenciada nos documentos de fls. 10 e 15.

20. Há dissenso entre esse posicionamento da c.i. e o estatuído no art. 161 da Lei nº 8.112, cuja aplicação é prelecionada pelo Supremo Tribunal Federal, com o jaez que se segue. *“Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como ‘acusado’), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, ‘caput’), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado’, citado por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, ‘caput’ e parágrafos 1º e 3º)”* (Mandado de Segurança nº 21721-9 - Rio de Janeiro, in D.J. de 10/6/94).

21. O servidor, na espécie, foi tido e havido como indiciado desde o início dos trabalhos apuratórios, tanto que a c.i. não formalizou a indicição, *“com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”*, uma vez tipificada a infração disciplinar, como determina o preciso art. 161 da Lei nº 8.112.

22. Por oportuno, deve ser realçada a opinião de Ivan Barbosa Rigolin, pertinente a esse aspecto do processo disciplinar, *ipsis verbis*:

“Tenha ou não existido sindicância, se pela instrução processual a Administração entender tipificada alguma infração disciplinar, então enquadrará formalmente o servidor no tipo infracional correspondente, indicando os dispositivos da L. 8.112 infringidos, especificando com toda minúcia os fatos imputados ao servidor e declinando, a partir daí, as provas que pode colher daquele cometimento. É sumamente importante que não se negligencie na estrita observância de todos esses requisitos acusatórios, pois outra vez se recorda que o direito constitucional à ampla defesa do acusado pode ser sempre invocado para nulificar o processo que não observe o ‘due process of law’ (devido processo legal).” (Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 267/8)

23. É indubitoso que a comissão prejulgou, quiçá e inclusive influenciada pelos termos utilizados no ato de sua designação.

24. De forma coerente com essa convicção e não obstante haver notificado regularmente o acusado para acompanhar a evolução processual (fl. 23), a comissão colheu os depoimentos de fls. 28/33, sem notificar o acusado a respeito, vindo posteriormente a *“consultá-lo sobre seu interesse em ter realizadas novas audiências, como discriminado acima, quando então lhe será dada a oportunidade de manifestar-se, pessoalmente ou através de seu representante legal, obedecendo, assim, o princípio do contraditório”* (fl. 41).

25. A falta de notificação para o acusado acompanhar, se o quisesse, os supramencionados depoimentos tornou o processo eivado de vício, mas sanável, como o foi pelo documento de fl. 41. A temporária inobservância do direito do acusado resultava de que o art. 156 da Lei 8.112 assegura *“ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”*. Foi proporcionada ao servidor a oportunidade para reinquirir e, assim, garantido o direito de contraditar, pois este consiste, nas expressões de Celso Ribeiro Bastos, em a todo ato

produzido caber *“igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”*.

26. No entanto, foram intimados e depuseram (...) (fls. 50 e 58/9), (...) (fls. 71/2) e (...) (fl. 73), sem que fosse juntado aos autos comprovante da notificação do servidor para acompanhar os depoimentos. Em tese, o arrolar testemunhas pressupõe a intenção do acusado em reinquirir, razão pela qual não supre a notificação para presenciar o depoimento o aspecto de as asserções destas não influenciarem na formação do juízo sobre a culpabilidade, como é o caso dos esclarecimentos prestados pelos dois últimos servidores, na qualidade de depoentes da defesa. O contexto do processo disciplinar sob comento induz a que se considerem a falta de notificação e os demais aspectos, acima expostos, dissonantes do direito à ampla defesa, com o fito de ser reconhecida a nulidade processual e efetivada nova apuração dos fatos, com a desejada agilidade (o ilícito objeto do processo ocorreu em 1992). Destarte, será determinada a verdade dos acontecimentos, sem a intenção deliberada de exculpar ou incriminar o servidor, possivelmente envolvido na prática delituosa enfocada.

27. Como exposto, o processo disciplinar se reveste de imperfeições conducentes à certeza da inviabilidade jurídica do seu saneamento. A nulidade, induvidosa, deve ser declarada, impondo-se, no entanto, a designação de nova comissão, destinada a apurar os fatos, com observância do contraditório e da ampla defesa.

28. Esforços devem ser desenvolvidos com vistas a proporcionar o desate da pendência com a necessária agilidade, eis que está por decidir o restabelecimento da ordem social, há mais de três anos, a fazer-se com o julgamento em que se conclua pela inflição da penalidade ou exculpação do servidor.

Sub censura.

Brasília, 23 de novembro de 1995

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União.

Assuntos abordados neste Parecer: Cerceamento de defesa deve ser provado e não apenas presumido. Ausência de advogado no interrogatório do acusado. Oitiva de testemunha após o interrogatório do acusado.

PARECER AGU Nº GQ-99

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 14.03.96”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23077.019305/92-99

ORIGEM: Universidade Federal do Rio Grande do Norte

ASSUNTO: Inviabilidade da declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-1/96, de 10 de janeiro de 1996, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 14 de março de 1996

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União.

PARECER Nº AGU/WM-1/96 (Anexo ao Parecer nº GQ-99)

EMENTA: O cerceamento de defesa, por ser um fato, não se presume; porém, há de ser demonstrado, em face do contexto do processo disciplinar.

PARECER

A Universidade Federal do Rio Grande do Norte instaurou o presente processo administrativo disciplinar, a fim de apurar irregularidade atribuída a ocupante do cargo de Assistente de Administração do quadro de pessoal da supramencionada instituição de ensino, consistente no desaparecimento de cinco mil litros de gasolina, adquiridos à Petrobrás - Distribuidora de Petróleo, em 3 de abril de 1992.

2. Concluída a apuração dos fatos, a comissão de inquérito asseverou que o indiciado infringiu os arts. 116, incisos I a II e XII; 117, incisos II e IX; 122; e 132, incisos I, IV e X, todos da Lei nº 8.112, de 1990 (cfr. a p. 6 do relatório de fls. 147/52), com o que aquiesceu a douta Consultoria Jurídica do Ministério da Educação e do Desporto, nos pronunciamentos de fls. 160/4.

3. Em decorrência, aquela Secretaria de Estado encaminhou os autos à antiga Secretaria da Administração Federal, sucedida pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, cuja douta Consultoria Jurídica emitiu o parecer de fls. 169/74, em que o assunto é submetido à apreciação do Titular do respectivo Órgão, com projetos de aviso e de exposição de motivos contendo a proposta de declaração de nulidade do processo disciplinar, dos quais resultaram o Aviso nº 529 GAB/MARE e a Exposição de Motivos nº 238/GAB/MARE, ambos de 30 de agosto de 1995 (fls. 167/8), onde se constata a assertiva de que é imperativa a declaração da nulidade processual, dado o comprometimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

4. Ante o dissenso assim estabelecido entre os aludidos Órgãos jurídicos, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República transmitiu os autos ao MEC, para reexame do assunto pela Consultoria Jurídica da citada Secretaria de Estado, que os volveu, após refutar as asserções do MARE.

5. De maneira seqüencial, o Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República encaminhou processo a esta Instituição, *“em face de divergências entre as Consultorias Jurídicas dos Ministérios da Administração Federal e Reforma do Estado e da Educação e do Desporto”*, presumidamente para que se estabeleça o deslinde da pendência. (Aviso nº 2.615, de 15.12.95).

6. São ponderáveis as preleções das aludidas Consultorias, motivo por que devem ser cotejadas, no respeitante aos seus fundamentos, de ordem fática e jurídica, dando azo a melhor visualização da temática de validade processual, se adstrita aos ditames legais concernentes ao processo escorreito.

ENTENDIMENTOS DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS

- MARE

“5. Do mesmo modo que no PAD anterior, a que já nos referimos, o acusador foi intimado para prestar declarações, como denunciante, com audiência marcada para 28 de julho de 1993, às 8:00 hs. no Setor I do Campus Universitário (Prática Forense), sede da Comissão. O acusado, citado para audiência de interrogatório com data também prevista para o dia 28 de julho de 1993, às 9:00 hs. no mesmo Setor I do C.U., cujos termos da aludida citação se encontram consubstanciados da mesma forma dos da citação do Procedimento anulado.

6. As intimações dos servidores (...), (...) e (...), arrolados pelo Colegiado para depor como testemunhas, no presente caso, apontaram como local o já mencionado nos itens que antecederam, data 28.07.93, os horários também estabelecidos nos mandados que compõem os autos de fls. 118 a 122.

7. Não obstante terem sido o acusador e acusado intimado e citado para as audiências, cujas datas eram as mesma (dia 28.07.93) e local também o mesmo, apenas variando os horários. A hipótese adotada por mais que se queira, não supre de forma alguma, o ato de notificação em que se leva ao acusado o conhecimento dos dias, local e horários das audiências de oitivas das testemunhas.

8. A rigor, o art. 156, *caput*, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nos seus precisos termos, assevera que ‘É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial’. Mas, para que isso ocorra plenamente, faz-se necessário que o acusado seja notificado previamente da pauta das audiências a serem realizadas na fase da instrução probatória, ou assim não correndo, seja notificado para uma a uma das audiências das testemunhas, fazendo-se constar data, local e horários das oitivas. Isto não acontecendo, gera vício insanável que resulta na impossibilidade de se executar os sagrados princípios do contraditório e da ampla defesa definido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e contemplados nos arts. 153, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

9. Bom que se diga que a notificação, a que nos reportamos, deverá chegar às mãos do acusado pelo menos 24 (vinte e quatro) horas antes de cada

audiência, principalmente porque no caso de o mesmo dispor de advogado legalmente constituído, este tenha suficiente tempo para preparar as perguntas que se fizerem necessárias.

10. Também não podemos deixar de elucidar que o acusado foi interrogado (fls. 125/126) sem se fazer acompanhar de advogado por ele constituído ou dativo designado pela Presidente da Comissão Processante. Isso compromete o princípio da ampla defesa, conseqüentemente, constitui vício insanável.

11. Por outro lado, consta do Relatório Final da Comissão Processante e das demais peças dos autos que foram ouvidos o acusador, acusado e testemunhas, sendo que, na conformidade do que dispõe o art. 159, da Lei nº 8.112/90, será sempre o último a ser interrogado (primeiro o acusador, segundo as testemunhas de acusação, terceiro as testemunhas de defesa, caso as tenham, por derradeiro o acusado).

12. Com efeito, o art. 159, da Lei nº 8.112/90, textualmente dispõe: 'Art. 159 - Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158'.

13. A propósito, cumpre-nos, ainda, salientar que, dentre os vícios de formalidades apontados, detectamos que os atos de citação, intimações de testemunhas e citação para defesa foram exarados pela Secretária da Comissão, por ordem do Sr. Presidente, onde a Lei nº 8.112/90, no seu art. 157, determina serem estes atos da competência exclusiva do Presidente do Colegiado, dispondo verbis: 'Art. 157 - As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo Presidente da Comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexado aos autos'.

15. Assim, se os sagrados princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 153, da Lei nº 8.112/90, não foram devidamente observados, do exame do Processo impõe a declaração de sua nulidade por tais princípios constituírem requisitos imprescindíveis à formação do Processo."

- MEC

"4. Os vícios insanáveis apontados no Parecer Conj/MARE nº 259/95, segundo nosso entendimento, constituem meras formalidades que não implicam prejuízo em detrimento da veracidade dos fatos, bem como obstáculos ao exercício do direito de defesa do servidor, conforme vejamos a seguir:

a) com referência ao item 5, do referido Parecer, nada impede no procedimento disciplinar que o denunciante preste declarações no mesmo dia em horário diferente do servidor acusado, já que é permitido ao mesmo o direito de seguir de perto o desenvolvimento da colheita de provas, conforme o previsto no art. 156, *caput*, da Lei nº 8.112/90;

b) no que refere aos itens 7 e 8, verificamos que o servidor foi notificado às fls. 119 a comparecer à audiência de interrogatório no dia 28 de julho de 1993, na mesma data e horários diferentes do denunciante e testemunhas, de forma a poder acompanhar na condição de acusado toda a instrução do processo que lhe foi movido, tendo o mesmo prestado declarações às fls. 125/126 e acompanhado o depoimento do denunciante, testemunhas e declarantes às fls. 123/124 e 127/132;

c) relativamente ao item 10, elucidamos que o interrogatório do servidor acusado não tem que ser obrigatoriamente assistido por advogado, querendo, para melhor defendê-lo, poderá o acusado nomear um procurador para o fim que for, é um direito constitucional, conforme se vê no inciso LV, do art. 5º, da Carta Magna, não lhe podendo ser, por óbvio, furtado o direito de acompanhar pessoalmente o processo, de acordo com o disposto no art. 156, *caput*, da Lei nº 8.112/90;

d) com relação ao item 11, que questiona o interrogatório do acusado antes das testemunhas, manifestou-se a Advocacia-Geral da União, através do Parecer nº GQ-37, publicado no D.O.U. de 18 de novembro de 1994, que ‘a só antecipação do interrogatório do acusado, de modo a preceder os depoimentos de testemunhas, em dissonância com o art. 159, da Lei nº 8.112, de 1990, não resulta em cerceamento de defesa ou nulidade processual’;

e) quanto ao item 13, os atos de citação e intimações constantes dos autos foram assinados pela Secretaria da Comissão, porém, de ordem do Presidente da Comissão Processante, o que nos leva a considerar a validade desses atos.

5. Face ao exposto, mantemos as conclusões do Parecer nº 260/93, desta Consultoria Jurídica, ou seja, pela aplicação da penalidade de demissão ao servidor.”

7. Não se estabelece discrepância de que, numa decorrência da imperativa observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, preconizados pelos arts. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, e 5º, item LV, da Constituição, o acusado deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos a serem colhidos com o propósito de determinar a verdade dos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente ser-lhe-á atribuída.

8. A infringência desses comandos implica nulidade processual, mas a violação do direito atribuído ao acusado há de ser demonstrada, por se constituir num fato jurídico. Em sendo assim caracterizado, afigura-se inadmissível sua mera presunção, amparada em aspectos idealizados e entendidos adequados à conduta ideal da comissão apuradora, contudo sem resultarem de norma ordinatória. Na sua função investigatória, o colegiado tem sua atuação pautada pelo princípio da legalidade, com o que não se coaduna exigir a prática de atos considerados benéficos ao acusado, porém sem previsão em lei.

9. A regularidade dos atos processuais, editados com vistas à verificação das irregularidades e da autoria, se adstringe à noção e finalidade do contraditório e da ampla defesa, como elementos atuantes na formação do juízo sobre a ilicitude dos fatos e da responsabilidade dos agentes nestes envolvidos. Nos termos do entendimento de Celso Ribeiro Bastos, o primeiro princípio, numa exteriorização da ampla defesa, implica em que, no desenvolvimento do processo disciplinar, a *“todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”* (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol., p. 267), de modo que a c.i. proporcione à autoridade julgadora os elementos probatórios necessários à formação de seu convencimento sobre a verdade dos fatos e da extensão da participação dos acusados. À sua vez, a ampla defesa se assegura ao acusado com o objetivo de que tenha *“iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado”* (op. cit.), observadas as peculiaridades processuais e a competência e deveres da comissão de inquérito, dimanantes das normas de regência do assunto (art. 148 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990). A apuração efetuada e o exercício do direito de defesa por parte do servidor, envolvido nas irregularidades, têm o

escopo de proporcionar à autoridade julgadora condições de aquilatar se os elementos de convicção e a versão da verdade, exposta por ambas as partes (c.i. e indiciado), permitem seu convencimento.

10. As medidas adotadas pela c.i., anteriormente à notificação de fls. 119, não imprimiram o caráter dialético ao desenvolvimento do processo, prescindível, portanto, o seu acompanhamento por parte do acusado, convocado para exercer seu direito assegurado pelo art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, nos seguintes termos:

“De ordem do Sr. Presidente da Comissão Especial designada pela Portaria nº 389/93-R, de 12 de Julho do ano de 1 993, do Magnífico Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), cita V.Sa. à comparecer à audiência de interrogatório que se realizará no dia 28 de julho do corrente ano, pelas 9:00 horas, no setor I, do Campus Universitário (Setor de Prática Forense), sede da Comissão. Fica, também, citado para acompanhar na condição de acusado toda a instrução do processo administrativo que lhe é movido, podendo se fazer assistir por advogado legalmente constituído, bem como, dentro do prazo legal de 10 dias, (art. 161, da Lei 8.112/90), contados da audiência, apresentar a defesa que tiver, e, requerer a provas que entender de seu interesse.”

11. Não obstante consignarem o ciente em 28 de julho de 1993, as intimações e notificação de fls. 118 a 122 (exceto a de (...), que não após seu ciente, porém prestou o depoimento correspondente, conforme se vê às fls. 127/8) ensejaram os testemunhos de fls. 123/4, 127/8, 129/30 e 131/2, presenciados pelo então acusado, consoante é asserido às fls. 123 e 148.

12. O exame do contexto do processo evidencia quão despiciendo é o fato de os depoentes e o acusado haverem assinalado a ciência da convocação na mesma data em que foram ouvidos, mesmo porque o último esteve presente às audiências e não arrolou ou peticionou a reinquirição de testemunhas, porém atendeu à indicição ao apresentar a defesa de fls. 140/1, mediante representante legal, sem suscitar qualquer nulidade processual.

13. O cerceamento à ampla defesa não se presume, mas deve ser demonstrado, com a indicação do prejuízo sofrido pelo servidor envolvido na prática dos atos anti-sociais. Na espécie, tão-só asserem a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, indicando os aspectos que, em tese, não se adequariam à conduta da c.i. entendida mais condizente com a salvaguarda do prefalado direito, mas sem demonstrar o efetivo dano. Assim ocorreu pelo simples motivo de que ao servidor foi facultado o acompanhamento da evolução processual e a apresentação da defesa, após as regulares indicição e citação (cfr. as fls. 134/6, 137 a 139, 140/1 e 142), onde se explicita que *“é assegurado o direito de vistas do processo, no horário.... e, requerer as provas que entender necessárias do seu interesse, sendo-lhe assegurado ampla defesa, na forma da Lei”*.

14. Estatui o art. 153 da Lei nº 8.112/90 que o inquérito administrativo compulsoriamente se junte ao princípio do contraditório e que necessariamente será assegurada a ampla defesa, *“com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”*. De forma explícita, o art. 156 subsequente garante ao servidor *“o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”*, e, o art. 159, § 2º, faculta ao representante legal do acusado *“assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas”*, ensejando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

15. O regramento do inquérito administrativo é silente quanto ao comprometimento do princípio da ampla defesa, advindo, daí, vício processual insanável, na hipótese em que o acusado seja *“interrogado (fls. 125/126) sem se fazer acompanhar de advogado por ele constituído ou dativo designado pela Presidente da Comissão Processante”*. De lege lata, esse é cuidado de que deve cercar-se o servidor, a seu talento, sem que constitua qualquer dever da c.i., por isso que não dimanante de lei, como se faria necessário, dado o princípio da legalidade que deve presidir a atuação do colegiado, *ex vi* do art. 37 da Carta.

16. O exposto nos itens 7 a 9 deste Parecer inadmite a ilação de que é capaz de invalidar o processo a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado anteriormente ao de testemunhas. É aspecto a ser examinado em vista do contexto processual e da finalidade do art. 159 da Lei nº 8.112, que estabelece: *“Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 a 158”*.

17. A inteligência desse preceptivo foi fixada no Parecer AGU/WM-13/94, adotado pelo Parecer GQ-37, do douto Advogado-Geral da União, *in* D.O. de 18.11.94. A relevância do tema justifica se reproduza esse entendimento, *verbis*: *“O art. 159 estabeleceu a ordem preferencial de depoimento com o objetivo de orientar a comissão processante na apuração dos fatos, de modo que, colhendo o depoimento das testemunhas anteriormente ao do acusado, presumidamente estaria melhor posicionada em relação ao mérito, face aos acontecimentos de que teria se inteirado, e, destarte, com maiores condições de direcionar o interrogatório do servidor e extrair a verdade sobre sua inocência ou culpabilidade. Nenhum prejuízo decorreu do fato de ter-se ouvido o acusado antes de outras testemunhas, porquanto já existiam provas a respeito da culpabilidade, inclusive a confissão na esfera policial”*.

18. Da mesma forma, não é demonstrado em que efetivamente teria consistido o cerceamento na defesa do indiciado, a quem foi facultado o acompanhamento do processo, inclusive esteve presente às audiências realizadas com as testemunhas. Em decorrência da regular indicição, ao servidor foi dada vista dos autos e facultado o requerimento de provas, bem assim apresentou a defesa. Cabe acrescentar que se trata de processo singelo, que permite se verifiquem, com clareza meridiana, as provas e a imputação da responsabilidade, constatadas, de forma satisfatória, no despacho de instrução de fls. 134/6.

19. O art. 157 da Lei nº 8.112 preconiza que o mandado de intimação para o depoimento das testemunhas seja expedido pelo presidente da comissão processante. Assim o faz com o objetivo de obstar se estabeleça divergência, de ordem jurídica, a respeito da autoridade que seria competente, para tanto, caso fosse omissa a positividade das normas estatutárias.

20. No entanto, o comando ínsito a esse preceptivo se harmoniza com o instituto da delegação de competência, regrado nos arts. 11 e 12 do Decreto-lei nº 200, de 1967, e respectivas normas complementares. Nenhum aspecto exsurge do art. 157 que desautorize a descentralização administrativa, como disciplinada pelos primeiros dispositivos; diversamente, viabiliza a incidência deles, de modo que o presidente do colegiado avalie as circunstâncias em que a investigação se desenvolve e as qualificações do servidor a quem se pretende incumbir das atribuições delegáveis, para imprimir maior rapidez e objetividade às intimações com a autorização delegatória, do que, em tese, não resulta qualquer prejuízo para a defesa do acusado.

21. O despacho de fl. 116, mediante o qual o presidente da c.i. procedeu à delegação de competência para a respectiva secretária, proporcionou a agilização dos trabalhos objeto da descentralização, não ressaindo, daí, qualquer repercussão danosa ao direito do contraditório e ampla defesa.

22. Ainda que desprovidos de força legal suficiente para imprimir nulidade ao apuratório, porquanto não se verificou cerceamento ao exercício do direito de defesa, os aspectos enfocados pelo MARE possuem relevo na medida em que a indicada inobservância de normas pode resultar em descrédito para a Administração. Reveste-se de inteira propriedade a recomendação do Órgão Central do Sipec, inserida no ilustrado Parecer Conjur/MARE nº 295/95, da lavra do Dr. Heleno Cavalcante da Silva, com o seguinte teor: *“É sumamente importante que não se negligencie na estrita observância de todos os requisitos acusatórios, bem como não se descuide do rito processual estabelecido pela Lei nº 8.112/90, haja vista que a Comissão Processante pecou em várias fases do Processo, conforme já se demonstrou”*.

23. A materialidade e autoria do ilícito foram satisfatoriamente apuradas pela comissão, que assim concluiu seu relatório: *“O servidor, matrícula nº 4543-8, Assistente em Administração é reincidente na prática de desvio de combustível conforme se vê em seu depoimento prestado à Comissão Especial, tendo inclusive, sido condenado pela prática de tal delito junto à Justiça Federal do Rio Grande do Norte. No presente Processo Administrativo Disciplinar, está sobejamente comprovado quer através de provas documentais, quer através de provas testemunhais, o desaparecimento e desvio de 5.000 (cinco mil) litros do combustível gasolina que estava sob sua responsabilidade, tendo inclusive confessado que havia alterado os valores dos relatórios. A argumentação da defesa querendo atribuir a vazamentos nos tanques de combustíveis, da exorbitante quantidade de 5.000 litros de combustível gasolina não pode prosperar ante a impossibilidade prática de tal ocorrência, e, também, contradiz frontalmente a prova testemunhal e documental contida nos autos, acrescendo ainda, o fato de reincidência confessada pelo indiciado da prática de desvio de combustível. Frente as provas inseridas nos autos (testemunhal, documental, confissão do próprio indiciado), concluímos que o servidor, já qualificado, infringiu os artigos 116, I, II, III, XII, art. 117, II, IX, art. 122, art. 132, I, IV, X, todas da Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990.”*

24. O depoimento e a defesa do indiciado não desautorizam a convicção proporcionada pelos elementos probatórios, coligidos na fase do inquérito. Na espécie, deve ser observado o disposto no art. 168 da Lei nº 8.112, de 1990, ou seja, o *“julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos”*.

25. A ato punitivo a expedir-se deve ser fundamentado em um único dispositivo da Lei nº 8.112, dado não se tratar de ilícitos administrativos múltiplos.

26. O fato delituoso tipifica a lesão aos cofres públicos, cuja capitulação específica deve embasar a inflição da penalidade ao indiciado (art. 132, item X, da Lei nº 8.112).

27. O presente processo disciplinar poderá ser transmitido ao Ministério da Educação e do Desporto, com vistas à proposta de edição de decreto consubstanciando a punição cogitada, desde que este pronunciamento seja acolhido pelo Sr. Advogado-Geral da União.

Sub censura.

Brasília, 10 de janeiro de 1996

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Inobservância do contraditório. Nulidade. Indicação de irregularidade e autor na portaria de instauração. Escolha entre sindicância e processo administrativo disciplinar (PAD). Surgimento de outro acusado ou de infração conexa.

PARECER AGU Nº GQ-100

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 14.03.96.”* Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00400.000180/96-04 (23000.002327/91-03)

ORIGEM: Ministério da Educação e do Desporto

ASSUNTO: Declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar, em decorrência de inobservância do princípio do contraditório

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-2/96, de 16 de fevereiro de 1996, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 14 de março de 1996

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO,
Advogado-Geral da União.

PARECER Nº AGU/WM-2/96 (Anexo ao Parecer nº GQ-100)

EMENTA: É imprescindível declarar-se a nulidade de processo administrativo disciplinar, originária da inobservância do princípio do contraditório de que resulta prejuízo para a defesa.

PARECER

Em face de controvérsia estabelecida entre as doudas Consultorias Jurídicas do Ministério da Educação e do Desporto e do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, abrangente do aspecto da validade do processo administrativo disciplinar, desenvolvido para apurar irregularidades em que estariam envolvidos servidores da primeira Secretaria de Estado e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, o Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República encaminhou os autos a esta Instituição, a fim de proceder-se ao deslinde da pendência.

2. O apuratório versa sobre numerosas e graves irregularidades que teriam sido praticadas por seis servidores, no âmbito da Delegacia do Ministério da Educação e do Desporto no Rio Grande do Norte. Nenhuma dissonância se constata quanto à materialidade dos ilícitos administrativos, mas verifica-se a divergência sobre a validade jurídica de atos processuais, motivo por que devem ser dirimidos precipuamente os seguintes aspectos:

a) necessidade de efetuar-se a “acusação” de servidor, possivelmente envolvido na prática de infrações disciplinares, com o intuito de que *“seja conhecida pelo acusado antes da abertura da instrução probatória, considerando que o mesmo, com arrimo nos princípios do contraditório e da ampla defesa e, em especial, nos artigos 153 e 156 da Lei 8.112/90, tem o direito de acompanhar pessoalmente e/ou por procurador, toda a instrução*

processual, podendo, inclusive, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”;

b) *imperatividade da “citação” para o servidor “acusado se ver processar e conhecer das acusações que lhe são dirigidas. Com o advento da Constituição de 1988 e da Lei 8.112/90, essa citação passou a ser indispensável, porque é com ela que se inaugura a instância, que se inicia a relação processual”;*

c) *na hipótese de o ato de instauração do processo administrativo “não conter acusação e/ou acusado, a comissão processante terá que abrir, antes da instrução probatória, uma investigação com os elementos que dispõe nos autos do processo disciplinar ou da sindicância que o antecedeu, para produzir um termo - Termo de Descrição de Ilícitos e de Identificação de Autoria, o qual possibilita a citação antes referida, bem como a abertura da instrução probatória. Sem isso não será possível respeitar-se integralmente os princípios do contraditório e da ampla defesa”;*

d) *a lavratura de termo de abertura da instrução do apuratório seria obrigatória, “com o qual abre-se a instrução processual, fazendo-se referência ao que consta do ato (portaria) de instauração do processo administrativo, em especial ao que se relaciona com o fato típico infracional e aos dispositivos legais tidos como infringidos e o nome do acusado da prática do ilícito; mais necessário ainda, quando não consta tais dados na portaria”. De maneira coerente com esse procedimento, o presidente da c.i. estaria obrigado a, “por despacho especial nos autos, declarar encerrada a instrução probatória”;*

e) *tipificação das infrações administrativas na indicição.*

f) *seria fator nulificante do processo disciplinar não ter a comissão apuradora notificado, no caso, os servidores envolvidos nas irregularidades para acompanhar a evolução do trabalho de investigação e presenciar os depoimentos das testemunhas;*

g) *nulificaria o apuratório, no processo sob comento, o fato de o indiciado, passível de punição, haver prestado depoimento apenas na condição de testemunha, porém não depôs na qualidade de acusado.*

3. Emerge do contexto do trabalho de apuração das faltas da espécie e dos pronunciamentos dos aludidos Órgãos jurídicos a necessidade de serem expendidas considerações, *de lege lata*, quanto às fases processuais em que se desenvolvem a investigação e as medidas a que compete a comissão de inquérito adotar, com vistas a assegurar a escorreita apuração dos fatos, nos estritos limites das normas de regência da matéria, sem estabelecer restrições aos direitos dos servidores envolvidos e exigir à c.i. a edição de atos, não previstos em lei e dissonantes das normas disciplinadoras da matéria.

4. Pondere-se que a violação de norma interna da Administração, por parte de servidor público submetido ao regime jurídico específico, requer a adoção de providências, disciplinadas em lei, em sentido formal, para que seja determinada a verdade dos fatos e, em decorrência, restabelecida a ordem social, tanto assim que a Lei nº 8.112, de 1990, no art. 143, atribui à autoridade administrativa o poder-dever de efetuar a imediata apuração de irregularidade de que tenha conhecimento, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, sob pena de, não o fazendo, incorrer no crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

A autoridade pública há de possuir o discernimento necessário para aquilatar sobre a modalidade do apuratório a ser adotada, se sindicância ou processo disciplinar, o que se apercebe do exame da gravidade da infração a ser investigada. Quanto a essa faceta, é significativo o disposto no art. 145 da Lei nº 8.112, de 1990, que admite, provenientes de sindicância, os resultados de arquivamento do processo (o que consubstancia a sindicância

não deve ser identificado como sendo o processo administrativo disciplinar objeto do regramento ínsito ao art. 148 e seguintes da Lei nº 8.112/90); de aplicação da penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias; e de instauração de processo disciplinar, que se verifica com a publicação do ato de constituição da comissão apuradora (v. o item I do art. 151 da Lei nº 8.112/90).

Afora essas hipóteses, em princípio, a infração, em se revestindo de maior gravidade, justifica sua apuração em processo de rigor. Porém, à investigação se procede com o objetivo exclusivo de precisar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor. É por esse motivo que a Lei atribui à comissão a incumbência (de que não pode declinar) de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, a fim de obter provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos. Com esse desiderato, efetua a completa apuração das irregularidades e, em consequência, indicia aqueles em relação aos quais são comprovadas a existência da falta e sua autoria. A c.i. desenvolve suas funções de apuração com imparcialidade e, somente após configurada a infração disciplinar, indicia o servidor, *“com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”* (art. 161 da Lei nº 8.112).

É defeso à autoridade que instaura o processo, por qualquer meio, exercer influência sobre o colegiado a que a Lei assegura independência no seu mister elucidativo (art. 161 aludido) e, a este, não é admitido prejudicar a culpabilidade do servidor. Esta Instituição já firmou orientação, de forma iterativa, vinculando os órgãos e entidades da Administração Federal, no sentido de que não se indicam, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos servidores envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, pois essa medida, se efetivada, não se adequaria ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112, de 1990, para que se observem o princípio do contraditório, na fase processual de inquérito.

Há que se atentar para o aspecto de a Lei Maior impor a observância do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo (art. 5º citado), sem especificar a fase processual em que isto deve ocorrer, com o propósito de a matéria ser regulada em norma infraconstitucional, tanto assim é que a Lei nº 8.112 assegura a ampla defesa no curso de todo o processo, compreendendo o contraditório, a ser obedecido no inquérito correspondente à segunda fase do processo (cfr. os arts. 143; 151, II; e 153). Este abrange a instauração (ocorre com a publicação do ato de constituição do colegiado), o inquérito administrativo (compreende a instrução, a defesa e o relatório) e o julgamento. Essas conotações do apuratório demonstram a desnecessidade de consignarem, no ato de designação da c.i., os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, medidas não recomendáveis até mesmo para obstar influências no trabalho da comissão ou presunção de culpabilidade. Efetua-se a notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, imediatamente após a instalação da c.i., para garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112, cujo art. 161, de forma peremptória, exige a enumeração dos fatos irregulares na indicação (Pareceres ns. AGU/WM-2/94 e AGU/WM-13/94, adotados pelo Sr. Advogado-Geral da União e sufragados pelo Senhor Presidente da República, in D.O. de 10/2/94 e 18/11/94).

Na hipótese de exsurgirem evidências quanto à autoria, mas envolvendo outros servidores que não os identificados antes da instauração do processo, ou emergirem infrações conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar, esses fatos devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da designação da c.i. e incapazes de acarretar a

nulidade processual, desde que sejam adotadas medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração. Assim ocorrendo, a comissão deve editar os atos que se impuserem, com vistas a garantir ao servidor o exercício do direito de acompanhar o processo, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, caso se cuide de prova pericial, contudo sem aditar-se a portaria de designação da c.i. ou refazerem-se os atos processuais (art. 156 da Lei nº 8.112). No caso de depoimento, deve ser elucidada ao servidor, já na notificação para o acompanhamento da evolução do processo, a faculdade atribuída pela Lei para a reinquirição de testemunhas, com o que ser-lhe-á proporcionado o contraditório, isto é, o direito de opor-se ou dar a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer interpretação jurídica diversa daquela fixada pelo autor, no respeitante a todo ato processual já praticado (Celso Ribeiro Bastos - Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, 2 vol., p. 267). Este o sentido de contraditório.

5. Deve ser sobrelevado o aspecto de inexistir preceituação legal que determine a inserção de “acusação” e a indicação do “acusado”, no ato de instauração do processo disciplinar, bem assim compila a comissão investigadora a expedir “citação”, para o servidor *“acusado se ver processar e conhecer das acusações que lhe são dirigidas”* ou, na falta desses atos, *“abrir, antes da instrução probatória, uma investigação com os elementos que dispõe nos autos do processo disciplinar ou da sindicância que o antecedeu, para produzir um termo - Termo de Descrição de Ilícitos e de Identificação de Autoria”*.

6. É quanto basta ao comando do art. 153 da Lei nº 8.112, de 1990, a comunicação do propósito do Estado em apurar as irregularidades, bem como a c.i. zele para que o processo se desenvolva na forma das prescrições legais, observando o direito de o acusado contraditar, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, se for o caso. O teor do art. 156 da Lei nº 8.112 presume-se conhecido, em face de sua publicação no órgão oficial de divulgação de atos praticados pela União. A obrigatoriedade de a autoridade instauradora do processo, ou da comissão, praticar os atos a que alude o item anterior haveria de ser contida em lei, em sentido formal, por imperativo do princípio da legalidade, esculpido no art. 37 da Constituição. Inexiste tal comando na ordem jurídica.

7. Essas “acusação” e “investigação”, preliminares à instrução probatória, teriam o cunho de tornar presente ao espírito de quantos examinassem os fatos que as autoridades por elas responsáveis prejulgaram os servidores, pois haveriam de ter a certeza da materialidade e autoria das infrações, para assim proceder, tudo previamente à apuração das transgressões que se efetiva na instrução, compreendida na segunda fase do processo, denominada de inquérito administrativo (v. o art. 151 da Lei nº 8.112). É pertinente dilucidar que, nos precisos termos do mesmo art. 151, a instauração do processo disciplinar se verifica com a publicação do ato constitutivo da comissão apuradora.

8. Há dissenso entre a pretensão de que se proceda às supramencionadas “acusação” e “investigação” prévias à instrução e o estatuído no art. 161 da Lei nº 8.112, cuja aplicação é prelecionada pelo Supremo Tribunal Federal, com o jaez que se segue.

“Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como ‘acusado’), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, ‘caput’), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado’, citado por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art.

161, 'caput' e parágrafos 1º e 3º)." (Mandado de Segurança nº 21721-9 - Rio de Janeiro, in D.J. de 10/6/94)

9. A opinião de Ivan Barbosa Rigolin, pertinente a este aspecto do processo administrativo, deve ser realçada, *verbis*:

"Tenha ou não existido sindicância, se pela instrução processual a Administração entender tipificada alguma infração disciplinar, então enquadrará formalmente o servidor no tipo infracional correspondente, indicando os dispositivos da L. 8.112 infringidos, especificando com toda minúcia os fatos imputados ao servidor e declinando, a partir daí, as provas que pode colher daquele cometimento. É sumamente importante que não se negligencie na estrita observância de todos esses requisitos acusatórios, pois outra vez se recorda que o direito constitucional à ampla defesa do acusado pode ser sempre invocado para nulificar o processo que não observe o 'due process of law' (devido processo legal)." (Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 267/8)

10. Louvável o propósito que norteou a recomendação de que a c.i. lavre termo de abertura e encerramento da instrução do processo disciplinar; todavia, esse documento não é exigido na positividade das normas pertinentes, como requisito de validade do processo, nem sua falta tem qualquer repercussão no contraditório e na defesa, donde se conclui ser irrelevante à apreciação da regularidade do apuratório.

11. É insuscetível de eivar o processo de nulidade a faceta de não haver-se consignado, na indicição, os dispositivos possivelmente transgredidos pelos servidores a quem se atribuiu a conduta anti-social, em vista dos sentidos literal e teleológico dos arts. 161 e 165 da Lei nº 8.112, de 1990, que estatuem, *ipsis litteris*:

Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.

Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

§ 2º Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

12. No que respeita ao aspecto processual em exame, reveste-se de conotação relevante o que dispõe o art. 161, supratranscrito:

a) indicia-se o servidor, após tipificada a conduta ilícita, ou seja, se a atuação funcional torna-se típica ou caracteriza transgressão disciplinar;

b) na indicição, especificam-se os fatos e as correspondentes provas.

13. Inexiste, no aludido preceptivo, a exigência de que sejam indicados os dispositivos legais infringidos. É medida a adotar-se compulsoriamente no relatório, ex vi do § 2º do art. 161, acima reproduzido.

14. A indicição do servidor, com a enumeração dos fatos que se lhe imputam e as correspondentes provas, visa a facilitar a constatação da infração e o exame das respectivas provas. A omissão dos dispositivos em que se enquadre a falta praticada não implica prejuízo para a defesa e dela conseqüentemente não pode advir nulidade processual. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos inobservados sejam especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No entanto, o zelo demonstrado pela c.i., ao indicar os preceitos transgredidos, não é de molde a desmerecer a execução dos seus trabalhos, o que vem até mesmo a ser preconizado pela doutrina, como se verifica no entendimento transcrito no item 9 deste expediente.

15. Insere-se na função institucional desta Advocacia-Geral, e afigura-se de considerável relevo para o julgamento a ser proferido pelo Senhor Presidente da República, o exame do aspecto formal do processo, sob o enfoque da notificação dos servidores, a quem se atribuiu a autoria das irregularidades objeto do presente processo, a fim de acompanharem o desenvolvimento da investigação e presenciarem os depoimentos de testemunhas, assim como da faceta de haver-se colhido o depoimento de servidor apenas na qualidade de testemunha, o qual veio a ser indiciado e considerado responsável por irregularidades.

16. Compreende-se no contraditório *“a faculdade que se confere ao acusado, ex vi do supramencionado art. 156, para acompanhar o processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contra-provas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial. São direitos que devem ser exercidos sem quaisquer óbices imputados à Administração ou, especialmente, à c.i., cujo presidente, no entanto, poderá denegar os pedidos considerados impertinentes, protelatórios ou de nenhuma valia para elucidar a verdade. É imprescindível que dos atos da comissão (se implicam apuração dos fatos), em qualquer fase do inquérito, seja notificado o acusado, de modo que tempestivamente possa aquilatar sobre o acompanhamento que pretenda desenvolver... Não raro, durante a apuração das irregularidades, exsurtem evidências quanto à autoria, de forma a envolver outros servidores, ou emergem infrações disciplinares conexas, ou não, com o objeto do processo disciplinar. São fatos que devem ser tidos como consentâneos com a finalidade da instauração do processo e incapazes de acarretar sua nulidade, desde que a c.i. adote as medidas procedimentais compatíveis com o contraditório e a ampla defesa, na execução dos trabalhos de apuração. Em casos tais, a comissão deve possuir o discernimento necessário para adotar os atos que se impuserem com vistas a garantir ao servidor faltoso o exercício do direito assegurado no art. 156, suso, mas sem descurar da agilidade processual. Assim, caso c.i. não tenha concluído seus trabalhos, deve ser notificado o novel acusado para que, se o pretender, requeira o cumprimento de qualquer dos atos assegurados no art. 156, no respeitante à apuração já efetuada, atentando-se, destarte, para a faculdade atribuída ao presidente da comissão no § 1º do mesmo preceptivo. Já as infrações, verificadas no curso do apuratório, serão igualmente apuradas, se conexas com as faltas objeto do processo ou, se inexistente a conexão, a investigação não compromete a razoável agilidade da conclusão dos trabalhos. Senão, deve a c.i. propor a designação de outro colegiado, sem prejuízo de suas incumbências”* (Parecer nº AGU/WM-1/95, adotado pelo Sr. Advogado-Geral da União, mediante o Parecer nº GQ-55, e aprovado pelo Senhor Presidente da República, in D.O. de 2/2/95).

17. No relatório (fls. 995, 996 e 999), com o intuito de justificar a falta da notificação para o acompanhamento das atividades de apuração dos fatos, o colegiado registra o aspecto de que três dos indiciados tiveram a respectiva autoria constatada no curso da investigação. Esses servidores suscitaram a omissão quando apresentaram as respectivas defesas (fls. 877/8, 900, 926 e 996). À f. 900, um dos indiciados requereu acareação com um dos depoentes, cujas afirmações influenciaram a c.i. na formação de seu juízo sobre a

culpabilidade dos servidores (fls. 963, 974 e 978). Note-se que a referida testemunha, à f. 281, faz asserções de modo a incriminar o indiciado. Os depoimentos serviram de base à conclusão da comissão, inserida no relatório final.

18. A importância das provas testemunhais não passou despercebida à c.i., tanto que, em atenção a pedido de representante de um dos então acusados (fls. 381/5), após a regular notificação, efetuou várias reinquirições a que compareceu o servidor envolvido (cfr. as fls. 387, 447, 463, 468, 476, 482, 486, 494, 506, 509, 523, 525 e 527). Idêntico tratamento deveria ter sido concedido aos demais acusados.

19. É de toda evidência a inobservância do princípio do contraditório, porquanto não se diligenciou para, tempestivamente, a todo ato produzido observar *“igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”* (Celso Ribeiro Bastos, op. cit.).

20. Não é de molde a acarretar a nulidade do processo o fato de o indiciado haver prestado depoimento, tão-só, na condição de testemunha. Isto porque a Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada de depoimento do acusado, nesta qualidade, nem resulta do regramento do processo disciplinar a ilação de que esse testemunho seja imprescindível à tipificação do ilícito. À aplicação de penalidade, resultante de infração apurada em processo, é suficiente a comprovação da materialidade e autoria pelos quaisquer meios admitidos em direito.

21. O exposto evidencia as imperfeições de que se reveste o processo em exame, tornando-o irremediavelmente viciado. É imperiosa a declaração da nulidade e a designação de novo colegiado, com o intuito de efetivar a regular apuração dos fatos, podendo ser aproveitados os elementos probatórios já coligidos, sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa.

22. No entanto, impende salientar a necessidade de imprimir a desejada agilidade à nova investigação, mormente porque a Administração foi cientificada das graves irregularidades há cerca de cinco anos, as quais são de fácil comprovação, inclusive em se considerando as provas existentes e aproveitáveis pela c.i. a ser designada.

23. Os presentes autos poderão ser encaminhados ao Ministério da Educação e do Desporto, se acolhidas as conclusões contidas neste expediente, com vistas à adoção das providências tendentes a efetuar a nova apuração dos fatos.

Sub censura.

Brasília, 16 de fevereiro de 1996

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Não são causas de nulidade a falta de notificação ao acusado do teor do art. 156 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a falta de interrogatório do acusado, embora regularmente intimado. Materialização do abandono de cargo, mediante configuração da intencionalidade.

PARECER AGU Nº GQ-102

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo. Em 16.05.96”*. Parecer não publicado.

PROCESSOS Nº: 0001.004218/94-03 e 46040.005749/94-68

ORIGEM: Ministério das Relações Exteriores

ASSUNTO: Inviabilidade da declaração de nulidade de processo administrativo disciplinar, porque verificadas a exata apuração da materialidade do ilícito administrativo e a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-11/95, de 26 de outubro de 1995, da lavra do eminente Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 16 de maio de 1996

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-11/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-102)

EMENTA: É insuscetível de nulificar o processo o fato de haver a comissão de inquérito intimado o acusado a prestar depoimento, sem notificá-lo no respeitante aos direitos que lhe são assegurados nas normas pertinentes, durante o curso do processo, dada a inexistência de lei que contemple a última medida.

A falta de depoimento do indiciado, por si só, não significa inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com a conseqüente nulidade, nem obsta a tipificação do ilícito.

A Lei nº 8.112, de 1990, art. 138, modificou o conceito da infração abandono de cargo, do que resulta sua caracterização quando se constata mais de trinta ausências consecutivas e a intencionalidade em faltar ao serviço.

PARECER

A douta Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores sintetiza as seguintes informações, consideradas de relevo na apreciação do abandono de cargo em que terá incorrido, ocupante do cargo de Agente Administrativo daquela Secretaria de Estado:

“- o Agente Administrativo (...) foi designado para missão transitória na Embaixada do Brasil em Luanda;

- de acordo com a Lei nº 5809/72, reputa-se transitória a missão na qual o servidor tem de permanecer em serviço no exterior, com ou sem mudança de sede e de duração variável;

- através do telegrama nº 589, de 11.06.93, a Embaixada do Brasil em Luanda comunica reiteradas faltas do Agente Administrativo e solicita seja abreviado o prazo da missão do servidor para 15.06.95;
- pelo telegrama nº 377, de 26.06.93, a Secretaria de Estado (SERE) determina o retorno imediato do servidor e solicita seja informada a data de partida;
- em 28.06.93, a Embaixada do Brasil em Luanda informa da impossibilidade de encontrá-lo e que só naquela data foi o servidor informado da sua partida, tendo alegado problemas pessoais e participado que só poderia viajar para o Brasil de 07.07.93;
- em 30.07.93, não tendo o servidor retornado a Brasília, a Secretaria de Estado informou a Embaixada em Luanda, através do telegrama nº 464, de que estava sendo considerado, como prazo final da missão transitória, o dia 29.06.93, a partir de quando seriam computadas faltas injustificadas ao servidor;
- em 05.08.93, a Embaixada comunica que o servidor fora alertado, prometeu partir dia 04.08.93, mas, até então permanecia em Luanda. Ademais, havia quitado a taxa de ocupação do apartamento funcional que ocupava e desaparecido com as chaves;
- em 11.09.93, a SERE foi mais uma vez comunicada que o servidor não havia retornado ao apartamento funcional, nem partido para Brasília;
- em 06.10.93, o Agente Administrativo compareceu à Embaixada para comunicar a perda do passaporte, tendo sido providenciado outro;
- em 05.11.93, o Chefe da Seção de Cadastro comunicou a ocorrência de 106 (cento e seis) faltas injustificadas do Agente Administrativo;
- através de Portaria do Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, datado de 18 de novembro de 1993, foi designada Comissão de Inquérito para apurar o abandono de cargo do Agente Administrativo;
- em 24.11.93 foi entregue ao Senhor (...), na Embaixada do Brasil em Luanda, cópia, para conhecimento, da referida Portaria;
- através do telegrama nº 223, da Embaixada em Luanda, a SERE foi informada da comunicação ao referido servidor, que ainda se encontrava naquela cidade, sem endereço certo, efetuada ocasionalmente por um servidor diplomático;
- no dia 10.12.93, o servidor compareceu à Embaixada em Luanda onde recebeu cópia da intimação e firmou recibo;
- no dia 14.12.93, o servidor comunicou por telefone à Embaixada em Luanda que a sua passagem aérea havia expirado desde 29 de novembro de 1993, sendo informado que o assunto fugia à competência daquela missão;
- em 18.12.93, a SERE informou aquela Embaixada de que o servidor deveria restituir a passagem para a emissão de outra;
- não tendo o servidor até então comparecido perante a Comissão de Inquérito, embora tenha assinado o recibo da intimação dia 10.12.93, a Comissão de Inquérito resolveu instruir o Processo Administrativo, indiciar o servidor por abandono de cargo e citá-lo para apresentar defesa;

(Nota: O presente Parecer é anterior à Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, que estabeleceu o procedimento sumário para apuração de abandono de cargo.)

- por desconhecer o endereço do servidor em Luanda, o qual, de acordo com informações da Embaixada, só era encontrado de maneira fortuita, publicou-se, em atendimento ao disposto no art. 163, da Lei nº 8112/90, edital convocando-o para apresentar defesa no prazo de 15 (quinze) dias;
- a fim de assegurar a ampla defesa, preocupou-se ainda a Comissão em enviar à Embaixada do Brasil em Luanda, através do telegrama nº 059, de 22.01.94, o teor da citação;
- através do telegrama nº 102/94, da Embaixada do Brasil em Luanda, a Comissão de Inquérito foi informada que o servidor compareceu, em 27.01.94, àquela Embaixada, onde recebeu a citação, informou que constituiria advogado e solicitou passagem para retornar ao Brasil;
- no dia 21.01.94, o servidor apresentou-se à Comissão e solicitou prorrogação do prazo para apresentação da defesa;
- considerando que a publicação de um dos editais ocorreu em 3.2.94, tanto no Diário Oficial da União quanto no Correio Braziliense e objetivando garantir ao servidor a plena defesa, a Comissão deliberou em reunião, conceder o prazo solicitado;
- a defesa foi apresentada em 25.02.95, tendo a referida Comissão, ante as provas dos autos e a inconsistência da defesa, concluído pelo envio do Processo Administrativo à Presidência da República o que foi devidamente acatado pelo Secretário-Geral das Relações Exteriores.” (Documento identificado com a sigla SLPLDP/35/95).

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

2. Apreciado o apuratório pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, o Ministro de Estado daquele Órgão submeteu o assunto à consideração do Presidente da República, ponderando que a *“matéria foi devidamente analisada pela unidade especializada deste Ministério, tendo sido comprovado que efetivamente a Comissão Processante agiu de forma a comprometer os princípios do contraditório e da ampla defesa, viciando de forma plena o processo. Em razão desses vícios insanáveis impõe-se, com base no art. 114 e ‘caput’ do art. 169 da Lei nº 8.112, de 1990, a declaração de nulidade total do processo disciplinar, com a conseqüente constituição de nova comissão, no prazo máximo de 30 (trinta) dias”*.

3. Nas asserções supra não comungou o Ministério das Relações Exteriores, ao apreciar o entendimento externado pela douta Consultoria Jurídica do MARE no Parecer Conjur/MARE nº 160/95, de 7 de junho de 1995, motivo por que, de forma minudente, procurou dilucidar as facetas enfocadas a respeito da suscitada nulidade do processo disciplinar por ela instaurado.

4. Procede-se ao cotejo das fundamentações de ordem jurídica efetuadas pelas unidades jurídicas dos supramencionados Órgãos, com o fito de proporcionar melhor visualização de suas ponderáveis preleções, que expressam a apuração do ilícito administrativo, se adstrita esta às prescrições legais pertinentes à materialidade, à autoria e ao processo escorreito, em si.

ENTENDIMENTOS DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS

MARE:

“3. Contudo, dos documentos formadores do processo, observa-se o seguinte:

a) não houve juntada da folha de ponto;

b) ainda que houvesse sido juntada, o autor da denúncia haveria de ser ouvido;

c) da Mensagem nº 778, de 23 de novembro de 1993, fl. 18, que transcreveu sua intimação para oitiva, não constaram o dia, a hora, e, muito menos, a observação de que lhe era assegurado ‘o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos’, como previsto no art. 156 da Lei nº 8.112/90.

4. Como mencionado no item três, intimado irregularmente em 23 de novembro de 1993, tomou ciência do expediente em 13 de dezembro de 1993, de acordo com a Mensagem nº 1225, de fl. 21.

5. Com a Mensagem nº 1240, fl. 22, datada de 15 de dezembro de 1993, a Embaixada em Luanda noticiou que o servidor ali estivera para dizer que o prazo de sua passagem aérea havia expirado em 29 de novembro de 1993, bem como pedindo outra a fim de que ele pudesse retornar.

6. Nesse interregno, ou seja, entre a data em que ele tomou ciência da intimação, 13 de dezembro de 1993; sua comunicação de que havia expirado o prazo de validade de sua passagem aérea, 15 de dezembro de 1993, bem como a efetiva autorização de outra passagem em 31 de janeiro de 1994, fl. 41, houve a instrução e sua conseqüente citação para defesa, o que ocorreu no mesmo dia 31 de janeiro de 1994, dia em que lhe- não foi possível juntar folha de ponto, pois o servidor se encontrava em missão transitória no exterior.

7. Vê-se, assim, que em face do tempo decorrido, sem condições de retorno, pois somente no final janeiro de 1994 é que houve o comando para emissão de uma nova passagem, ele, que havia sido intimado para depor, acabou sendo atropelado pela instrução processual e tendo que apresentar defesa.

8. Em sua defesa, como se vê da documentação de fls. 45/68, fez ele alusão de que lhe disseram por três meses que ‘por ordem superiores verbais (?)’ não lhe seria ‘permitido entrar em qualquer sítio onde está fincado o prédio da Embaixada’.

9. Disse mais, ‘mesmo assim um dos seguranças permitiu-me assinar o livro de ponto (para plantões) que estava na portaria (soube mais tarde que o Agente Administrativo (...) atreveu-se a apagar meu nome do referido livro, revelando-se meu desafeto, afinal)’.

10. Ora, ao invés de citá-lo, para apresentar defesa, inclusive dobrando-lhe o prazo para tanto, o que, aparentemente, o beneficiaria, imperioso seria ter-se tomado-lhe o depoimento, pois os fatos mencionados nos itens 8 e 9 ensejariam a oitiva das pessoas citadas, e, logicamente, poder-se-ia formar melhor juízo.

11. Assim, o fato principal a ser apurado, as faltas consecutivas, ficou no vazio. A ser correta a afirmação de que assinara o ponto com o apoio de um Segurança e que o Agente Administrativo (...) apagara o seu nome do livro, como caracterizar o abandono? Por não haver sido encontrado em Luanda antes, de que sua missão no exterior seria encerrada no dia 29.06.93.”

MRE:

“- todas as tentativas foram realizadas para localizar o servidor em Luanda, que abandonou o apartamento funcional e se encontrava em lugar incerto, tal fato, no entanto, não é causa de nulidade do Processo dada as evidências dos fatos. Senão vejamos: o abandono de cargo caracterizou-se a partir de 30.07.93, ao completarem-se 30 (trinta) faltas consecutivas e injustificadas, uma vez que o servidor deveria ter se apresentado à SERE em 30.06.93, e esta ausência, neste período que deveria ter sido justificada.

- não se pode anular o Processo por falta de depoimento do acusado, isto é impossível principalmente em se tratando de abandono de cargo.

- a alegação do parecerista de que intimado em 23 de novembro de 1993, o mesmo só tomou ciência em 13.12.93, corrobora ainda mais a tese do abandono de cargo, pois o servidor mesmo em Luanda não estava sendo encontrado.

- o abandono de cargo não se presume, apura-se. E foi isto que o Ministério das Relações Exteriores fez. No período compreendido entre os dias 30.06.93 a 30.07.93, o servidor se encontrava de posse do seu passaporte, que só foi roubado em 29.09.93, a sua passagem aérea só teve o seu prazo de validade vencido em 22.11.93, fatos estes que comprovam com exatidão que o Sr. (...) poderia ter regressado à SERE.

- obviamente, não é do conhecimento do parecerista do MARE que a lotação do referido servidor é Brasília e não Luanda e, aqui ele deveria estar desde 30.06.93.

- não se pode falar em cerceamento de defesa, quando o servidor sequer apareceu na sua lotação, embora tenha tomado conhecimento, em 30.06.95, foi dada condição de retorno para prestar depoimento.

- ora, quando o prazo de sua passagem venceu em 29.11.93, o servidor já havia completado mais de 30 faltas injustificadas. Ressalte-se que a data de apresentação em Brasília era 30.06.93, podendo o mesmo comparecer no prazo de trinta dias, ao final dos quais estaria caracterizado o abandono de cargo.

- não tem lógica o raciocínio do item 6 do referido parece. Não é a partir da data de intimação que o abandono de cargo se caracterizou, uma vez que, quando o Processo foi instaurado, a ocorrência de mais de trinta faltas já tinha se efetivado.

- não houve qualquer atropelo pela instrução processual. Repita-se: o servidor deveria estar na sua sede desde 30.06.93.

- as condições de retorno eram completamente favoráveis. O servidor é que não obedeceu ordens emanadas da Secretaria de Estado.

- impossível considerar as alegações do acusado quanto à sua impossibilidade de ingresso naquela Embaixada, como um fato que poderia esclarecer ou justificar as suas faltas. O servidor, repita-se, não estava mais a serviço naquela Embaixada desde 30.06.93.

- a assinatura do ponto, por outro lado, é mais uma premissa inconsistente, e até mesmo a afirmação de que havia sido apagado o seu nome, pois o servidor já deveria estar em Brasília desde 30.06.93. Mais uma vez repito: não se pode falar em descaracterização das faltas injustificadas, pois elas foram bem anteriores a todos estes fatos.

- sob a alegação de que o prazo da defesa poderia ser dobrado ou que se deveria ter tomado depoimento do acusado, faz-se mister esclarecer que consta das folhas 44, do citado processo que a Comissão deliberou prorrogar o prazo da defesa, a partir da data em que o servidor se apresentou à Secretaria de Estado, 21.02.94, data esta em que seria declarada a revelia do indicado. Portanto, quando da sua apresentação, já se encontrava com o prazo de defesa vencido, e disto já tinha conhecimento, pois recebeu a citação para defesa.”

5. Os aspectos de que exsurgiria a nulidade *ab initio* do presente apuratório foram enfocados pelo MARE e alinhados no item anterior.

6. Há que se considerar que, *de lege lata*, o processo disciplinar é instaurado com vistas à compulsória apuração de irregularidade verificada no serviço público, a fazer-se por intermédio de comissão de inquérito, incumbida de promover, na fase do inquérito, “a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos” (arts. 143 e 155 da Lei nº 8.112, de 1990). O colegiado atua com o objetivo exclusivo de apurar a inocência ou a responsabilidade do acusado, portanto com independência e imparcialidade e sem abstrair-se da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

7. Em que medida esses princípios condicionariam a comissão apuradora nas suas atividades desenvolvidas com a finalidade de determinar a veracidade dos fatos e a autoria? A resposta é encontrada na preleção de Celso Ribeiro Bastos, quando teceu os Comentários à Constituição do Brasil, *verbis*:

“O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualação não pode ser absoluta porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes.

A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.

Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas.

É preciso que ele mesmo (o magistrado) avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento.

Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo.” (Op. cit., São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol., p. 267)

8. É imperativo examinar se a comissão pautou suas atividades por proporcionar ao acusado oportunidade de contraditar as provas coletadas e de apresentar aquelas que entendesse relevantes. Para tanto, são especificados os atos praticados pela c.i. após a instalação dos seus trabalhos, ocorrida em 19/11/93 (f. 3), com o propósito de permitir a visualização do desenvolvimento processual.

9. Na mesma data em que a comissão iniciou suas atividades (19/11/93), providenciou a comunicação desse fato à autoridade instauradora do processo (memorando de f. 4) e, à f. 14, autuou telegramas que tratam dos seguintes assuntos:

1) solicitação para que se abreviasse a missão transitória que o indiciado estava cumprindo em Luanda;

2) determinação para que o indiciado retornasse imediatamente ao Brasil;

3) comunicação ao indiciado para regressar ao órgão de sua lotação;

4) solicitação de que fosse informado ao indiciado o término de sua missão e a apuração das ausências, que porventura ocorressem, como faltas ao serviço;

5) esclarecimento de que o indiciado fora novamente avisado da imperatividade de seu retorno, com o que aquiesceu, marcando a data da viagem, mas sem efetuar-la;

6) comunicação de que, após a data marcada para a viagem de retorno, o indiciado não compareceu à Embaixada do Brasil em Luanda nem estava sendo encontrado no apartamento funcional em que estava residindo;

7) esclarecimento, datado de 6.10.93, feito no sentido de que o indiciado comparecera à repartição consular do Itamaraty, em Luanda, para avisar que seu passaporte havia sido extraviado;

8) pedido de orientação a respeito da remuneração a que o indiciado faria jus no mês de julho de 1993.

10. No mesmo termo de autuação a que se refere o item anterior, é consignada a juntada de memorando aos autos, no âmbito do MRE, mediante o qual é solicitada informação sobre o abandono de cargo em que o indiciado teria incorrido.

11. Outros atos de relevo na apreciação do aspecto da observância do contraditório e da ampla defesa expedidos pela comissão são pertinentes:

1) à solicitação formulada pelo colegiado para que fosse dada ciência ao indiciado do teor da portaria de designação de comissão para apurar o abandono de cargo em que estaria incorrendo (f. 17);

2) à intimação para comparecer ao Ministério das Relações Exteriores, em Brasília, a fim de prestar depoimento (f. 18);

3) à comunicação de recebimento da correspondência a que alude o item 1 (notifica sobre a instauração do processo disciplinar);

4) ao recebimento de notificação para oitiva (fls. 20/1);

5) ao termo da validade do bilhete de passagem fornecido ao indiciado para retornar ao Brasil e ao fornecimento de outro com a mesma finalidade (fls. 22 a 24);

6) ao recibo de intimação para prestar depoimento (fls. 25/8);

7) à reunião realizada pela c.i., em que ficou deliberado que o então acusado seria indiciado e citado para apresentar defesa (f. 29).

12. Em linha seqüencial, procedeu-se à instrução e, para apresentar defesa, o indiciado foi citado por edital e pessoalmente, em virtude de haver sido localizado acidentalmente.

13. São indicados, com minudência, os atos processuais precípuos praticados pela comissão de inquérito, a fim de ser constatada a existência, ou não, de qualquer ação ou omissão que obstasse o acusado de exercer seu direito de contraditar ou de peticionar no sentido de arrolar testemunhas, produzir provas e contraprovas ou formular quesitos (art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990). Como visto, nenhum desses atos o indiciado praticou, nem mesmo na defesa apresentada.

14. Consoante o exposto, houve a notificação da instauração do processo, a indicição e a citação para a defesa, sem indicar-se nesta qualquer óbice criado pela c.i. com o intuito de impedir que o indiciado expusesse os fatos com as conotações julgadas mais condizentes com sua percepção da verdade.

15. A inexistência da folha de ponto e a falta de depoimento do indiciado, que não foi ouvido porque desatendeu à intimação da c.i., em nada são pertinentes ao contraditório e à oportunidade de ampla defesa, porém seriam facetas a ser apreciadas no exame da materialidade da infração, se relevantes, no caso.

16. Deve ser ponderado que inexistente preceptivo legal compelindo a comissão processante a notificar o servidor, na intimação para prestar depoimento, *“de que lhe era assegurado o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos”*, sob pena de entender-se o processo revestido de nulidade. É presumido o conhecimento do jaez do art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, em face de sua publicação no órgão oficial de divulgação do Estado. Existisse comando legal para que a comissão assim procedesse, resultaria a obrigatoriedade da adoção da medida como condição de validade da notificação. Inexistindo a preceituação, considera-se a c.i. desincumbida dessa medida, em decorrência do princípio da legalidade, consagrado no art. 37 da Constituição.

17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos, omissão que persistiu também em relação à manutenção da titularidade do cargo, que abandonou, e ao acompanhamento da evolução do processo disciplinar.

18. A indicição e a citação do servidor para apresentar defesa, como se verificou, expressam regular atuação da c.i., consentânea com o desinteresse do indiciado por sua situação funcional e com o resultado da instrução processual; são decorrências lógicas das circunstâncias em que se praticou a infração (foi apurada), bem assim da imperatividade do regimento do processo disciplinar.

19. O art. 161, § 3º, da Lei nº 8.112, de 1990, faculta a prorrogação do prazo de defesa, porém quando exsurgirem evidências de que é imprescindível a realização de diligência para a elucidação de aspecto não suficientemente dirimido, durante a evolução processual. Não se dilarga esse período de tempo porque, aparentemente, beneficiaria o indiciado, na forma pretendida.

20. O exame percuciente das atividades de apuração desenvolvidas pela c.i., como efetuado pela douta Consultoria Jurídica do MRE, dilucida aspectos suscitados pelo MARE, de modo a proporcionar a convicção de que foi permitido ao servidor o acompanhamento da evolução dos trabalhos de apuração da falta administrativa e a apresentação da defesa, reputando-se o processo adequado às normas legais e constitucionais que o disciplinam.

21. Dúvida não subsiste quanto à tipificação da conduta do indiciado, como de molde a caracterizar o abandono de cargo.

22. Veja-se que a Lei nº 1.711, de 1952, art. 207, § 1º, conceituava o abandono de cargo como resultante da *“ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 30 dias consecutivos”*. A subjetividade acentuada de que se revestia a caracterização do *animus abandonandi* foi atenuada e imprimiu-se maior objetividade na verificação de que foi configurado o fato delituoso, após a promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, que inseriu modificação conceitual, de maneira que é considerado abandonado o cargo no caso em que ocorre *“a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos”* (art. 138). Para caracterizar a infração, a Lei já não mais exige que a falta ao trabalho não tenha motivo qualificado de justa causa, mas é suficiente a intencionalidade. À tipificação do abandono de cargo a norma legal requer mais de trinta faltas consecutivas ao serviço e a intenção da ausência.

23. Intencional foi a ausência do indiciado ao serviço, porquanto, mais de uma vez, foram-lhe ressaltados o término de sua missão e o regresso compulsório e imediato, mas o servidor escolheu por ponderar, numa das oportunidades, conforme as expressões do documento de f. 7, que *“em virtude de problemas particulares pendentes em Luanda, prefere regressar no vôo da Varig da próxima semana (dia 7)”* e, noutra, informa-se no documento de f. 9, *“partiria no vôo da Varig de ontem, dia 4”*.

24. Na própria defesa (f. 48 dos autos), o indiciado reconhece, de forma implícita, que faltou intencionalmente ao trabalho, quando adnumerou os motivos pelos quais permaneceu em Luanda. Fê-lo com o propósito de justificar sua permanência no continente africano, com a seguinte indicação:

- 1) *“pressão psicológica aguda, pinceladas de agonia existencial”*;
- 2) *“neurose urbana”*;
- 3) *“terrorismo psicológico via telefone”*;
- 4) *“falta de dinheiro para suprir minhas necessidades mais básicas”*; e
- 5) *“falta de moradia fixa”*.

25. Ao revés dos efeitos almejados pelo indiciado, os motivos especificados no item anterior induzem à ilação de que suas conseqüências seriam elididas com o regresso do servidor ao Brasil, não se prestando sequer para atenuar o ato intencional de desobediência à ordem de retorno emanada de autoridade de hierarquia superior.

26. O exposto conduz o parecerista a extrair as conclusões de que:

- 1) a comissão de inquérito notificou o indiciado da instauração do processo; não criou óbice a que este contraditasse as provas coletadas, pessoalmente ou por intermédio

de procurador, nem a que arrolasse testemunhas, produzisse provas e contraprovas; indiciou e citou o servidor para apresentar defesa. Emana dos autos a convicção de que foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, fatos estes não contestados pelo servidor, na oportunidade em que elaborou sua defesa;

2) as normas pertinentes ao processo disciplinar não obrigam a comissão apuradora a consignar, na intimação para o acusado prestar depoimento, que lhe é assegurado o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por meio de procurador, bem assim o de arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos. Esses direitos se consubstanciam no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990, os quais se presumem conhecidos, desde a vigência deste;

3) a prorrogação do prazo de defesa é efetuada para viabilizar diligência que se torne necessária, mas é incabível se se pretende, simplesmente, beneficiar o indiciado;

4) é extrema de dúvida a materialidade da infração, pois o servidor faltou ao trabalho por mais de trinta dias consecutivos e o fez intencionalmente.

27. Por oportuno, deve ser enfatizado o comando do art. 166 da Lei nº 8.112, de 1990, que expressa uma seqüência dos atos processuais a ser entendida também em vista do disposto no § 3º do art. 167 do mesmo Diploma. Ou seja, uma vez lavrada a ata de encerramento dos trabalhos da comissão de inquérito, deve o processo ser submetido ao julgamento do Senhor Presidente da República, caso o colegiado tenha concluído pela inflição da penalidade de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

28. Na hipótese em que este pronunciamento seja adotado pelo douto Advogado-Geral da União e seu parecer aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, poderá o presente processo ser restituído ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de alçar à elevada consideração presidencial a proposta de demissão do servidor, por haver abandonado o cargo, sob comento.

Sub censura.

Brasília, 26 de outubro de 1995

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Falta de publicação do ato de instauração. Alegação de insanidade mental. Citação do acusado entregue a seu representante. Nulidade por ausência de indicição.

PARECER AGU Nº GQ-138

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “Aprovo. Em 2.2.98”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 01320.000059/97-35

ORIGEM: Ministério da Ciência e Tecnologia

ASSUNTO: Refazimento de processo administrativo disciplinar, em face da inexistência de indicição e da necessidade de verificar-se a imputabilidade do indiciado, nas datas das infrações.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-2/98, de 22 de janeiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 2 de fevereiro de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-2/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-138)

EMENTA: Não implica nulidade do processo disciplinar a falta de publicação do ato de sua instauração, pois dessa omissão não advém prejuízo para o contraditório ou a defesa. A indicição tem a finalidade de facilitar ao servidor a verificação das irregularidades que a ele sejam atribuídas e o exame das respectivas provas, proporcionando oportunidade de contraditar-se a acusação, razão pela qual sua inexistência pode resultar em nulidade do processo disciplinar que, de forma analítica, verse sobre assunto complexo. O fato de o representante legal do indiciado receber a citação para o servidor apresentar defesa, por si só, não é fator nulificante do processo disciplinar.

PARECER

A Casa Civil da Presidência da República transmitiu a esta Instituição o presente processo administrativo disciplinar, que ensejou divergências entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia e a Subchefia para Assuntos Jurídicos do primeiro Órgão, no respeitante à validade formal dos autos e à imputabilidade do indiciado.

2. Os autos cuidam de irregularidades praticadas por (...), ocupante do cargo de Assistente em Ciência e Tecnologia do quadro de pessoal da Fundação Centro Tecnológico para Informática (CTI), durante mais de dois anos, envolvendo a referida entidade e as Associações dos Servidores do CTI-ASCTI e de Educação do Homem de Amanhã.

3. As irregularidades consistiam nos depósitos de cheques emitidos pela última Associação, com endosso da ASCTI, mas destinados ao CTI, os quais foram efetuados pelo indiciado, em sua conta bancária. No relatório final (pp. 4 a 9), a comissão de inquérito elucida, de forma minudente, a maneira como as referidas entidades atuavam no tocante ao fornecimento e pagamento de vales de refeição e à conduta delituosa do indiciado. Seguem

reproduzidos excertos mais significativos desses esclarecimentos, reputados imprescindíveis ao entendimento dos fatos:

“Segundo os depoimentos dos servidores (...), chefe do Serviço de Apoio Geral - SAG, páginas de 200 a 202, (...), diretor da Diretoria de Planejamento e Administração - DPA, páginas 394 e 395, o fornecimento de vales refeição para os guardinhas, jovens que realizam serviços gerais no CTI através do contrato número 474.00 firmado entre a própria Fundação CTI e a associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA, páginas 187 a 198, é realizado da seguinte forma: o Serviço de Apoio Geral - SAG, segundo o depoimento do servidor (...), páginas de 200 a 202, faz a entrega, uma vez por mês, de um talão de vales refeição a cada guardinha; ao final do mês o Serviço de Apoio Geral - SAG informa ao Serviço de Pessoal - SP, o total de vales refeição entregue; o Serviço de Pessoal - SP, segundo o depoimento do servidor (...), páginas 394 e 395, a partir da informação fornecida pelo Serviço de Apoio Geral - SAG, envia mensalmente dois memorandos para o Serviço de Contabilidade e Tesouraria - SCT: o primeiro relativo às despesas de mão-de-obra e o segundo relativo aos vales refeição fornecidos aos guardinhas; o servidor (...) acrescentou, em seu depoimento, que o Serviço de Pessoal - SP também faz uma correspondência à Associação dos Servidores do CTI-ASCTI, informando o número de talões de vales refeição e a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI, por sua vez, comunica por carta à Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA a quantidade de talões de vales refeição e o valor correspondente; paralelamente, segundo o depoimento do servidor (...), páginas 394 a 395, o Serviço de Pessoal - SP informa à Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA o valor total da fatura correspondentes aos serviços prestados no mês em questão, incluindo os itens mão-de-obra dos guardinhas e vales refeição fornecidos aos mesmos; a Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA envia uma fatura mensalmente no valor total correspondente, mão-de-obra e vales refeição, que é paga pelo Serviço de Contabilidade e Tesouraria - SCT, após a aprovação de prestação de serviços pelo Serviço de Pessoal; a Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA recebe o valor correspondente à fatura e emite um cheque para a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI correspondente ao total de vales-refeição consumidos no mês em questão; a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI, finalizando este processo, deve depositar este cheque na sua conta corrente e, em seguida, fazer um depósito, de mesmo valor, na conta corrente da Fundação CTI.

De acordo com os depoimentos, páginas 200 a 202 e 394 a 395, este procedimento foi acertado em reuniões, de modo informal e sem nenhuma documentação associada. O servidor (...), afirmou ‘que tem conhecimento de uma reunião entre a Fundação CTI, a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI e Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA, onde foi definido o sistema de operação para compra e pagamento de vales refeição’, páginas de 200 a 202. O servidor (...), atual presidente da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI, informou em seu depoimento, páginas de 124 a 125, que ‘a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI recebia pagamentos da Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA devido a um acordo verbal entre a Direção da Fundação CTI e a Direção da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI relativo à refeição dos guardinhas, firmado na gestão anterior da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI’. Entretanto, constatamos que durante os anos de 1995 e 1996 nenhum depósito relativo ao pagamento de tais vales refeição foi realizado na conta corrente da Fundação CTI. Esta constatação advém da análise dos

extratos da conta corrente da Fundação CTI referentes ao período de 01 de dezembro de 1994 a 27 de fevereiro de 1997, encaminhados pelo Serviço de Contabilidade e Tesouraria - SCT da Fundação CTI a esta Comissão CCPAD, conforme páginas de 128 a 181 deste PA. O depoimento do servidor (...), atual presidente da ASCTI, páginas 124 e 125, forneceu informações importantes para elucidar o que ocorria com os cheques emitidos pela Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA para a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI relativos ao pagamento de vales refeição fornecidos aos guardinhas. Primeiramente, o servidor informou que os cheques eram trazidos à Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA pessoalmente pelo servidor (...), para endosso por dois representantes da conta da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI perante o Banco do Brasil. O servidor (...), colhia as assinaturas do endosso e ficava com o cheque para depositá-lo, pessoalmente, na conta da Fundação CTI. O servidor (...) acrescentou que não conhecia a razão pela qual o cheque chegava até a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI através do servidor (...) e não diretamente da Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA, informando também que esse mecanismo foi herdado da gestão anterior. Em seu depoimento, páginas 200 a 202, o servidor (...), chefe do Serviço de Apoio Geral - SAG, área na qual o servidor ... é lotado, informou que o Serviço de Apoio Geral - SAG não está autorizado a receber qualquer tipo de cheque, moeda ou numerário, uma vez que o Serviço de Apoio Geral - SAG não tem essa competência, acrescentando que existe um procedimento interno da área, do conhecimento do servidor (...), que determina que os recebimentos sejam feitos diretamente na conta corrente da Fundação CTI.

O servidor (...), chefe do Serviço de Apoio Geral - SAG, informou, em seu depoimento, que o Serviço de Apoio Geral - SAG, através do setor de transporte, é responsável por retirar documentos da Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA quando solicitado pelo Serviço de Pessoal - SP, e que os motoristas, lotados no Serviço de Apoio Geral - SAG, devem entregar os documentos recebidos ao coordenador de transportes, servidor (...), que tinha a responsabilidade de distribuí-los a seus destinatários. O fato do servidor (...) receber os documentos da Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA para distribuí-los, explica como o servidor pudesse ter acesso aos cheques relativos ao pagamento das refeições dos guardinhas para encaminhá-los pessoalmente para o respectivo endosso pelos diretores da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI. A Associação de Educação do Homem de Amanhã - AEHA também encaminhou cópias das microfilmagens de 15 (quinze) cheques, páginas 432 a 456 deste PA, 10 (dez) dos quais depositados na conta corrente do Banco do Brasil número 30.157-4, cujo correntista é o servidor (...) e 4 (quatro) na conta corrente número 3282-4, cujo correntista é a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI. Uma das cópias do conjunto apresentado contém somente a cópia da frente de um cheque sem a respectiva cópia do verso, onde se encontra o número na qual o cheque foi depositado. Desta forma, a Comissão CCPAD obteve prova material de que recursos destinados a ressarcir a Fundação CTI pelo pagamento de vales refeição fornecidos aos guardinhas foram desviados para a conta corrente 30.157-4 do servidor (...).

Segundo os depoimentos dos servidores (...), chefe do Serviço de Apoio Geral - SAG, páginas de 200 a 202 e (...), presidente da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI, páginas de 124 a 125, esta associação está autorizada a retirar, junto ao Serviço de Apoio Geral - SAG, vales refeição

para venda a terceiros tais como bolsistas, funcionários de empresas que prestam serviços à Fundação CTI, etc., devendo, para tal, apresentar o comprovante de prévio depósito na conta corrente da Fundação CTI no Banco do Brasil no valor correspondente ao número de vales refeição solicitados. Para seu controle, o Serviço de Apoio Geral - SAG mantém uma cópia xerox do comprovante de depósito apresentado. Segundo o depoimento citado no parágrafo anterior, a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI não efetuava os pagamentos relativos aos vales-refeição adquiridos antes de retirá-los do Serviço de Apoio Geral - SAG; tal pagamento era realizado diretamente, em cheque ao portador, ao servidor do Serviço de Apoio Geral - SAG (...). Este, segundo o mesmo depoimento, com o intuito de facilitar o trabalho da funcionária da Associação dos Servidores do CTI-ASCTI, se encarregava de, posteriormente, bater o carimbo da Fundação CTI no cheque. O próprio servidor (...), segundo o depoimento citado, também se encarregava de depositar o cheque na conta da Fundação CTI e, posteriormente, apresentar a cópia xerox dos recibos, alegando que os originais eram necessários para o fechamento da contabilidade do mês junto a Fundação CTI. Por este motivo, a Associação dos Servidores do CTI-ASCTI não encaminhou os originais dos recibos de depósitos relativos à compra de vales refeição.”

4. Nenhuma dissonância se constata quanto à materialidade das transgressões, mas denota-se a divergência sobre a validade jurídica de atos processuais e a imputabilidade do indiciado, motivo por que devem ser dirimidos os seguintes aspectos:

“1. Não se comprovou terem sido publicadas as Portarias nºs 12, fls. 03, e 32, fls. 390, como preceitua o inciso I do art. 151 do citado Diploma Legal;

2. deixou a Comissão Processante de observar o disposto no *caput* do art. 160 da Lei nº 8.112/90, inobstante ter tomado conhecimento, através do depoimento prestado pelo acusado, fls. 457/458, bem como pelo documento acostado às fls. 463/464, de que padecia ele de problemas mentais, não o submetendo a exame por junta médica oficial;

3. não se lavrou o competente termo de ultimação de instrução e conseqüente indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas;

4. a citação, que é pessoal, nos termos da lei, foi feita na pessoa de um de seus Patronos, como se vê às fls. 459, sendo certo que aquele causídico não recebeu poderes especiais e expressos para tal, fls. 402, fato que inquinou de nulidade o processo. Assim, s.m.j., entendemos que o Processo Administrativo Disciplinar instaurado contra o servidor (...) apresenta vícios insanáveis, comprometendo, inclusive, os princípios do contraditório e da ampla defesa, direitos estes inculpidos no art. 5º, inciso LV, de nossa Carta Política, devendo, por isso mesmo, ser declarado nulo ab initio, com a instauração de novo processo, constituindo-se para tanto, outra comissão, nos termos preconizados no *caput* do art. 169 da Lei nº 8.112/90.” (Nota SAJ nº 2650/97-MM)

5. Não se ajusta às normas de regência e às decisões judiciais pertinentes a assertiva de que implica nulidade processual a falta de publicação do ato de instauração do processo disciplinar.

6. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera essa publicação como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação do ato em boletim interno ou de serviço. Ainda que não publicada a portaria de designação do colegiado, em tese, será jurídico e

judicioso considerar a data de instalação da comissão como o marco de início do fluxo do tempo de duração do processo disciplinar, desde que notificado do apuratório o servidor envolvido nas irregularidades e observados o contraditório e a ampla defesa. A falta de publicação da portaria de designação da comissão processante, por si só, não repercute no processo, de modo a nulificá-lo, até mesmo porque nenhum prejuízo para a defesa provém dessa omissão.

7. A Constituição e a Lei nº 8.112 restringem à instrução e à defesa as fases do processo em que o servidor pode exercer o direito de proporcionar à c.i. e à autoridade julgadora elementos de convicção capazes de exprimir sua versão sobre a verdade dos fatos. O contraditório compreende o direito que se confere ao acusado, *ex vi* do art. 156 da Lei nº 8.112, para acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, *“arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”* e é exercido, em regra, na instrução, que se constitui em fase do inquérito administrativo, jungido ao contraditório (arts. 151, II, e 153 da Lei nº 8.112).

8. No processo disciplinar de que se cuida, o indiciado foi notificado da sua instauração (fl. 114), facultou-se o acompanhamento dos trabalhos de investigação (cfr. as notificações pertinentes à coleta de depoimentos às fls. 118, 119, 199, 211, 387 e 388), deu-se vista e forneceu-se cópia dos autos ao representante legal (fls. 403 e 405) e forneceu-se cópia dos autos (fl. 405), donde exsurge a observância do contraditório e a impropriedade da assertiva de que a falta de publicação do ato de designação do colegiado acarretaria nulidade processual.

9. Efetivamente, a comissão omitiu-se na expressa apreciação do aspecto de que o indiciado sobrelevou, no depoimento de fls. 457 e 458, o fato de que estava *“fazendo um tratamento médico e tomando remédios fortes”* e da declaração firmada por psicóloga, com o seguinte jaez:

“Declaro, para os devidos fins, que o Sr. (...), está sob meus cuidados psicoterapêuticos, pela segunda vez, desde junho de 1996, sendo que este trabalho ocorre duas vezes por semana. Declaro, ainda que, o referido paciente tem como psicodiagnóstico o seguinte quadro: refere-se ao grupo de psicoses genéticas (C.I.D. - 10), com sintomas significativamente relevantes de depressão e/ou euforia, bem como tendências à psicopatias genéricas. Declaro também que é de meu conhecimento o fato de que o Sr. (...) faz uso das seguintes medicações (prescritas pelo médico de sua esposa), Rivotril 2mg, Lexotran 3 mg e Pamelor 25 mg. Tais medicamentos foram usados com controle e com aprovação deste trabalho, nisto que a partir do momento em que os medicamentos começaram a surtir seus efeitos, houve sensível melhora na conduta do paciente.”

10. O documento supra não consigna a alienação mental do indiciado, nem sua inimputabilidade no período dos dois anos em que praticou as infrações sob comento. Possivelmente, a c.i. silenciou sobre esse tema porque o art. 160 determina ao colegiado que proponha o exame médico no caso em que *“houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado”*.

11. De qualquer sorte, esse preceptivo tem a finalidade de verificar a imputabilidade ou não do servidor faltoso à época da prática das transgressões. A debilidade de saúde, ocorrida posteriormente à infração disciplinar, não é considerada, em lei, como excludente de culpabilidade.

12. Mesmo editado após o servidor haver contraído moléstia justificadora da inativação, o ato expulsivo guarda coerência com a finalidade do art. 134 da Lei nº 8.112, que impõe seja cassada a aposentadoria, desde que antecedida de falta a que a lei comine a penalidade de demissão. Esse preceito não estabeleceu óbice à sua aplicabilidade no caso de inativação por invalidez que não tenha subtraído ao servidor, na data do ilícito, a capacidade de entendimento da conduta anti-social, alcançando a todos quantos tenham se conduzido em desconformidade com o regime disciplinar, cômicos da ilicitude de seu comportamento funcional.

13. A indicição do servidor, com a indicação dos fatos que se lhe imputam e as correspondentes provas (art. 161 da Lei nº 8.112), visa a facilitar a constatação da irregularidade e o exame das respectivas provas, concedendo ao indiciado oportunidade de contraditar a acusação. Dessa omissão podem advir prejuízo para a defesa e a conseqüente nulidade do processo.

14. O alcance da ampla defesa, que se assegura aos acusados em processo disciplinar, é objeto de opiniões doutrinárias, e assim entendido, *ipsis litteris*:

“O servidor estável pode ser demitido por mero processo administrativo. É necessário, contudo, que se proceda de molde a assegurar o contraditório ou a ampla defesa. Portanto, tem de haver imputação de um fato hábil a acarretar essa sanção e suficientemente descrito de modo a assegurar a possibilidade de defesa. Para que esta se complete é indispensável que se proporcione ao indiciado os meios de prova em direito admitidos, sem referir-se ao próprio direito de apresentar razões e de ter amplo acesso ao processo”. (Comentários à Constituição do Brasil - Celso Ribeiro Bastos, Editora Saraiva, 1992, 3º vol, p. 223)

“Por ampla defesa se entende a vista do processo, com a faculdade da resposta do réu e do contraditório, permitindo a produção de provas em contrário. Deve-se também no processo administrativo, como no judicial, penal ou não, conceder a oportunidade ao acusado de contraditar a acusação, sem o que torna nula a punição administrativa. A garantia de ampla defesa é garantia constitucional (CF de 1988, art. 41, § 1º) (v. também a TASP, RT, 215:297, e 270:632; TJSP, RDA, 45:123 e 54:364; RT, 261:365; TFR, RDA, 38:254; STF, RDA, 47:108)”. (Comentários à Constituição Brasileira - Pinto Ferreira, Editora Saraiva, 1990, 2º vol, p. 421)

15. O magistério de Pontes de Miranda, é mencionado por Sérgio de Andréa Ferreira, nos seguintes termos:

“Diz Pontes de Miranda, (Comentários à Constituição de 1946, vol. IV, 1953, pág. 387): ‘O conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. Existe, porém, conceito a priori de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa’. Os processualistas indicam como elementos básicos, para que seja, efetivamente, assegurada ao acusado tal garantia, os seguintes elementos: 1º) ciência inicial da acusação, através da citação; 2º) audiência do acusado, mediante interrogatório do mesmo; 3º) faculdade de acompanhamento da prova, à medida que for sendo produzida; 4º) faculdade de produção de contraprova”. (Comentários à Constituição, Livraria Bastos S.A., 1991, 3º vol, p. 474)

16. Deve-se atentar para as expressões de Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol, p. 167): torna-se necessário apreciar

“se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação do seu convencimento” (o do magistrado). “Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo”.

17. Sem se abstrair da faceta de que o cerceamento de defesa é um fato e, como tal, há de ser demonstrado, sendo insuscetível de prosperar sua presunção, deve ser considerado que o processo da espécie e o assunto nele versado não são singelos, constituindo-se em três volumes, que exigem percuente exame para aquilatar-se sobre a veracidade dos fatos.

18. Embora não se tenha demonstrado o efetivo dano que a defesa tenha sofrido com a falta da indicição, não se afigura despcienda sua plausibilidade, em vista das características adnumeradas no item anterior.

19. Os representantes legais do indiciado obtiveram vista e cópia do processo disciplinar, receberam a citação relativa à defesa, apresentada tempestivamente, tudo em face da procuração outorgada pelo indiciado (fl. 402).

20. Não foi argüido qualquer prejuízo para o contraditório ou a defesa decorrente do recebimento dessa citação por um dos advogados constituídos pelo aludido servidor. Não se o fez pelo simples motivo de que o dano inexistiu, donde se conclui a validade do processo, sob este aspecto.

21. A finalidade do contraditório e da ampla defesa consistente em proporcionar à autoridade julgadora a convicção da existência, ou não, dos fatos e da inocência ou culpabilidade, tem prevalência sobre aspectos formais impertinentes a esses princípios, em advindo do contexto dos apuratório a convicção firme da prática de infração e do oferecimento da oportunidade de defesa aos implicados nas irregularidades.

22. Desse modo, é tido como irrelevante o suscitado aspecto da citação, no caso, por isso que seria incapaz de influir na conformação do juízo da culpabilidade, em face das provas documentais e testemunhais coligidas e postas ao alcance do indiciado, para apresentar sua defesa.

23. No entanto, considerando a falta do termo de indicição e as características dos autos a que aludem os itens 17 e 18 deste expediente, bem assim a alegação do estado de saúde do indiciado, embora relativo a somente uma parcela do período em que as infrações foram praticadas (pouco mais de dois anos), insere-se nos limites da razoabilidade e da precaução o refazimento do presente processo disciplinar, mediante a designação de novo colegiado, com o intuito de elaborar o termo de indicição e colher parecer médico a respeito da capacidade de entendimento que o servidor possuía sobre a ilicitude de sua conduta funcional, no período concernente às infrações, podendo ser aproveitados os elementos probatórios já colhidos, todavia sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa.

24. Necessário que se imprima a desejada agilidade à nova apuração, mormente porque as irregularidades (resultaram elas em prejuízo diretamente à Associação de Educação do Homem de Amanhã e, por via transversa, ao CTI - v. o art. 37, § 6º, da Constituição), são de fácil comprovação, inclusive em se considerando as provas existentes e aproveitáveis pela c.i. a ser designada, e o decurso do tempo, em casos tais, tão-só é capaz de influir em benefício do infrator.

25. Independentemente da instauração do novo processo disciplinar, é imprescindível que o Órgão jurídico do Ministério da Ciência e Tecnologia proceda ao exame da legalidade da celebração dos contratos, firmados entre o CTI e a Associação a que se refere o item anterior deste expediente, e respectivos direitos e deveres (fls. 187 a 190 e 192 a 198), em virtude da competência atribuída pelo art. 11, III, da Lei Complementar nº 73, de 1993,

cabendo dirimir, desde logo, que o documento de fls. 205 a 207 não trata especificamente dos assuntos versados nesses acordos.

26. O presente processo poderá ser encaminhado ao supramencionado Ministério, se acolhidas as conclusões contidas neste expediente, a fim de que sejam adotadas as providências a que aludem os três últimos itens.

Sub censura.

Brasília, 22 de janeiro de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Nulidade parcial. Citação por edital. Convalidação de atos anteriores.

PARECER AGU Nº GQ-152

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente do Senado Federal, no exercício de cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 20.5.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 02024.000839/96-57-01

ORIGEM: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar. Dissenso entre pronunciamentos jurídicos do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal (Parecer nº 344/MMA/Conjur/COAG/97, de 11.06.97) e da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 2137/97-SAJ/PR-JM, de 10.07.97), decorrente da proposta de demissão do servidor (...) por abandono de cargo, feita pelo Exmo. Sr. Ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-3/98, de 11 de maio de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 20 de maio de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-3/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-152)

EMENTA: Processo Administrativo Disciplinar nº 02024.000839/96-57. Declaração de nulidade parcial do processo administrativo disciplinar no qual se depara com a falta da citação por edital do indiciado no Diário Oficial da União (cf. o art. 163, da Lei nº 8.112/90). Convalidação dos atos praticados antes da fase citatória, desde que julgados válidos por nova Comissão Processante (cf. o art. 169, da Lei nº 8.112/90). Aceitação dos argumentos jurídicos esposados na Nota nº 2137/97-SAJ/PR-JM, de 10.07.97.

PARECER

Senhor Doutor Advogado-Geral da União

Pelo Aviso nº 04, de 05.01.98, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República (interino), solicitou a audiência desta Instituição sobre a matéria versada no Processo Administrativo Disciplinar nº 02024.000839/96-57 (um volume), em face de controvérsia jurídica nos pronunciamentos exarados pelo órgão jurídico do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal e da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, em decorrência da proposta de demissão do servidor (...), Agente de Defesa Florestal, pertencente aos quadros funcionais do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama, feita ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal.

2. Em primeiro lugar, mister se faz reproduzir abaixo o Parecer nº 344/MMA/Conjur/COAJ/97, de 17 de junho de 1997, da lavra do Dr. Odílio S. Siqueira, com a aprovação do Dr. Vicente Gomes da Silva, Consultor Jurídico do Ministério proponente:

“Senhora Coordenadora-Geral, trata-se de instauração de processo administrativo disciplinar, mediante a Portaria nº 1.415/96-P, de 02.08.96, com a finalidade de apurar denúncia de abandono de cargo contra o servidor (...), Agente de Defesa Florestal, lotado na Superintendência Estadual do Ibama em RO.

2. Os trabalhos da Comissão Processante iniciaram-se em 12.08.96, fls. 23, encerrando-se em 19.11.96, fls. 130.

3. O prazo da Portaria nº 1.415/96-P foi prorrogado, por 60 (sessenta) dias, através da Portaria nº 1.921/96-P, de 12.11.96, tendo em vista que o acusado não atendeu às notificações da Comissão e por não se saber o real paradeiro do mesmo, fls. 131.

4. Achando-se o servidor (...) em lugar incerto e não sabido, a CPAD, por meio de editais, teve que notificá-lo para acompanhar os trabalhos pessoalmente ou por intermédio de procurador, intimá-lo para prestar depoimento e ser interrogado sobre o fato que lhe foi imputado, e citá-lo para aduzir defesa escrita.

5. Não sendo encontrado o acusado para apresentar defesa escrita, foi declarada, por termo, a sua revelia, e designada a Dra. (...), Procuradora Autárquica, para, na qualidade de defensor dativo, patrocinar o indiciado revel.

6. A defesa escrita encontra-se jungida às fls. 120 usque 122.

7. Ao final dos trabalhos, conclui a Comissão:

‘Diante do exposto e do que restou provado nos autos do Processo Administrativo Disciplinar, esta Comissão entende unanimemente que o servidor (...), Agente de Defesa Florestal, matrícula nº 0686490, em lugar incerto e não sabido, cometeu transgressões disciplinares descritas nos artigos 138 e 132, II, da Lei nº 8.112/90. Assim sendo, a Comissão de Processo Administrativo, opina pela aplicação da pena de demissão, por abandono de cargo com base nos artigos já mencionados, da Lei nº 8.112/90’.

8. A Procuradoria-Geral do Ibama, através do Parecer nº 083, de 12.02.97, da lavra do Dr. José Batista Lima, opina:

‘Quanto ao mais, da análise do processo, verifica-se que a Comissão constituída, observou todos os procedimentos legais de estilo, em especial aqueles previstos no Capítulo IV da Lei nº 8.112/90, bem como utilizou dos meios e recursos admitidos em direito na formação probatória, razão porque o nosso entendimento jurídico segue o mesmo firmado pelos ilustres integrantes da CPAD ora analisado, nos termos do relatório final retrocomentado’.

9. A culpabilidade do acusado restou demonstrada nos documentos de fls. 04/07, 23/30, 63 e 100.

10. O servidor em tela faltou ao serviço, injustificadamente, de 27.02.96 a 31.07.96, por mais de 150 (cento e cinquenta) dias consecutivos.

11. Os depoimentos de fls. 63 e 100 evidenciam a intenção de o indiciado abandonar o cargo de Agente de Defesa Florestal, conforme afirmações das servidoras (...) e (...).

12. Em seu depoimento de fls. 63, (...) diz:

‘Que, em seguida o servidor passou a exercer suas atividades no NURH, porém não comparecia nem para assinar a frequência ficando no início até 15 dias sem qualquer notícia; a Chefia do Recursos Humanos não tinha como entrar em contato com o mesmo, visto que não tinha conhecimento de onde residia o servidor, não constatando em sua ficha funcional, seu endereço atualizado, uma vez que ele sempre dava o endereço da Flona do Jamari; que depois de muitos dias o servidor se comunicou com a Coordenadora NURH através de telefone para informar que sua mãe estava doente em Ji-Paraná, mas não apresentou o atestado, e falou em ser demitido, conforme proposta formulada pelo Governo, pois não tinha interesse em continuar no Ibama’.

13. (...), por seu turno, em suas declarações de fls. 100, asseve:

‘Que o servidor (...) residiu na Flona do Jamari, depois mudou-se para Jamari, voltando a morar novamente na Flona, porém todas as vezes que ficava na unidade era a mesma coisa que estar ausente, pois pouca importância dava ao Órgão; que sempre exerceu suas funções com irresponsabilidade e descaso, aliás nunca o viu fazer nada que prestasse; que por diversas vezes sumia da Flona sem avisar a ninguém, e quando retornava a desculpa era de que o pai, mãe, o irmão e o resto da família estavam doentes’.

14. Como se verifica, está configurado o abandono de cargo, objeto deste autos, não somente em razão da fluência de mais de 150 (cento e cinquenta) faltas não justificadas, mas, também, por ter o Sr. (...) praticado muitos atos, no exercício de suas funções, demonstrando inequivocamente a intenção em se desvincular do Ibama.

15. Estando comprovado o animus abandonandi do servidor referenciado nas faltas ao serviço, sugerimos lhe seja infligida a penalidade de demissão por abandono de cargo, com arrimo nos arts. 132, inciso II, e 138, da Lei nº 8.112/90.”

3. Chegando o processo na Casa Civil da Presidência da República, solicitou-se a manifestação do seu órgão de assessoramento jurídico antes de submeter a proposta de demissão ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, oportunidade em que foi exarada a Nota nº 2137/97-SAJ/PR-JM, na Subchefia para Assuntos Jurídicos, cuja, transcrição, no seu inteiro teor, abaixo se faz (*verbis*):

“Referência: processo nº 02024.000839/96-57.

Interessado: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal/Ibama

Assunto: processo administrativo disciplinar. Proposta de demissão de (...).

Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos,

Trata-se de projeto de decreto acompanhado da E.M. nº 020/97-GM, de 08 de julho de 1997, procedente do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, cujo objeto é a demissão de (...), Agente de Defesa Florestal, do Quadro de Pessoal do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, por abandono de cargo.

2. É oportuno registrar que a Consultoria Jurídica do sobredito Ministério examinou o presente processo e recomendou a adoção da proposta de demissão em apreço, nos termos do Parecer nº 344/MMA/Conjur/COAJ/97, acostado às fls. 139/141.

3. Ao compulsar os autos, contudo, constatei que o indiciado não foi regularmente citado, conforme determina o art. 163 do novel Regime Jurídico Único, que assim dispõe, textualmente:

‘Art. 163 - Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa’.

4. A citação do acusado, é crucial que se diga, foi efetuada mediante a publicação do respectivo edital no jornal ‘O Estadão’, de Porto Velho, e no Diário Oficial do Estado de Rondônia (e não no Diário Oficial da União), conforme se lê às fls. 110/115 e 134.

5. Assim, não tendo sido o acusado regularmente citado, com flagrante inobservância ao supratranscrito dispositivo legal, tem-se também por infringidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, impondo-se, por conseguinte, a nulidade do presente Processo Administrativo Disciplinar, a partir da citação do acusado.

6. Em face do exposto, sugiro a restituição dos presentes autos ao Ministério proponente, para a adoção das providências cabíveis.”

4. Saliente-se que sobredita Nota foi produzida pelo Dr. José Osvaldo Fiuza de Moraes, Assessor Jurídico da SAJ/PR, tendo merecido a concordância do Dr. Francisco Luiz de Bessa Leite, Subchefe-Substituto, em 11.07.97.

5. Transcritos os pronunciamentos contrapostos, passo a emitir minha opinião.

6. Numa leitura sumária que se fizer na Nota nº 2137/97-SAJ/PR-JM, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, observa-se que nela se procedeu a análise detida dos autos do processo administrativo disciplinar em pauta, culminando com a demonstração óbvia de que é necessário promover a nulidade do referido processo administrativo levado a afeito no âmbito do Ibama e acolhido pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal.

7. Visível está que a Comissão Processante, ao fazer de modo errôneo a citação do indiciado, a fez em desatenção ao que emana da Lei nº 8.112, de 11.12.90, que no art. 163 estabelece:

Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.

8. Sabe-se, porém é bom reprimir, que todo e qualquer ato de comunicação processual disciplinar, no iter inquisitivo, deve ser levado ao conhecimento do acusado de forma clara, pessoal e, se possível, diretamente, para que não possa alegar o cerceamento da sua defesa.

9. Assim, o modo ficto ou indireto somente deverá ser utilizado nos casos em que, após todos os meios utilizados, não se conseguiu localizar o indiciado. Aí, sim, deve-se fazer a sua citação por meio de edital e, mesmo assim, publicado, na hipótese de ser servidor público civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais, no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para que ele possa apresentar defesa.

10. Convém frisar, aqui, que a *Lex Legum*, no art. 5º, preceitua o seguinte: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes*”.

11. Vale dizer: o predito versículo constitucional assegura aos acusados (em geral), tanto nos litígios da esfera judicial como nos da administrativa, os princípios do contraditório e da ampla defesa.
12. É necessário dizer, por oportuno, que o objetivo do processo administrativo disciplinar é idêntico, *mutatis mutandis*, ao do processo penal, ou seja, a investigação da verdade material, e esta somente poderá ser alcançada se houver a aplicação de um outro princípio, não menos valoroso, que é o da igualdade das partes, mesmo que, uma delas, eventualmente, seja o Estado.
13. Por outro lado, é de se notar que o princípio do contraditório, quando aplicado aos processos administrativos disciplinares, serve como meio adequado ao fito de se evitar o cometimento de injustiças, uma vez que a audiência do acusado, a quem se imputa a prática de irregularidades e infrações, o coloca em condições iguais as da outra parte, o Estado investigante, de modo a inexistir parcialidade no seu julgamento.
14. Outro princípio a balizar o processo administrativo disciplinar é o da ampla defesa, inerente ao contraditório, porque ambos fazem parte do chamado sistema de contrariedade da instrução processual, imprescindível à garantia do direito de defesa do servidor acusado.
15. Registre-se, então, se tal é a importância da fase instrutória, os instrumentos necessários e imprescindíveis para dar-lhe a legalidade, regularidade e consistência são os dois anteditos princípios, porquanto deve-se ver neles não somente meros instrumentos processuais, mas, sim, a faculdade, autorizada constitucionalmente, de poder o acusado se informar dos atos praticados no processo administrativo disciplinar instaurado em seu desfavor e, de consequência, contrariar as alegações da outra parte (*in casu*, o Estado). Não resta a menor dúvida de que somente informado o acusado (ou indiciado) terá a oportunidade de reagir, de contrariar, de se defender, pois, sem a informação impossível será a resistência.
16. A citação legalmente válida é *conditio sine qua non* para a validade e regularidade processuais.
17. Sublinhe-se, por conseguinte, que a Lei nº 8.112/90, no art. 169, considera nulo o processo, em razão de irregularidades que impliquem em cerceamento de defesa, por se tratar de vício insanável, uma vez que a demissão de servidor público civil, fundada em processo administrativo disciplinar em que houver cerceamento de defesa, é nula de pleno direito.
18. Levando-se em consideração a natureza e a dimensão da viciosidade detectada no processo administrativo disciplinar em foco, depara-se com o vício relativo à citação do acusado, *id est*, a falta de publicação de edital no órgão de divulgação oficial do Estado, no caso, o da União, em consonância com a exigência legal (cf. o art. 163, da Lei nº 8.112/90).
19. Observe-se, ademais, que para dar equação à matéria, urge que se lhe aplique a regra contida no art. 169, da Lei nº 8.112/90, que assim reza:

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará no novo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.
20. Acresce observar, a propósito, que, no caso ora analisado, há a possibilidade de convalidação dos atos levados a efeito, logicamente por outra Comissão Processante a ser designada pela autoridade instauradora do processo eivado do vício, até a fase anterior à

citação do servidor acusado, uma vez que se trata de sanatória que visa descontaminar o processo, apenas, do mencionado vício.

21. Por derradeiro, é de se levar em conta que a nulidade parcial deverá se restringir à correção desse ato descuidista (ou omissivo), cometido pela Comissão Processante, que, doravante, não mais tomará conta dos atos do processo em análise. Sou, pois, de parecer que:

I - sejam aceitos os judiciosos argumentos esposados na Nota nº 0137/97-SAG-JM, de 10.07.97;

II - que seja declarada a nulidade parcial do Processo Administrativo Disciplinar nº 02024.000839/96-57, aproveitando-se aqueles atos anteriores à fase citatória, desde que considerados válidos pela nova Comissão Processante;

III - seja constituída outra Comissão Processante pela autoridade competente, instauradora do processo em tela, observando-se, como é lógico, o regramento contido na Lei nº 8.112/90.

É o que me cumpre opinar, submetendo a matéria à elevada apreciação de Vossa Excelência, que melhor dirá a respeito.

Sub censura.

Brasília, 11 de maio de 1998.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Designação de outra comissão diante de vícios insanáveis.

PARECER AGU Nº GM-4

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 10.4.2000”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 10768.000643/98-86

ORIGEM: Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Processo Administrativo Disciplinar instaurado para apurar faltas injustificadas ao serviço público cometidas pelo servidor (...).

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-2/2000, de 10 de março de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 31 de março de 2000

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-2/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-4)

EMENTA: Direito Administrativo. Processo Administrativo Disciplinar. Comissão Processante. Existindo vícios insanáveis no processo no respeitante à duplicidade de opiniões que encerram contradições evidentes e anacrônicas, deve-se declarar a sua nulidade parcial, devendo a autoridade que determinou a sua instauração, ou outra de hierarquia superior, ordenar que seja constituída outra Comissão para a feitura de novo processo.

PARECER

Nos presentes autos, o Exmo. Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, valendo-se do Aviso nº 687, de 25 de maio de 1999, submete a esta Instituição, para exame e parecer, o Processo Administrativo Disciplinar nº 10768.000643/98-86, instaurado para apurar faltas injustificadas ao serviço público, imputadas ao servidor (...), o fazendo acatando sugestão da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, estampada na parte final da Nota-SAJ nº 1348/99-MM.

2. Houve a abertura de processo regular no qual a Comissão Processante, após a apuração das faltas injustificadas cometidas pelo referido servidor, concluiu, no relatório apresentado, que o mesmo transgrediu as regras contidas na Lei nº 8.112/90, de modo a ensejar a aplicação da penalidade proposta.

3. Submetida a matéria à apreciação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional esta, por intermédio do Parecer PGFN/CJU/Nº 120/99 de 10 de fevereiro do ano transato, da lavra do Dr. Daniel Dutra de Siqueira, Assistente Jurídico, que mereceu a aprovação dos seus superiores, expendeu o seguinte entendimento:

“Solicita-se exame e parecer desta Procuradoria-Geral sobre o presente Processo Administrativo Disciplinar nº 10768.000643/98-86, instaurado para apurar faltas injustificadas ao serviço, do servidor (...), Matrícula Siapre nº 0756304, ocupante do cargo de Agente de Portaria, lotado na Damf/RJ.

2. Com a Portaria nº 202, de 13.04.98, publicada no Boletim de Serviço nº 016, de 17.04.98 (fl. 27), da Damf/RJ, constituiu-se a Comissão de Inquérito, que, após as providências iniciais, fez a juntada de diversos documentos, inclusive as folhas de frequência, onde constam 35 faltas consecutivas no período de 01.12.97 a 04.01.98 (fls. 03/04).

3. Indiciado nos termos do art. 161 da Lei 8.112/90 (fl. 130), o servidor apresentou defesa alegando problemas de saúde comprovados pelo Atestado Médico da Clínica Psiquiátrica do Dr. Waldir Mello Tude, que informa: 'Atesto que (...) trata-se sob minha orientação desde 1987, com intermitências. No período de 1º de dezembro de 97 até o dia 20 deste mesmo mês teve um surto depressivo que o impedia de deixar seu domicílio (crise sub-aguda), sendo obrigado a faltar ao seu trabalho. CID: 298.0/7 (psicose não orgânica do tipo depressivo) Rio, 22.06.98.' (fl. 138).

4. A Comissão Processante, em seu Relatório, concluiu:

'Ante o exposto, considerando as diligências realizadas, e as provas contidas no presente Processo, a Comissão forma seu convencimento no sentido de ser aplicada ao servidor a penalidade de suspensão por 30 dias capitulada no inciso II c/c o artigo 130 da Lei nº 8.112/90, em razão de proceder de forma desidiosa conforme prevista no artigo 117 inciso XV da mesma Lei, isto após análise da documentação acostada aos autos, inclusive, a vida pregressa funcional do servidor, que indica circunstâncias atenuantes durante sua permanência no serviço público'. (fl. 146).

5. Divergindo deste entendimento, o Delegado da Damf/RJ, autoridade instauradora, afirma:

'Por todas estas razões, com base no artigo 168 da Lei nº 8.112/90, submeto o processo à decisão superior, nos termos do parágrafo 1º do artigo 167 do mesmo diploma legal, com proposição de aplicação de pena de demissão prevista no artigo 132 (inciso XIII) da Lei 8.112/90, acatando a conclusão da comissão quanto à transgressão do inciso XV do artigo 117 da Lei 8.112/90 - procedimento desidioso'. (fl. 158).

6. Como se vê, tanto a Comissão de Inquérito quanto a autoridade instauradora, apesar de discordarem sobre a penalidade a ser aplicada entenderam que o indiciado procedeu de forma desidiosa.

7. Entretanto, como podemos observar e sustentar, essa conclusão talvez tenha sido precipitada, eis que as faltas injustificadas objeto deste processo, evidentemente, podem deixar de ser tidas como procedimento de forma desidiosa previsto no inciso XV, do art. 117 da Lei nº 8.112/90.

8. De Plácido e Silva em seu Vocabulário Jurídico, 14ª Edição-1998, Editora Forense dá o seguinte significado para a palavra desídia:

'Desídia. Derivado do latim desídia, de desidere (estar ocioso), é tido, na terminologia do Direito Trabalhista, como o desleixo, a desatenção, a indolência, com que o empregado executa os serviços que lhe estão afetos. Classificam-na, mui justamente, em desídia fortuita ou ocasional e desídia habitual. A desídia fortuita ou ocasional, a que pode vir por um descuido de momento, por uma desatenção momentânea, não constitui motivo para a despedida do empregado ou trabalhador. É justificável. A desídia habitual equivalente à negligência contumaz, reveladora de sucessivos e injustos desleixos, justifica a despedida, pois que, por ela, dia a dia pode o empregado ou trabalhador causar prejuízos ou transtornos ao andamento dos serviços, não somente os que lhe são afetos, mas ao de todo o estabelecimento'.

9. Na realidade, ausências injustificadas ao serviço, ainda que por mais de trinta dias, sem a intenção de abandono de cargo (art. 138 da Lei nº 8.112/90), caracteriza inobservância às 'normas legais e regulamentares, de que trata o inciso III, do art. 116 da citada Lei'.

10. Examinado o conceito jurídico da apontada infração praticada pelo indiciado, analisaremos agora a penalidade a ser aplicada.

11. Neste sentido, julgamos imprescindível, primeiramente, considerar o disposto no art. 128, da Lei 8.112/90: 'Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais'.

12. No caso em exame, não se pode deixar de reconhecer como circunstâncias atenuantes o que decorre da avaliação técnica presente no Atestado Médico constante do verso da fl. 106, que referindo-se ao servidor, informa:

'O paciente tem um quadro reativo-depressivo. São idéias prevalentes, dominantes, de ruína e paranóides. Comprometem-se-lhe a iniciativa. Não tem coragem de ir ao trabalho (apragmatismo). Está faltando desde o dia 30 (trinta) de março. Fica apático e sem capacidade para deixar o domicílio devido às idéias acima referidas. CID: 298.3/1 - 24.04.87 Dr. Valdir Mello Tude - Clínica Psiquiátrica'.

13. Ressaltando-se que este é o segundo Atestado Médico anexo aos autos, fornecido pelo psiquiatra que mantém o indiciado sob sua orientação desde de 1987 e, para uma correta avaliação da gravidade de seu quadro clínico, convém reproduzir a seguir a descrição detalhada da Síndrome Depressiva feita pelo Dr. Odon Ramos Maranhão, em seu Curso Básico de Medicina Legal, Malheiros Editores, 8ª Edição-1998, págs. 420/421:

'Síndrome Depressiva. As manifestações depressivas são polimorfas. Depois de alguns dias de fadiga ou tristeza leve, o paciente se apresenta como portador de pesada carga dolorosa. Apresenta-se emocionalmente frio, interiorizado, sem interesse pelos fatos do mundo externo. Mostra-se inibido, associando lentamente idéias e totalmente desconcentrado. Sua atenção voluntária está comprometida e responde mal às solicitações das pessoas ou simplesmente as ignora. Nada o estimula ou desperta interesse. As idéias de ruína, autculpa, indignidade e auto-acusação se fazem permanentemente presentes. Por vezes (assumida ou camufladamente), desenvolve intenções suicidas (que por vezes adquirem caráter imperioso ao ponto de tornar a auto-eliminação inevitável). Esse quadro pode se estruturar (monofásico) ou adquirir configuração cíclica (com fases maníacas intercaladas). Essas perturbações comprometem funções psíquicas superiores e o paciente perde a capacidade crítica e valorativa, pelo que sua imputabilidade se apresenta afetada e sua capacidade negocial prejudicada. Na vigência de uma patologia dessa natureza, a pessoa não pode ser responsabilizada por seus atos. Assim, torna-se penalmente inimputável e civilmente incapaz'.

14. Parece claro que tais fatos implicariam circunstâncias atenuantes da penalidade a ser aplicada ao servidor, pois a situação melhor caracteriza descumprimento do dever, como tal estabelecido no inciso III, do art. 116, da Lei nº 8.112/90, de 'observar as normas legais e regulamentares'.

15. Do exame a que procedemos dos autos, quanto ao aspecto formal, concluímos que foram atendidas todas as exigências previstas em lei, com

observância dos prazos e dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

16. A nosso ver, a penalidade prevista para esta infração é a de advertência, tratada no art. 129 da Lei nº 8.112/90, tendo em vista que o indiciado cometeu 'inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna', ao deixar de apresentar atestado médico justificando suas ausências no momento em que voltou a ter condições de exercer suas atividades funcionais.

17. Contudo, tendo em vista que o relatório da Comissão Processante (fl. 146), apesar de propor a aplicação da penalidade de suspensão por trinta dias, concluiu pela infringência do dispositivo legal que preconiza a demissão - inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112/90, proceder de forma desidiosa -, e do Despacho da autoridade instauradora (fl. 159), que, concordando com a capitulação dada pela Comissão, discordou da punição recomendada e sugeriu a demissão, prevista no art. 132, inciso XIII, daquela mesma Lei, e ainda de acordo com o que dispõe o art. 141, inciso I c/c o art. 167 da Lei nº 8.112/90, a autoridade competente para o julgamento é o Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

18. Entretanto, caso o Excelentíssimo Senhor Chefe do Executivo Federal resolva adotar os fundamentos deste Parecer, face ao disposto no art. 168 e seu parágrafo único da Lei nº 8.112/90, o processo deverá retornar a este Ministério para que a autoridade competente aplique a penalidade administrativa de advertência, conforme proposto.

19. Diante disso, a título de sugestão, encaminha-se, em anexo, a minuta de aviso e de exposição de motivos. À consideração superior, sugerindo o encaminhamento do processo ao Gabinete do Ministro de Estado da Fazenda, para as providências subseqüentes."

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

4. Por meio da Exposição de Motivos nº 212/MF, de 12.03.99, o Exmo. Sr. Ministro da Fazenda (Interino) submeteu o processo em tela à elevada consideração do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o fazendo nos seguintes termos:

"Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Trata a presente do Processo Administrativo Disciplinar nº 10768.000643/98-86, instaurado para apurar fatos relativos a ausência injustificada ao serviço do servidor (...), Agente de Portaria, matrícula Siape nº 0756304, pertencente ao Quadro Permanente deste Ministério.

2. Instaurada a Comissão de Inquérito para apurar os fatos o processo, após seguir os trâmites normais, foi encaminhado à apreciação da autoridade instauradora que aprovou o Relatório concordando com a capitulação dada ao fato, porém sugerindo a aplicação de outra penalidade ao referido servidor, ou seja, de demissão, por infringência ao inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112 de 11 de novembro de 1990 - proceder de forma desidiosa -.

3. Submetidos os autos a exame da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, entendeu esta, diferentemente da Comissão Processante, que o dispositivo não respeitado pelo servidor é o inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990 - aquele que determina a observância das normas legais e regulamentares -, sugerindo a aplicação da

correspondente penalidade de advertência, regulada pelo inciso I do art. 127, daquele mesmo diploma legal, em vez da que foi proposta pela mencionada Comissão de Inquérito e pela autoridade instauradora.

4. Assim, por estar de acordo com o entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, submeto os autos à elevada apreciação de Vossa Excelência, para julgamento, tendo em vista o que determina os arts. 141, inciso I, c/c 167, § 1º, e 168 '*caput*' e seu parágrafo único."

5. Provocada a audiência da Subchefia para Assuntos Jurídicos, por força do que dispõe o Aviso Circular nº 03 de 17.7.96, esta se manifestou através da Nota SAJ nº 1348/99-MM, de autoria do Dr. Murilo Marques da Silva nos autos do processo da seguinte maneira (*verbis*):

"Sob exame desta Subchefia, por força do que dispõe o Aviso Circular nº 03, de 17 de julho de 1996, o Processo Administrativo Disciplinar nº 10768.000643/98-86, em que se apurou irregularidade cometida pelo servidor (...), Matrícula nº 0756304, ocupante do cargo de Agente de Portaria do Ministério da Fazenda, lotado na Damf/RJ. O presente procedimento decorre da comunicação de fls. 02, conforme Memorando nº 02/Damf-RJ/Rehum/DRH, datado de 6.1.98, com o qual o Chefe do Departamento de Recursos Humanos solicita as providências cabíveis contra o servidor em questão, por estar faltando ao serviço por trinta e cinco dias consecutivos no período de 1º.12.97 a 4.01.98.

Em face daquela informação, o Delegado de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro expediu a Portaria/Damf-RJ/GAB/SAA/nº 202, fls. 27, datada de 13.4.98, publicada no Boletim nº 16, de 14.4.98, prorrogada por mais sessenta dias pela Portaria/Damf-RJ/GAB/SAA/nº 329, datada de 15.6.98, publicada no Boletim nº 25, de 19.6.98, fls. 134, constituindo a competente Comissão de Inquérito para apurar os fatos imputados àquele servidor. Instalados os trabalhos, a douta Comissão Processante, depois de fazer juntar ao processo os documentos requisitados, notificou o servidor, dando-lhe conhecimento da instauração do processo, convocando-o para prestar esclarecimentos acerca da imputação que lhe foi feita.

Às fls. 130, consta o Termo de Instrução e Indiciação, em que o digno Colegiado, depois de colher o depoimento do servidor, entendeu de indiciá-lo pela prática do ilícito capitulado no art. 138 da Lei nº 8.112/90, determinando, de acordo com o que preceitua o art. 161, § 1º, do referido Diploma Legal, a citação do Indiciado para apresentar defesa escrita, no prazo de dez dias, o que foi feito, conforme peça defensiva de fls. 135/137.

Ao concluir seus trabalhos, a Comissão, depois de bem sopesar as razões de defesa expendidas naquela peça, apresentou o Relatório de fls. 145/147, de 12.8.98, concluindo que o Acusado procedeu de forma desidiosa, inciso XV do art. 117, propondo, inadequadamente, que lhe fosse aplicada uma pena de suspensão por 30 dias, incabível em razão do disposto no inciso XIII do art. 132 da Lei nº 8.112/90. Entretanto, como se vê às fls. 158, o Delegado de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro, com supedâneo no Parecer PFN/RJ nº 69/98, discordou da conclusão da Comissão Processante, determinando, com base no art. 168, que o processo fosse submetido à decisão superior, nos termos do § 1º do art. 167, ambos da Lei nº 8.112/90, com a proposição da aplicação da pena de demissão prevista no inciso II do art. 132 do retrocitado Diploma Legal.

Oficiando no feito, a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos termos do Parecer PGFN/CJU/nº 120/99, entende, com justa razão, ser incabível a aplicação da pena de demissão, mormente pelo fato de estar o servidor amparado por um Atestado Médico, anexado às fls. 106, que afirma padecer o paciente de 'um quadro reativo-depressivo', e, assim sendo, não se justifica a adoção de pena tão grave, asseverando, ainda, que o comportamento do acusado fere apenas o dever de observar normas legais e regulamentares, previsto no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112/90, passível, quando muito, da pena de advertência.

De nossa análise, observamos que, inobstante compartilharmos, parcialmente, com o entendimento manifestado pela douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o PAD apresenta eivas de nulidade graves, posto que, indiciado o servidor por abandono de cargo, art. 138, como consta do Termo de Instrução e Indiciação, fls. 130, do qual se defendeu em sua peça de fls. 135/137, é surpreendido, posteriormente, com o enquadramento dado pelo digno Colegiado em seu Relatório final, ou seja, vulneração ao inciso XV (proceder de forma desidiosa) do art. 117 da Lei nº 8.112/90, para o qual a pena prevista é de demissão, conforme estabelece o art. 132, inciso XIII, do mesmo Diploma Legal.

No que tange ao aspecto formal, deflui-se de forma cristalina que foi assegurado ao acusado o pleno exercício do contraditório e ampla defesa, nos termos recomendados por nossa Carta Política, em seu art. 5º, inciso LV. Em razão do dissídio interpretativo que repousa sobre o tema, sugerimos que o presente feito seja submetido à apreciação da conspícua Advocacia-Geral da União antes de ser alçado ao julgamento do Excelentíssimo Senhor Presidente da República."

6. Em face dos pareceres acima expendidos, parece-me necessário transcrever aqui os dizeres contidos no Termo de Instrução e Indiciação (de fls. 130) e no Relatório da Comissão que presidiu os trabalhos relacionados com a apuração dos fatos constantes dos presentes autos (às fls. 145 a 147), ambos documentos assinados, o primeiro deles, pela Presidente da Comissão, (...), em 12 de junho de 1998, e o segundo, o Relatório, de 12.8.1998, em que foram subscritores, além da Presidente, os demais membros da referida Comissão Processante, (...) e (...) (membros).

7. Eis, primeiramente, o Termo:

"Termo de Instrução e Indiciação

Trata-se de Processo Administrativo Disciplinar, instituído pela Portaria Damf-RJ/GAB/SAA/nº 202, de 13 de abril de 1998, do Sr. Delegado de Administração do Ministério da Fazenda no Estado do Rio de Janeiro, que se destina a apurar as faltas consignadas ao serviço pelo servidor (...), ocupante do cargo de Agente de Portaria, matrícula Siape nº 00057690, lotado na Setor de Desenvolvimento de Recursos Humanos - DRH/Rehum.

No que concerne ao fato objeto desta apuração, a Comissão, após ter coletado as provas, com toda a documentação trazida aos presentes autos, assim como considerando as diligências que realizou, forma sua convicção em tomo das ocorrências funcionais apuradas, concluindo pela indicição do servidor (...), em função de ter-se configurado o abandono de cargo, ao ausentar-se do trabalho por mais de 30 (trinta) dias consecutivos, sem qualquer justificativa comprovada, na forma disposta nos artigos 130, parágrafo 2º e 138, da Lei 8.112/90 (RJU).

Nestas condições e considerando o que mais contém nos autos a Comissão resolve, na forma da Legislação em vigor, abrir vistas de todo o processado

ao ora indiciado, servidor (...), na sala 1008, do prédio do Ministério da Fazenda, sito à Avenida Presidente Antônio Carlos nº 375, 10º andar, Castelo, nesta cidade, o qual deverá de imediato, ser citado para apresentação de defesa, na forma do artigo 161, parágrafo 1º, da Lei nº 8.112/90.”

8. Abaixo, o Relatório:

“01 - Do Objeto da Comissão: A Comissão de Processo Administrativo Disciplinar foi instituída pela Portaria acima nominada, destinada à apuração dos fatos constantes do Processo nº 10768.000643198-86, que consiste na apuração de faltas ao serviço, do servidor (...), ocupante do cargo de Agente de Portaria - matrícula Sipe 57690 desta Damf/RJ.

02 - Dos Fatos: O objeto da presente apuração, efetivamente, teve origem quando da informação encaminhada pela Sra. (...), Chefe do D.R.H., através do Memorando nº 02 de 06/01/98, ao Chefe da Divisão de Recursos Humanos - REHUM, no qual comunica, para os devidos fins, a ausência ao serviço do servidor (...), por mais de 35 dias consecutivos, correspondendo ao período de 01/12/97 a 04/01/98. (conf. fls. 02)

03 - Do Depoimento: Foi ouvido por esta Comissão de Processo Administrativo Disciplinar o Sr. (...), cujo depoimento encontra-se às fls. 121 do presente Processo. Através do Ofício nº 003/98/Damf-RJ/GAB/DEL datado de 12/06/98, foi citado o servidor em questão para apresentar defesa escrita a esta Comissão, conforme o disposto no parágrafo 1º do artigo 161, da Lei 8.112/90. (conf. fls. 131). No dia 26/06/98, foi apresentada à Comissão a sua defesa escrita que, a certa altura, o Sr. (...) se lamenta da Chefia quando diz que: ‘simplesmente comunicou as faltas, omitindo sobre a situação de seu subordinado ou desconhecendo o verdadeiro motivo que o levou a se ausentar da repartição’ (conf. fls. 135/137).

Posteriormente em suas justificativas, o indiciado anexou aos autos o atestado médico do psiquiatra Dr. Waldir Mello Tude, onde ele atesta que o mesmo esteve sob tratamento médico durante os primeiros 20 dias do mês de dezembro/97 (conf. fls. 138). O Processo em causa foi então enviado à Rehum/Nucam-RJ a fim de que o atestado acima mencionado fosse analisado pela Junta Médica para que ela se pronunciasse a respeito. Em resposta ao solicitado a Junta Médica disse: - ‘Que o servidor alegou tratamento psiquiátrico em duas épocas de sua vida: em julho de 1987 e em dezembro de 1997, ocasiões em que refere ter estado impossibilitado de trabalhar’... Mais adiante, a Junta conclui que: - ‘o servidor em epígrafe somente foi examinado por médicos deste serviço em 21/07/98, não podemos avaliar o seu estado de saúde na ocasião de seu absenteísmo’... (fls. 141/142.)

04 - Conclusão: Ante o exposto, considerando as diligências realizadas, e as provas contidas no presente Processo, a Comissão forma seu convencimento no sentido de ser aplicada ao servidor penalidade de suspensão por 30 dias capitulada no inciso II do artigo 127 c/c artigo 130 da Lei nº 8.112/90, em razão de proceder de forma desidiosa conforme prevista no artigo 117 inciso XV da mesma Lei, isto após análise da documentação acostada aos autos, inclusive, a vida pregressa funcional do servidor, que indica circunstâncias atenuantes durante sua permanência no serviço público. Esta é a conclusão da Comissão, que ora submetemos à elevada apreciação e julgamento de V.Sª, s.m.j.”

9. Estes os fatos, passo a oferecer deslinde à questão em epígrafe.

10. Como se denota pela leitura que se fizer nos autos do processo, o servidor (...) deixou de comparecer ao serviço público, injustificadamente, sessenta e dois (62) dias, tendo a Comissão Processante, designada pela Portaria Damf-RJ/GAB/SAA/nº 202, de 13.04.98, entendido de lhe cominar a pena de suspensão por trinta dias (30) em razão de, consoante a tipificação levada a efeito, ter o indiciado procedido de forma desidiosa, achando-se, portanto, capitulado no disposto no inciso II do artigo 127 c/c o artigo 130 da Lei nº 8.112/90, e disse ainda, que assim o fazia porque, após análise da documentação apresentada pelo acusado, e levando-se em consideração a sua vida pregressa funcional, houve motivos favoráveis a ele, pelos quais os considerava como circunstâncias atenuantes.

11. Releva aqui notar, por oportuno, que não se alegou nos pareceres acostados aos autos ter a dita Comissão Processante, sob o aspecto formal do processo, cerceado ao acusado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

12. No meu entendimento, são expressivas as conclusões emanadas às fls. 167 dos autos, da Nota SAJ nº 1348/99, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República quando asseverou (*verbis*):

“De nossa análise, observamos que, inobstante compartilharmos, parcialmente, com o entendimento manifestado pela douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o PAD apresenta eivas de nulidades graves, posto que, indiciado o servidor por abandono de cargo, art. 138, como consta do Termo de Instrução e Indiciação, fls. 130, do qual se defendeu em sua peça de fls. 135/137, é surpreendido, posteriormente, com o enquadramento dado pelo digno colegiado em seu Relatório Final, ou seja, vulneração ao inciso XV (proceder de forma desidiosa) do art. 117 da Lei nº 8.112/90, para o qual a pena prevista é de demissão, conforme estabelece o art. 132, inciso XIII, do mesmo Diploma Legal.”

13. Aliás, nesse direcionamento foi o Parecer PGFN/RJ nº 69/98, exarado em 25 de setembro de 1998, no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional no Rio de Janeiro pela Dra. Maria Lúcia de Paula Oliveira, às fls. 149/156, devidamente aprovado por seus superiores, que, no item 11, após examinar criteriosamente o Processo Administrativo em tela, assertou (*verbis*):

“11. A pena de suspensão está prevista em lei, mas não a sua aplicação à conduta ‘proceder de forma desidiosa’ já que, em matéria disciplinar, impera o princípio da legalidade estrita, não há como aplicar a uma determinada conduta penalidade que não lhe é atribuída por lei, logo, há um vício de ilegalidade que macula o procedimento apuratório ora submetido a essa Procuradoria da Fazenda Nacional, pelo que recomenda-se ao Ilmo. Sr. Delegado de Administração no Estado do Rio de Janeiro que se proceda a uma revisão do processo disciplinar ora em tela, consoante prescrito pelo art. 174 da Lei nº 8.112/90, sendo conveniente lembrar que nos termos do art. 182, parágrafo único, da revisão do processo não poderá resultar o agravamento da penalidade.”

14. Convém salientar, antes de tudo, que o objetivo precípuo de um processo administrativo disciplinar é a investigação da verdade material. Não se propõe, de início, a investigar a verdade contra alguém, isto é, contra o acusado, até que, pela prova, se tenha a veracidade das alegações tecidas no feito e que o possam incriminar. Desse modo, os membros da Comissão, que não julgam, porém, oferecem sua opinião com base nas provas hauridas na instrução regular, contribuem na formação da livre convicção do julgador, a autoridade superior, no caso, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

15. Assim, não são os membros da Comissão meros espectadores nas fases em que se desenvolve o processo disciplinar; têm eles a grande responsabilidade de lhe dirigirem os passos, processuais, o que não os desobriga de verificar com todo o rigor se o iter se processou regularmente, reunindo os elementos constitutivos que possam apresentar todos os foros de certeza.
16. O julgador não poderá ficar sujeito a conclusões dúplices, capazes de levá-lo a cometer injustiça ao proferir sua decisão, mesmo porque julgar não é apenas decidir; julgar é decidir com fundamentação.
17. Portanto, cabe aos membros de uma Comissão Processante tornarem-se conhecedores do processo em sua essência, inteirados de todos os pormenores, de todas as circunstâncias que o envolvem, porque o julgador, no caso, o Chefe do Poder Executivo, não vai editar um ato demissório, como se sugere, sem que tenha pleno convencimento do que está fazendo. Por isso, os relatórios oferecidos pelas Comissões Processantes precisam demonstrar que se acham imunes de erros, incontroversos e, sobretudo, que espelhem a sua autenticidade.
18. O relatório conclusivo de um processo administrativo disciplinar - repita-se - é o somatório de todos os elementos colhidos no seu desenrolar e, nulo será se se apresentar incongruente, duvidoso ou contraditório nas suas afirmações ou capitulações legais.
19. A competência para impor penalidades tem de se medir pela avaliação correta delas, daí, nesse sentido, crescer a responsabilidade administrativa da Comissão Processante, que não poderá, sob pena de se invalidar o processo levado a efeito, manifestar-se conclusivamente de modo a ensejar que a autoridade máxima, *in casu*, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, na posição de diretor superior da Administração Federal (cf. C.F. art. 84, II), fique adstrito, no momento de julgar, às informações anacrônicas e ambivalentes.
20. Ora, se à autoridade administrativa superior cabe o poder de aplicar a pena, à Comissão Processante só se defere competência para apresentar relatórios convincentes e regulares. Assim, é de deduzir-se que a instrução probatória, no processo administrativo disciplinar, é atividade de grande relevância, porque dela depende a avaliação de quem dever impor a pena.
21. Nada mais forra a Administração Pública de problemas e seqüelas jurídicas advindas de processos disciplinares mal conduzidos do que relatórios conclusivos nos quais se contenham tipificações penais corretas. Porque, se a Comissão encarregada de conduzi-lo manifestar-se com objetividade, é inegável que o aplicador da pena estará apoiado em bases sólidas jurídico-legais para fazê-lo, uma vez que não ficará no limiar da certeza e da dúvida; pelo contrário, formará um juízo de valor sobre os fatos apurados.
22. É importante acrescentar que existirá sempre a presunção de inocência se houver, no processo disciplinar, dubiedade e duplicidade na capitulação legal das infrações cometidas pelo acusado.
23. Este tem sido um marco significativo apontado pelos administrativistas pátrios, e tem por destinatário todo e qualquer acusado, cuja condenação e, somente poderá ser pronunciada *beyond all reasonable doubt*, locução tão incisivamente empregada no direito norte-americano nas imputações penais e que poderá *a fortiori* servir de paradigma aos que se acham submetidos aos processos administrativos disciplinares.
24. No caso concreto (sob exame), existindo falha insanável no processado, no respeitante à duplicidade nas opiniões da Comissão Processante que encerram contradição visível entre o que se disse no Termo de Instrução e Indiciação (fls. 130) e o que se propôs no

Relatório Conclusivo (fls. 145 a 147), com as sugestões de cominações de penas completamente diferentes, entendo que se deva, com base no art. 169, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, declarar a nulidade parcial do processo em foco, devendo a autoridade superior que determinou a sua instauração nomear nova Comissão Processante para tal mister, podendo ser aproveitadas as fases instrutórias já realizadas, no que couber, desde que sem a eiva dos vícios encontrados na anterior.

É o parecer, sub censura.

Brasília, 10 de março de 2000.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Fase de instauração e competência instauradora. Atos administrativos inexistentes, válidos, nulos, anuláveis e irregulares. Formas de convalidação de atos administrativos anuláveis (por ratificação, reforma ou conversão). Convalidação, por ratificação, da instauração de processo disciplinar por autoridade incompetente, por meio do julgamento da autoridade julgadora.

PARECER Nº 4/2018/CPPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: COMISSÃO PERMANENTE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - CPPAD E OUTROS

ASSUNTOS: COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO E OUTROS

ENUNCIADO CPPAD/DECOR/CGU/AGU:

Há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição.

Referências: Art. 151, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990. Art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999. PARECER Nº 157/2012/DECOR/CGU/AGU. DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 1544/2012. RMS 20631/PR e RMS 28300/PR, ambos do STJ.

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO. AUTORIDADE INCOMPETENTE. CONVALIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. ART. 55 DA LEI Nº 9.784/1999. PRESCRIÇÃO. ART. 142 DA LEI Nº 8.112/1990.

Há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição.

Excelentíssimos Senhores Membros da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CPPAD),

I - RELATÓRIO:

1. Em reunião realizada no âmbito da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CPPAD), deliberou-se pela elaboração de opinativo acerca do tema relativo à “**portaria instauradora de processo administrativo, vício de competência e sua convalidação**”, ficando a cargo deste signatário tal incumbência, conforme definido na 17ª Sessão Ordinária da CPPAD, realizada no dia 15/05/2018.

2. É o breve relatório. Passa-se a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

3. Inicialmente, vale expor que o processo administrativo disciplinar abrange uma série concatenada de atos, com vistas a alcançar a finalidade tanto de apurar a suposta infração cometida quanto de definir a eventual sanção a ser aplicada no respectivo caso.

4. Com isso, em linhas gerais¹, no procedimento administrativo disciplinar, há **três fases**, descritas no art. 151 da Lei nº 8.112/1990, quais sejam: 1) instauração; 2) inquérito administrativo (instrução, defesa e relatório); e 3) julgamento.

5. Neste opinativo, destaque-se a fase relativa à **instauração** do procedimento administrativo disciplinar, na qual a respectiva autoridade providencia a publicação² da

portaria inaugural do processo administrativo disciplinar, ocasião em que, entre outros aspectos, designa os integrantes da comissão, conforme art. 151, I, da Lei nº 8.112/1990.

6. Dessa forma, percebe-se que, na fase de instauração, ocorre o início do respectivo processo administrativo disciplinar, com a publicação da portaria inaugural, contendo as informações necessárias para tanto, frisando-se que inexistem³, em tal fase, o contraditório e a ampla defesa, os quais devem ser assegurados ao acusado na fase de inquérito administrativo, conforme preceituado no art. 153⁴ da Lei nº 8.112/1990.

7. Nesse sentido, sobre a finalidade da portaria inaugural do processo administrativo disciplinar, o STJ possui entendimento sedimentado, no seguinte sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR [...] PORTARIA DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR. DESCRIÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS. DESNECESSIDADE [...]

[...]

3. A portaria inaugural tem como principal objetivo dar início ao Processo Administrativo Disciplinar, conferindo publicidade à constituição da Comissão Processante, nela não se exigindo a exposição detalhada dos fatos imputados ao servidor, o que somente se faz indispensável na fase de indiciamento, a teor do disposto nos arts. 151 e 161, da Lei n.º 8.112/1990. (MS 9.668/DF, 3.ª Seção, Rel.ª Min.ª LAURITA VAZ, DJe de 01/02/2010). (Destacou-se)

8. Quanto à **autoridade competente** para instaurar o processo administrativo disciplinar, a Lei nº 8.112/1990 não regulamenta a questão de forma exaustiva, destacando-se o disposto nos seus artigos 143, 151, inciso I, 166 e 167, § 1º, *in verbis*:

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

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; [...]

Art. 166. O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento.

Art. 167 [...]

§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo. (Destacou-se)

9. Assim, tendo em vista que a Lei nº 8.112/1990 não preceitua, de modo conclusivo, a competência para deflagrar os procedimentos administrativos disciplinares, a questão pode ser regulamentada de forma específica por outra norma⁵ do ordenamento jurídico.

10. Nesse contexto, **por óbvio, em cada caso, deve-se observar, com zelo, a questão da competência para a instauração do processo administrativo disciplinar, em atenção, especialmente, ao princípio do devido processo legal⁶**.

11. Todavia, diante, notadamente⁷, da ausência de norma geral disciplinando o tema de modo detalhado, **pode ocorrer de a instauração do processo administrativo disciplinar ser realizada por autoridade incompetente para tanto**.

12. Nesse cenário, **analisa-se, em tese, a possibilidade jurídica de se realizar a convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente.**

13. Vale expor que a **convalidação** “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”⁸, sendo instituto “que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte”⁹.

14. No mais, a convalidação está prevista no **art. 55 da Lei nº 9.784/1999**¹⁰, o qual preconiza a possibilidade da utilização do instituto em foco no caso de verificação destes **três requisitos**: 1) atos que apresentem defeitos sanáveis; 2) inexistência de lesão ao interesse público; e 3) ausência de prejuízo a terceiros. Senão vejamos:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie **não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros**, os atos que apresentarem **defeitos sanáveis** poderão ser **convalidados** pela própria Administração. (Destacou-se)

15. Sobre o **primeiro requisito** (“atos que apresentem defeitos sanáveis”), convém, inicialmente, ressaltar que a instauração de processo administrativo disciplinar constitui ato administrativo, conforme se extrai destes ensinamentos doutrinários:

16 [...] é possível conceituar **ato administrativo como: declaração do Estado [...] no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional**. Ressaltam-se as seguintes características contidas no conceito: a) trata-se de declaração jurídica, ou seja, de manifestação que produz efeitos de direito, como sejam: certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações; b) provém do Estado, ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais; c) é exercida no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob regência do Direito Público. Nisto se aparta dos atos de Direito Privado; d) consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento [...] e) sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo. 27ª ed. 2010, p. 385-386). (Destaque nosso)

16. No mais, a instauração, por autoridade incompetente, de processo administrativo disciplinar configura vício de competência, salientando-se que, entre os elementos¹¹ dos atos administrativos, a doutrina pátria majoritária ensina que **o defeito de competência é sanável**, de modo a ser **ato administrativo anulável**, e, com isso, **passível de convalidação**, conforme se verifica nas seguintes lições:

[...] Para outra parte da doutrina, citem-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Marcos Bernardes de Mello, que consideram os atos administrativos **válidos** quando preenchem todos os requisitos; **nulos**, quando contam com um defeito incorrigível, e **anuláveis** quando possuem um defeito que pode ser consertado, admitindo a convalidação. Para essa corrente, aplica-se ao Direito Administrativo a tradicional distinção entre atos nulos e atos anuláveis. Encontra-se, ainda, uma [...] posição, assentada inclusive neste trabalho, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, os atos administrativos inválidos podem ser divididos em atos inexistentes, atos nulos, atos anuláveis, além de admitir a possibilidade de atos irregulares (ficam fora do conceito de inválido). Em resumo, tem-se

que: a) **atos inexistentes** são aqueles que se encontram fora do possível jurídico e são radicalmente vedados pelo Direito. Exemplo: condutas criminosas como uma ordem de uma autoridade superior para que o seu subordinado torture um preso; autorização para que alguém explore o trabalho escravo; autorização para que sejam saqueadas as casas de devedores do fisco. Segundo o regime jurídico, esses atos são imprescritíveis, não admitem convalidação [...] b) **atos nulos** são aqueles que a lei assim os declara. Os atos podem, ainda, ser nulos quando for verificada a impossibilidade material de sua convalidação, por não admitirem a reprodução de forma válida, não admitirem conserto. O regime jurídico desses atos não pode ser confundido com o regime dos atos inexistentes. Nos atos nulos, quando da anulação, protegem-se os direitos de terceiros de boa-fé, bem como efeitos patrimoniais pretéritos concernentes ao administrado que foi parte na relação jurídica, quando forem necessários, para evitar enriquecimento sem causa da Administração e dano injusto ao administrado, se estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato [...] Quanto aos efeitos, se o ato ilegal for restritivo de direitos, a anulação, produz efeitos *ex tunc*, se ampliativo de direitos, o efeito é *ex nunc*. Esses atos não admitem convalidação e devem ser anulados [...] c) **atos anuláveis** são aqueles cuja lei assim os declara ou, ainda, aqueles que puderem ser praticados sem vício. Normalmente, admite-se ato anulável quando o defeito é de competência e de forma, desde que possua defeito sanável. O regime é o mesmo do ato nulo, exceto quanto à possibilidade de convalidação, que transforma o ato anulável em ato válido. d) **atos irregulares** são aqueles que padecem de vício material irrelevante, contendo uma violação à norma que objetiva impor a padronização interna. Como não atinge a segurança e as garantias dos administrados, o vício não atinge a validade do ato, não se admitindo anulação. É apenas possível a aplicação de sanção para o agente que o praticou. (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. *Impetus*. Rio de Janeiro. 6ª ed. 2012, p. 310- 311). (Grifos nossos)

Nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que **os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência** e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais do procedimento administrativos. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas. São Paulo. 25ª ed. 2012, p. 162-164). (Destacamos)

171. **São anuláveis:** a) os que a Lei assim os declare; b) os que podem ser re praticados sem vício. Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade [...] 180. Atos nulos e anuláveis apresentam regime jurídico diferenciado quanto a) **possibilidade de convalidação. Só os anuláveis podem ser convalidados;** os nulos não; estes podem, apenas – e quando a hipótese comportar – ser, ‘convertidos’ em outros atos; (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo. 27ª ed. 2010, p. 473-484). (Grifamos)

17. Nesse sentido, sobre o tema, o **STJ**, no âmbito do Mandado de Segurança nº 14.181/DF, de relatoria do Ministro Antonio Saldanha Palheiro, assim entendeu:

Feitas essas considerações preliminares, observa-se que, no caso, a alegada violação ao princípio do juiz natural diz respeito a **vício de competência, o qual, na teoria dos atos administrativos, admite, em regra, convalidação pela autoridade competente. A propósito, dispõe o art. 55 da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal [...]** (STJ, MS 14.181/PR. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 3ª Seção, julgado em 25/05/2016, publicado em 31/5/2016). (Destacamos)

18. Acerca do **segundo requisito** (“inexistência de lesão ao interesse público”), cumpre externar que a convalidação da instauração, por autoridade incompetente, de processo administrativo disciplinar não acarreta, em tese, lesão ao interesse público.

19. Pelo contrário, a convalidação, no caso, está em consonância com o interesse público, já que possibilita o aproveitamento dos atos, até então, praticados, evitando a necessidade de serem repetidos, em observância à economia processual, à racionalidade, ao princípio da instrumentalidade das formas, bem como ao primado da eficiência¹², previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

20. Assim, com a convalidação do vício de competência em análise, de modo a confirmar ato pretérito e conferir validade aos seus efeitos, evita-se a invalidação do respectivo processo administrativo disciplinar e, com isso, o desperdício de tempo, de trabalho e de recursos públicos, com o aproveitamento dos atos praticados, estando, portanto, em consonância com **princípio da supremacia do interesse público**¹³.

21. Nesse sentido, o instituto da convalidação desempenha relevante função de estabilidade das relações constituídas, tendo efeitos retroativos, de modo a legitimar os efeitos do ato inválido, preservando a ordem jurídica, em consonância com o **primado da segurança jurídica**, conforme a seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

159. Finalmente, vale considerar que **um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de preservar a ordem**. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com **ordem e estabilidade das relações sociais** em cada escala muito maior. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em sentido corrente – tem especial relevo no Direito Administrativo. **Não brigam como o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprimivelmente o interesse público**, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que **a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos [...]** 161 [...] Quando promana da Administração, esta **corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de forma consonante com o Direito aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas com uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado**. É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente

produzidos [...] 167. As asserções feitas estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilicitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. **Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer.** (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo. 27ª ed. 2010, p. 473-474). (Destacou-se)

22. Assim, a convalidação da instauração de PAD, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, não provoca, de forma abstrata, lesão ao interesse público, estando em conformidade com os princípios da eficiência (economicidade/razionalidade), da supremacia do interesse público e da segurança jurídica.

23. Ademais, quanto ao **terceiro requisito** (“ausência de prejuízo a terceiros”), cumpre expor, de início, que o processo administrativo disciplinar envolve relação jurídica interna, decorrente do poder disciplinar¹⁴, que, por sua vez, deriva do poder hierárquico, tendo, de um lado, a Administração Pública e, de outro, seu servidor público, de modo que a convalidação de processo administrativo disciplinar instaurado por autoridade incompetente não provoca, abstratamente, prejuízos a terceiros.

24. Dito isso, cumpre externar que não se verificam, a priori, prejuízos ao próprio acusado, em decorrência da convalidação do vício de competência em análise, especialmente, se considerarmos que, na fase de instauração, apenas publica-se a portaria inaugural do processo administrativo disciplinar, não existindo sequer o contraditório e a ampla defesa, os quais devem ser assegurados ao acusado na fase de inquérito administrativo, conforme previsto no art. 153 da Lei nº 8.112/1990.

25. Nessa perspectiva, inexistindo prejuízo ao acusado, ressalte-se o postulado *pas de nullité sans grief*, sedimentado no âmbito do STJ, senão vejamos:

[...] 3. Este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que **a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio *pas de nullité sans grief*, não demonstrada na hipótese em apreço** (MS n. 9.649/DF, Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 18/12/2008 - grifo nosso). (MS n. 14.780/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª S., DJe 25/11/2013). (Destacou-se)

26. Dessa forma, em tese, **apresenta-se juridicamente viável a convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar deflagrado por autoridade incompetente**, já que o vício de competência se constitui defeito sanável (ato anulável), bem como que, abstratamente, não provoca lesão ao interesse público, tampouco prejuízo a terceiros e ao próprio acusado, de modo a ser aplicável o art. 55 da Lei nº 9.784/1999.

27. Nessa direção, o **Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões entendendo pela viabilidade jurídica de ser realizar a convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente.**

28. Desse modo, no âmbito do **RMS 20631/PR**, o STJ analisou um caso, no qual um ex-Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná questionou a aplicação, em face dele, da pena de demissão, suscitando, para tanto, eventuais vícios no respectivo processo administrativo disciplinar, entre eles, a incompetência na instauração do PAD, alegando que a deflagração

do processo deveria ter sido feita pelo Conselho de Polícia Civil do Estado do Paraná, e, não pelo Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná.

29. Assim, o Relator do caso no STJ, o Ministro Arnaldo Esteves Lima, mencionando a **racionalidade, a existência de mero vício formal e a observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório**, após reconhecer o vício de competência na instauração do PAD, entendeu que o Conselho de Polícia Civil do Estado do Paraná, ao apreciar o relatório da comissão processante, entendendo pela aplicação da pena de demissão, convalidou o ato instaurador do Corregedor-Geral da Polícia Civil/PR, de modo a se mostrar desnecessária a anulação do processo, nos seguintes termos:

Como primeiro fundamento da impetração, o recorrente aduz que a abertura do processo administrativo disciplinar deu-se por determinação de autoridade incompetente, qual seja, o Corregedor-Geral, e não por deliberação do Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 14/85, com redação determinada pela Lei Complementar Estadual 89/01, em vigor à época da publicação do ato. Defende ser inaplicável, à hipótese, o disposto na Lei Complementar Estadual 98/03, que, posteriormente, disciplinou de forma diversa a respeito. De fato, a abertura do processo disciplinar ocorreu em 3/7/02 (fl. 136), quando se encontrava em vigor a Lei Complementar Estadual 89, de 25/7/01, segundo a qual competia ao Conselho da Polícia Civil, exclusivamente, a prática de tal ato, consoante se verifica no seguinte dispositivo (fl. 325): “Art. 244 - Compete ao Conselho da Polícia Civil, com exclusividade, determinar a instauração do processo disciplinar, ex-offício, mediante representação fundamentada, sindicância, investigação preliminar, ou por provocação da autoridade policial, observado o previsto no art. 257.” É oportuno registrar que mencionado dispositivo foi revogado pela Lei Complementar Estadual 98, de 12/5/03, que passou a não mais prever essa exclusividade. A confusão gerada decorre da circunstância de que a legislação pretérita previa a competência do Conselho da Polícia Civil para determinar a abertura do processo disciplinar, mas não para proceder, perante aquele próprio órgão, à apuração dos fatos. Cabia-lhe determinar a abertura do processo e, ao final, deliberar a respeito. Com a modificação legislativa, restou-lhe tão-somente a competência para deliberar. Não obstante as afirmações do recorrente, entendo que, tendo sido submetido ao Conselho de Polícia Civil o relatório da comissão processante, esta indiscutivelmente competente para apurar ilícitos administrativos, tem-se que houve a convalidação do ato praticado pelo Corregedor-geral da Polícia Civil, que, inclusive, é membro desse conselho, nos termo do art. 6º, inc. III, da Lei Complementar 14/82. Com efeito, o órgão hierarquicamente superior, ao examinar o processo disciplinar, decidiu, tão-somente, pela aplicação da pena de demissão, em contrariedade, inclusive, à conclusão da comissão processante, que concluía pela absolvição do recorrente. Dessa forma, acabou por referendar todos os demais atos anteriormente praticados, inclusive o de instauração do processo disciplinar. A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não por deliberação do Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto esse órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão. Mediante essa compreensão, busca-se homenagear a racionalidade. Mostra-se evidentemente desnecessária a anulação do ato de demissão por mero

vício formal, mormente quando devidamente observados, no curso do processo disciplinar, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como veremos a seguir. (STJ, **RMS 20631/PR**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 10/5/2007, publicado em 28/5/2007) (Destacou-se)

30. Desse modo, o referido entendimento do Relator foi acompanhado pelos demais Ministros, em votação unânime da 5ª Turma do **STJ**, no âmbito do **RMS 20631/PR**, em julgamento ocorrido em maio/2007, entendendo-se, ao final, desta forma:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO PARANÁ. DEMISSÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO PELO CORREGEDOR- GERAL. AUTORIDADE INCOMPETENTE. CONVALIDAÇÃO DO ATO PELO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E DE PROCURADOR DO ESTADO NO CONTROLE DE ATOS DISCIPLINARES. ART. 6º, INCISOS IV E VII, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PROVA ACUSATÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. 1. **A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão**". (STJ, **RMS 20631/PR**. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 10/5/2007, publicado em 28/5/2007). (Destacamos)

31. Da mesma forma, em votação unânime da 5ª Turma do **STJ**, em julgamento ocorrido em setembro/2011 no âmbito do **RMS 28300/PR**, ratificou-se o posicionamento acerca do tema, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DOS FATOS. DESNECESSIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO PELO CORREGEDOR-GERAL. AUTORIDADE INCOMPETENTE. CONVALIDAÇÃO DO ATO PELO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL. RELATÓRIO FINAL DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. CARÁTER DELIBERATIVO. RECURSO. INCABÍVEL. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO PARANÁ. RESPALDO CONSTITUCIONAL. 1. A portaria inaugural tem como principal objetivo dar início ao Processo Administrativo Disciplinar, conferindo publicidade à constituição da Comissão Processante, nela não se exigindo a exposição detalhada dos fatos imputados ao servidor, o que somente se faz indispensável na fase de indiciamento. 2. **"A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão."** (RMS 20.631/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 28/05/2007). 3. O relatório final do procedimento disciplinar não se reveste de nenhum

conteúdo decisório, sendo mera peça informativa a servir de base para o posterior julgamento pela autoridade competente. Da decisão da autoridade competente, que aplica a sanção, é que é cabível o recurso administrativo (arts. 263 e 264 do Estatuto da Polícia Civil do Estado do Paraná). 4. A participação de membros do Ministério Público na composição do Conselho da Polícia Civil, como disposto na Lei Complementar Estadual n.º 14/82 (art. 6.º, inciso IV), com a redação dada pela Lei Complementar Estadual n.º 98/2003, não afronta a Constituição Federal. Precedentes desta 5.ª Turma: RMS n.º 22.275/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 19/05/2008 e RMS n.º 22.133/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23/03/2009. 5. Recurso ordinário desprovido. (STJ, **RMS 28300/PR**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 06/09/2011, publicado em 21/09/2011). (Grifos nossos)

32. Na mesma direção, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar¹⁵, externou a possibilidade de convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, nestes termos:

Vale ressaltar que **a eventual instauração de processo disciplinar por autoridade incompetente poderá ser objeto de convalidação**. Nesse sentido, cite-se a jurisprudência do STJ, que entende incabível a anulação do ato de demissão por mero vício formal, desde que tenham sido devidamente observados os princípios da ampla defesa e do contraditório [...] (Destacamos)

33. Inclusive, a **Consultoria-Geral da União**, em 2012, apreciou o tema, por meio do PARECER Nº 157/2012/DECOR/CGU/AGU, aprovado por DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 1544/2012 (processo administrativo nº 00410.017926/2011-73), ocasião em que **concluiu pela possibilidade jurídica, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/1999, da convalidação do vício de competência na instauração de processos administrativos disciplinares**, com a sugestão¹⁶, ao final, da edição de orientação normativa acerca da matéria, nos seguintes termos:

10 [...] Realmente, a legislação, a doutrina e a jurisprudência pátria agasalham a possibilidade da convalidação dos atos de instauração de procedimentos administrativos disciplinares pela autoridade julgadora. 11. A possibilidade da convalidação dos atos administrativos está prevista no **art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999**, senão vejamos [...] 12. Verifica-se, portanto, que para se processar a convalidação, **os defeitos do administrativo devem ser sanáveis e não lesionar o interesse público ou causar prejuízo a terceiros**. No caso, em questão, **o vício de competência é sanável** e, em regra, **a convalidação atenderá ao interesse público pelo risco da ocorrência da prescrição e, dificilmente, causará prejuízo a terceiros, eis que a relação está no campo do regime dos servidores públicos, uma relação entre a Administração e seus servidores [...]** 16. Nesse sentido também podemos elencar precedente da Consultoria-Geral da União, no **Parecer nº 38/2011/DECOR/CGU/AGU**, quando se definiu que é possível a convalidação de atos emanados por autoridade incompetente [...] 17. Diante do exposto, concluiu-se ser juridicamente possível, cm fulcro no art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999, a convalidação de vício de competência na instauração de procedimentos disciplinares pela autoridade julgadora competente. Nesse sentido, **parece plausível a edição de orientação normativa para agasalar a possibilidade aventada**. Sugere-se a seguinte redação: ***“É possível a convalidação do vício de competência na instauração dos processos administrativos disciplinares e sindicâncias pela***

autoridade julgadora, se presentes os requisitos estabelecidos no art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999". (Destacou-se)

34. No mais, cumpre registrar que, no referido PARECER Nº 157/2012/DECOR/CGU/AGU, foram citados os entendimentos, no mesmo sentido, exarados, no mencionado processo administrativo, tanto pela **Corregedoria-Geral da União**¹⁷ quanto pela então¹⁸ **Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União**¹⁹, desta forma respectivamente:

14. Prevê a norma de regência que os vícios porventura verificados podem ser convalidados pela autoridade administrativa competente, desde que não acarretem lesão ao interesse público ou a terceiros. 15. Essa autorização está contida no art. 55 da Lei nº 9.784, de 1999 [...] 16. **No caso concreto, é exatamente o interesse público que se pretende garantir com a convalidação dos atos viciados, pois, diante da grave violação dos deveres de probidade e moralidade [...] a manutenção da pena infligida pelo Estado no feito disciplinar é medida necessária e legalmente prevista no ordenamento jurídico pátrio, garantindo, também, a estabilidade da relação jurídico-administrativa e a correta aplicação dos princípios maiores da Constituição Federal.** 17. Ademais, **na relação processual estabelecida nos autos do Inquérito Administrativo, figuram como partes o Estado (inicialmente representado pela comissão disciplinar) e o acusado, não se cogitando, portanto, da participação de terceiros passíveis de serem prejudicados.** 18. Por fim, considerando que o exame das questões formais e de mérito já foram devidamente apreciadas no PARECER PGFN/CDI/Nº 511/2005, pode a autoridade agora competente adotar os fundamentos jurídicos ali contidos para convalidar a decisão exarada no bojo do respectivo feito disciplinar, segundo prevê o art. 50, VII e § 1º, da Lei nº 9.784/99 [...] (Destacamos)

11. De fato, na esteira do entendimento esposado no Parecer nº 20/2011 da PRU/1ª Região, **destacamos o mencionado art. 55 da Lei nº 9.784/99 que regula subsidiariamente o processo administrativo disciplinar**, facultou à Administração a possibilidade de convalidação dos atos administrativos “na hipótese de um ato discricionário ter sido praticado por autoridade incompetente, a Administração Pública pode optar entre invalidar e convalidar tal ato, levando em conta um juízo subjetivo de valor” (ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos Atos Administrativos. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58). 12. Assim, **naqueles casos em que o interesse público conduza a Administração à convalidação do ato administrativo, homenageando os princípios da eficiência e da racionalidade, revela-se desnecessária a anulação do ato administrativo por mero vício de formalidade, sobretudo quando foram asseguradas aos investigados no curso do processo administrativo disciplinar as garantias constitucionais relativas à ampla defesa e ao contraditório.** (Destaques nossos)

35. Mais recentemente, em 2015, o **DECOR/CGU**, por meio do **PARECER n. 00091/2015/DECOR/CGU/AGU** (NUP 59000.000713/2015-19 – Seq. 9), mencionou o entendimento anteriormente exarado no PARECER Nº 157/2012/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo CGU, sugerindo, ao final, a expedição de orientação normativa acerca do assunto por parte do Grupo de Trabalho relacionado à matéria disciplinar, desta forma:

9. Por fim, **o ilustre parecerista traz à lume o tema da ilegalidade e respectiva convalidação das portarias instauradoras quando editadas por autoridades cuja competência não está prevista nos atos que regem a matéria [...]** 10. Impende consignar que o posicionamento do colega com

relação a convalidação da portaria instauradora encontra respaldo em parecer deste Departamento, da lavra do ilustre colega Dr. Leslei Lester dos Anjos Magalhães, devidamente aprovado pelo Consultor-Geral da União, cuja divulgação para todos os órgãos jurídicos deu-se mediante o Memorando Circular nº 100/2012/CGU/AGU, de 27 de novembro de 2012, acompanhado do PARECER Nº 157/2012/DECOR/CGU/AGU e respectivos despachos de aprovação de nºs 196/2012/DECOR/STF/CGU/AGU e 1544/2012/CGU/AGU [...] 11. Destarte, conforme foi mencionado no item precedente, o Consultor-Geral da União, mediante o Despacho nº 1.544/2012, de 14 de novembro de 2012, optou pelo encaminhamento de cópia da decisão aos órgãos jurídicos. 12. Por oportuno, **quanto a sugestão de expedição de orientação normativa para agasalhar o assunto, sugiro que o tema seja levado ao próximo Grupo de Trabalho que trata de matéria disciplinar, previsto para 2016, para a edição de enunciado.** 13. Diante do exposto e tendo em vista a **ausência de controvérsia**, pois as matérias abordadas no **Parecer nº 686/2015/CONJUR-MIN/CGU/AGU**, estão em consonância com os Pareceres nºs 030/2015/DECOR/CGU/AGU, 046/2015/DECOR/CGU/AGU e **157/2012/DECOR/CGU/AGU**, todos aprovados pelo Consultor-Geral da União desta Casa, opino pelo encaminhamento dos autos à Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Integração Nacional para ciência. (Grifou-se)

36. Inclusive, sobre a matéria, em 2013, um Grupo de Trabalho constituído no âmbito da Advocacia-Geral da União, para o estabelecimento de Diretrizes relacionadas ao Assessoramento Jurídico em Matéria Disciplinar, editou documento²⁰, no qual, em seu item 2 da Cláusula XXIII, explicitou a seguinte orientação: **“o ato de instauração de processo disciplinar, por autoridade incompetente, é suscetível de ratificação.”**

37. No mesmo sentido, no âmbito da doutrina, cumpre trazer os seguintes ensinamentos da administrativista Fernanda Marinela:

A competência para a instauração do processo administrativo disciplinar depende de previsão legal, observando sempre a autoridade competente à época do cometimento do fato. Mesmo nos casos de incidentes após a prática da infração, tais como, remoção, investidura em outros cargos, demissão em outro processo, aposentadoria, exoneração, licenças e afastamentos, a autoridade deve ser a mesma da época da infração. **Caso ocorra defeito de competência, é reconhecido o vício, no entanto esse defeito pode ser sanado, com a ratificação da autoridade competente e a consequente convalidação do ato.** (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. *Impetus*. Rio de Janeiro. 6ª ed. 2012, p. 1103-1104).

38. Dessa forma, em tese, percebe-se a possibilidade jurídica de convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99.

39. Vale esclarecer que este opinativo analisa a aplicação da convalidação em um cenário hipotético de existência exclusiva de vício de competência na instauração do processo administrativo disciplinar, não considerando, portanto, outros defeitos que porventura possam existir nos respectivos casos concretos.

40. Avançando, uma vez verificada, em tese, a possibilidade jurídica de convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, cumpre analisar a **forma** a ser empregada para tanto.

41. Quanto às formas de convalidação, assim ensina José dos Santos Carvalho Filho:

Há **três formas de convalidação**. A primeira é a **ratificação**. Na definição de MARCELO CAETANO, “*é o acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia*”. A autoridade que deve ratificar pode ser a mesma que praticou o ato anterior ou um superior hierárquico, mas o importante é que a lei que haja conferido essa competência específica. Exemplo: um ato com vício de forma pode ser posteriormente ratificado com a adoção da forma legal. **O mesmo se dá em alguns casos de vício de competência**. Segundo a maioria dos autores, **a ratificação é apropriada para convalidar atos inquinados de vícios extrínsecos, como a competência e a forma**, não se aplicando, contudo, ao motivo, ao objeto e à finalidade. A segunda é a **reforma**. Essa forma, de aproveitamento admite que novo ato suprima a parte inválida do ato anterior, mantendo sua parte válida. Exemplo: ato anterior concedia licença e férias a um servidor, se se verifica depois que não tinha direito à licença, pratica-se novo ato reiterando essa parte do ato anterior e se ratifica a parte relativa às férias. A última é a **conversão**, que se assemelha à reforma. Por meio dela a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento. Exemplo: um ato promoveu A e B por merecimento e antiguidade, respectivamente; verificando após que não deveria ser B mas C o promovido por antiguidade, pratica novo ato mantendo a promoção de A (que não teve vício) e insere a de C, retirando a de B, por esta ser inválida. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas. São Paulo. 25ª ed. 2012, p. 163).

42. Com isso, vê-se que **a ratificação é a forma adequada para a convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar**, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, de modo que cabe, se for o caso, à respectiva autoridade competente ratificar a instauração do processo administrativo disciplinar, suprimindo o anterior vício de competência, com o aproveitamento dos atos até então praticados.

43. Além disso, em cada caso de convalidação da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, deve haver a respectiva motivação, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, nos moldes do art. 50, VIII, da Lei nº 9.784/1999, que assim prevê:

Art. 50. **Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos**, quando:

[...]

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou **convalidação** de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito. (Destacamos)

44. Por fim, em atenção ao princípio da segurança jurídica e ao disposto no próprio art. 55 da Lei nº 9.784/1999, cumpre registrar que **a convalidação** da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, **só pode**

ser realizada desde que não consumada a prescrição, observados os parâmetros legais preceituados, em especial, no art. 142 da Lei nº 8.112/90.

45. Nesse sentido, convém expor que, de acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, *“a convalidação é o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, o que só ocorrerá quando o ato possa ser produzido validamente no presente”* (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância – à luz da jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública. Editora Fórum. 5ª ed. P. 339).

46. Dessa forma, em suma, vê-se que há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição, devendo-se, em cada caso, observar o disposto no art. 50, inciso VIII, da referida lei.

III - CONCLUSÃO:

47. Ante o exposto, conclui-se que há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição.

48. Por fim, sugere-se a edição de Enunciado, com o seguinte teor:

Há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição.

Brasília-DF, 25 de setembro de 2018.

RENATO DO REGO VALENÇA
Advogado da União

¹ Vale registrar a possibilidade de haver, previamente à instauração do processo administrativo disciplinar, uma “sindicância meramente investigativa”, a fim de melhor perquirir a autoria e/ou a materialidade da respectiva infração disciplinar.

² A Portaria de instauração, em regra, é publicada no Boletim de Serviço (ou no Boletim de Pessoal) do respectivo órgão/entidade.

³ Nesse sentido, no vinculante (art. 40 e ss da Lei Complementar nº 73/1993) *PARECER-AGU Nº GQ-55*, entendeu-se que: “6. O comando constitucional para que se observem o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo, é silente quanto à fase processual em que isto deve ocorrer (cfr. o art. 5º, LV). É tema disciplinado em norma infraconstitucional: a Lei nº 8.112, de 1990, assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (v. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do apuratório (art. 151, II).”

⁴ Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

⁵ Por exemplo, no Regimento Interno do(a) respectivo(a) órgão/entidade.

⁶ Vale registrar a existência de precedentes do STJ, entendendo pela nulidade da portaria instauradora e dos atos subsequentes, no caso de instauração por autoridade incompetente, mencionando-se, nesse sentido, o RMS 9584/RO (Sexta Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, Dj 06/06/2000), o MS 10908/DF (Terceira Seção, Rel. Min. Félix Fischer, Dj 10/05/2006) e o MS 19930/DF (Primeira Seção, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJ 27/05/2015).

⁷ Inclusive, em adição, determinados casos concretos podem trazer situações peculiares/complexas que dificultem a definição da respectiva autoridade competente, podendo-se mencionar, a título exemplificativo, a instauração de processo administrativo disciplinar em face de servidor ou em face de titular ou de ex-titular de autarquia (tema apreciado no âmbito do NUP 59000.000713/2015-19).

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo. 27ª ed. 2010, p. 473.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Atlas. São Paulo. 25ª ed.

¹⁰ Cumpre consignar que a **Lei nº 9.784/99 aplica-se, subsidiariamente, ao processo administrativo disciplinar**, conforme se extrai do seu art. 69, que prevê que: *“os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”*

¹¹ Competência, forma, objeto, motivo e finalidade (art. 2º da Lei nº 4.717/1965).

¹² 3.8. Princípio da eficiência: Este princípio, que ganhou roupagem de princípio constitucional expresso por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, embora já se existisse implicitamente na Lei Maior, **trata-se de uma condição indispensável para a efetiva proteção do interesse público**. A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com **presteza, perfeição e rendimento funcional**. **Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum**. (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. *Impetus*. Rio de Janeiro. 6ª ed. 2012, p. 44).

¹³ a) Supremacia do interesse público sobre o privado: 50. Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É **pressuposto de uma ordem social estável** [...] (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo. 27ª ed. 2010, p. 69). (Destacou-se)

¹⁴ O Poder disciplinar conferido à Administração Pública lhe permite punir e apenar a prática de infrações funcionais dos servidores e de todos que estiverem sujeitos à disciplina dos órgãos e serviços da Administração, como é o caso daqueles que com ela contratam, que estão na sua intimidade. A disciplina Funcional decorre do sistema hierárquico da Administração. Portanto, o Poder Disciplinar é consequência do Poder Hierárquico. Se aos agentes superiores competem o comando e o dever de fiscalizar, é resultado natural a possibilidade de exigir o cumprimento das ordenas e regras legais e, caso não ocorra, aplicar a respectiva penalidade. Assim, para os servidores públicos, a possibilidade de aplicação de sanção decorre da existência de hierarquia. É de suma importância ressaltar que esse poder não abrange as sanções impostas aos particulares, já que eles não estão sujeitos à disciplina interna da Administração e, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no Poder de Polícia do Estado. (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. *Impetus*. Rio de Janeiro. 6ª ed. 2012, p. 220). (Grifos nossos)

¹⁵ Disponível em <[https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/ manual-pad-maio-2017.pdf](https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-maio-2017.pdf)>. Acesso em 23 de maio de 2018.

¹⁶ Todavia, a mencionada sugestão não foi materializada, tendo sido, após o Despacho do Consultor-Geral da União nº 1.544/2012, dado apenas encaminhamento de cópia do respectivo parecer às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, às Consultorias Jurídicas nos Estados, à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral da União.

¹⁷ INFORMAÇÃO Nº 402/2011-CGAU/AGU e Nota Técnica nº 07/2009.

¹⁸ Atualmente, denominada de Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União.

¹⁹ PARECER Nº 284/2011-ASJUR/CGU-PR.

²⁰ Disponível em <http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/268344>. Acesso em 28 de maio de 2018.

ATA DELIBERATIVA CPPAD/CGU/AGU nº 13, de 25 de setembro de 2018.

A COMISSÃO PERMANENTE DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES–CPPAD/CGU/AGU, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 25 de setembro de 2018, RESOLVE aprovar, por unanimidade, a matéria, e a seguinte proposta de Enunciado.

Enunciado:

"Há a possibilidade jurídica de convalidação, mediante ratificação por parte da autoridade competente, da instauração de processo administrativo disciplinar, anteriormente deflagrado por autoridade incompetente, com base no art. 55 da Lei nº 9.784/99, desde que não consumada a prescrição."

Brasília, 25 de setembro de 2018.

Karine Berbigier Ribas
Coordenadora/CPPAD/DECOR/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 175063571 e chave de acesso d0272d6a no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 09-11-2018 11:36. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

NOTA: Ver também PARECERES AGU Nº GQ-84 e GM-7, no tópico ABANDONO DE CARGO; PARECER Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; PARECER Nº GQ-108, no tópico CONSULTORIA JURÍDICA; PARECER Nº GQ-193, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL; PARECER Nº GQ-121, no tópico INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS; PARECER Nº GQ-35, no tópico PORTARIA INSTAURADORA; e PARECER Nº GQ-28, no tópico REVISÃO PROCESSUAL.

16 - PERDA DO CARGO

Assuntos abordados neste Parecer: Necessidade de portaria de demissão em caso de decisão judicial de perda do cargo, mesmo que já seja ex-servidor. Possibilidade de decisão judicial acarretar cassação de aposentadoria se já for inativo.

PARECER Nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO Nº 407/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADA: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares.

ASSUNTOS: Assuntos disciplinares. Cumprimento de ordem judicial de perda da função pública.

1. Aprovo o Parecer nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, nos termos do Despacho nº 7/2019/CNPAD/CGU/AGU e do Despacho nº 238/2020/DECOR/CGU/AGU.
2. Cientifique-se o DEINF/CGU, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, as Consultorias Jurídicas nos Estados e no município de São José dos Campos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União, a Procuradoria-Geral Federal e a Secretaria-Geral de Consultoria, conforme sugerido.

Brasília, 13 de maio de 2020.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por Arthur Cerqueira Valerio, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

DESPACHO Nº 238/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares.

ASSUNTOS: Cumprimento de ordem judicial de perda da função pública.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo o Parecer nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, nos termos do Despacho nº 7/2019/CNPAD/CGU/AGU.
2. Acerca da penalidade de cassação de aposentadoria, e para corroborar o entendimento adotado, acrescente-se que o Superior Tribunal de Justiça possui firme posicionamento no sentido de que o art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, que apenas admite a exoneração a pedido ou a concessão de aposentadoria de servidor que responder a processo

disciplinar após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, não representa empecilho para aplicação da referenciada sanção disciplinar, uma vez que a eventual concessão do benefício não representa, evidentemente, óbice para sua superveniente cassação:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO NO CASO EM CONCRETO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Delegada da Polícia Civil do Distrito Federal contra ato do Governador consubstanciado no Decreto do Distrito Federal de 18 de julho de 2018 que cassou a aposentadoria da impetrante, nos termos dos arts. 43, XI, XXXVIII e XLVIII, e 62 da Lei 4.878/1965; 132, I, e 134 da Lei 8.112/1990. A segurança foi denegada.

2. A irresignação não prospera, pois a constitucionalidade e legalidade da pena de cassação de aposentadoria são reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes: ARE 1.092.355 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe-109 24/5/2019; ARE 1.091.968 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe-256 30/11/2018; RE 1044681 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, 21/3/2018; RE 848019 AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe-210 3/10/2016; MS 23.681/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 28/8/2018; RMS 54.297/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11/10/2017.

3. Ademais, totalmente descabida a tese de que o art. 172 da Lei 8.112/1992 impediria a imposição da pena de cassação de aposentadoria, no caso em exame, em razão de ter sido deferida a aposentadoria antes da conclusão do processo administrativo disciplinar. O citado dispositivo preconiza: "O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada". Portanto, tal preceito legal não veda que se casse a aposentadoria deferida antes da conclusão de processo administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta sujeita à pena de demissão praticada pelo servidor. Pelo contrário, a interpretação da referida norma deve ser no sentido de se autorizar a cassação da aposentadoria em tal hipótese, após constatada, ao final, a indevida concessão do citado benefício previdenciário. Nessa linha: AgInt no AREsp 1.061.958/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 3/4/2019."

4. Recurso Ordinário não provido. (RMS 61.108/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 25/10/2019)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. PROCESSO DISCIPLINAR. PENDÊNCIA. PRAZO. EXCESSO.

1. Consoante o entendimento desta Corte, em caso de inobservância de prazo razoável para a conclusão do processo administrativo disciplinar, não há falar em ilegalidade na concessão de aposentadoria ao servidor investigado.

2. Reconhecida ao final do processo disciplinar a prática pelo servidor de infração passível de demissão, poderá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do art. 134 da Lei n.8.112/1990.

3. Agravo interno desprovido.”

(AgInt no AREsp 1061958/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 03/04/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SERVIDOR PÚBLICO. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEFERIMENTO DE APOSENTADORIA AO SERVIDOR. POSSIBILIDADE. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. CABIMENTO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, cristalizado no enunciado da Súmula 211/STJ, segundo o qual a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado. Precedentes.

2. Não sendo observado prazo razoável para a conclusão do processo administrativo disciplinar, não há falar em ilegalidade, à luz de uma interpretação sistêmica da Lei nº 8.112/90, do deferimento de aposentadoria ao servidor. Com efeito, reconhecida ao final do processo disciplinar a prática pelo servidor de infração passível de demissão, poderá a Administração cassar sua aposentadoria, nos termos do artigo 134 da Lei nº 8.112/90.

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 916.290/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

3. Sobre as demais questões jurídicas relacionadas no Parecer ora acolhido, cumpre adotar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RMS 22.570/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/03/2008, DJe 19/05/2008), uma vez que "Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório", por conseguinte, nesses atos administrativos de cumprimento de ordem judicial "não há falar em contrariedade ao devido processo legal e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já plenamente exercidos nos rigores da lei processual penal, tampouco na ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou de bis in idem, sendo esta última oriunda de eventual apuração, na esfera administrativa, do ilícito praticado".

4. Isto posto, nos termos do Parecer ora acolhido, devem ser consolidados os seguintes entendimentos:

a) o cumprimento de ordem judicial transitada em julgado de perda da função pública demanda publicação de ato pelo Ministro de Estado competente, o qual deverá demitir o servidor ou, se for o caso, cassar sua aposentadoria, ressaltando explicitamente que se trata de ato administrativo decorrente de efeito de condenação à perda da função pública imposta por determinação judicial;

b) a condenação judicial de perda da função pública, ressalvada disposição expressa prevista na própria decisão, enseja a perda do cargo público;

c) caso a ordem judicial de perda da função pública venha a ser aplicada a servidor aposentado, recomenda-se que o órgão contencioso competente seja instando a adotar, junto ao juízo, as providências necessárias para esclarecer se a decisão enseja a cassação da aposentadoria;

d) a edição do ato, na espécie, prescinde de prévio processo disciplinar, de contraditório e ampla defesa, uma vez que é mero cumprimento de ordem judicial transitada em julgado; e

e) caso já tenha havido demissão ou cassação de aposentadoria em decorrência de decisão administrativa anterior, decorrente de processo disciplinar, faz-se necessária a edição de novo ato em cumprimento à superveniente decisão judicial que venha a determinar a perda da função pública, uma vez que se trata de efeito de condenação judicial cuja existência independe do procedimento disciplinar a que respondeu o ex-servidor, diante da independência das instâncias administrativa, civil e penal, e considerando que, em caso de reintegração administrativa ou judicial que comprometa a sanção disciplinar, remanescerá vigente o decreto judicial que determina a perda da função/cargo ou a cassação da aposentadoria.

5. Acrescente-se, por oportuno, que ao final do Parecer ora acolhido seguem sugestões redacionais para os atos administrativos a serem editados para fins de cumprimento da ordem judicial que decreta a perda da função pública.

6. Cientifique-se as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, as Consultorias Jurídicas nos Estados e no município de São José dos Campos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Corregedoria-Geral da Advocacia da União, a Procuradoria-Geral Federal e a Secretaria-Geral de Consultoria.

Brasília, 05 de maio de 2020.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

Documento assinado eletronicamente por Victor Ximenes Nogueira, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

DESPACHO Nº 7/2019/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: Assuntos disciplinares

1. A CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES - CNPAD/CGU/AGU, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 13 de agosto de 2019, aprovou a seguinte proposta de enunciado, conforme ata de reunião em anexo:

"Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, entende-se que a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo ou cassando sua aposentadoria (se inativo)." (Rel. Dra. Mila Kothe)

2. Ante o exposto, submeto à aprovação do Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, os termos do Enunciado e parecer que o fundamenta.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

KARINE BERBIGIER RIBAS

Advogada da União

Assessora

CONJUR/MC

Documento assinado eletronicamente por Karine Berbigier Ribas, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

PARECER Nº 3/2019/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADO: CNPAD/CGU

ASSUNTO: Cumprimento de ordem judicial da perda da função pública

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. DEMISSÃO EM DECORRÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA.

I. Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo, deixando claro que não se trata de demissão decorrente de penalidade disciplinar, mas mero cumprimento à ordem judicial.

II. A determinação judicial de perda da função pública alcança o cargo efetivo, salvo disposição judicial expressa em sentido contrário.

III. Caso o servidor se encontre aposentado é possível realizar a cassação de sua aposentadoria.

IV. A autoridade administrativa tem o dever de proceder ao cumprimento da decisão, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, visto que o princípio do contraditório e da ampla defesa já foram plenamente observados e exercidos nos rigores da Lei Processual Cível e Penal.

V. Caso o servidor já se encontre demitido em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar anterior, entende-se, ainda assim, necessária a edição de nova Portaria em cumprimento à decisão judicial que determinou a perda da função pública.

Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CNPAD, prevista na Portaria CGU no 3, de 14 de junho de 2019, na qual é analisada a forma de cumprimento e o alcance da condenação à perda da função pública.

2. A perda da função pública pelo servidor público pode ocorrer em decorrência de decisão judicial transitada em julgado no bojo de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ou de Ação Penal, nos termos do disposto no art. 12¹ da Lei nº 8429, de 1992, e no art. 92² do Código Penal³, respectivamente.

3. A determinação judicial de perda da função pública, salvo situações expressamente previstas na própria decisão, tem conteúdo abrangente, compreendendo todas as espécies de vínculos jurídicos entre o agente público e a Administração. Assim, ela abarca não apenas eventual função exercida pelo servidor público, mas também o próprio cargo por meio do qual a desempenhava. Nesse sentido, a seguinte jurisprudência do STJ:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 12 DA LEI N. 8.429/1992. PENA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DOS SEUS EFEITOS.

(...)

2. Recurso especial no qual se discute se a sanção de perda da função pública se limita à proibição do exercício da função até então desempenhada pelo agente ímprobo, ou acarreta a perda do direito de ocupar o cargo público por meio do qual a desempenhava.

3. O art. 12 da Lei n. 8.429/1992, quanto à sanção de perda da função pública, refere-se à extinção do vínculo jurídico entre o agente ímprobo e a Administração Pública, de tal sorte que, se o caso de improbidade se referir a servidor público, ele perderá o direito de ocupar o cargo público, o qual lhe proporcionava desempenhar a função pública correlata, que não mais poderá exercer.

Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença.”

(REsp 1069603/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 21/11/2014)

4. Quando na decisão judicial transitada em julgado for expressamente determinada a perda da função pública ocupada pelo servidor público, deve se dar fiel cumprimento à decisão, nos termos do art. 41, § 1º, da Constituição Federal, combinado com o art. 22 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo a prática do ato administrativo de natureza vinculada. Confira-se:

Constituição Federal

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Lei nº 8.112, de 1990

Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.

5. Conforme se pode observar dos dispositivos acima mencionados, a Constituição Federal e a Lei nº 8.112, de 1990, estabelecem duas hipóteses de perda punitiva do cargo em face de atos ilícitos graves. A primeira, em decorrência de sentença judicial transitada em julgado. A segunda, em decorrência de processo administrativo disciplinar. No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, a resposta a uma grave violação a um bem jurídico foi denominada pelo legislador como demissão; no âmbito cível e penal como perda da função pública.

6. Entende-se que para o cumprimento da decisão judicial que determina a perda da função pública ocupada pelo servidor público, cabe ao Ministro da Pasta ao qual se encontra vinculado o cargo ocupado pelo servidor editar Portaria⁴, rompendo o vínculo entre a Administração e o seu agente. Nesse sentido, o seguinte entendimento da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública:

"24. Ordinariamente, pode-se sustentar que a sentença em referência, por já ter transitado em julgado e conter comando claro sobre a perda da função pública do réu, sequer precisaria de um ato formal do Órgão "empregador" para ser cumprida. Em tese, bastaria ao gestor de recursos humanos do Órgão providenciar o desligamento dos réus no Sistema Integrado de Administração de Pessoal (SIAPE) e tudo estaria resolvido. Afinal, a efetivação da ordem de desligamento do réu não está sujeita a qualquer juízo de valor ou de discricionariedade do gestor público.

25. Não obstante isso, tendo em vista que a relação entre o servidor e o Órgão do Poder Executivo Federal está sujeita a um regime estatutário, e considerando que a sentença constitui-se num ato externo, proferida pelo Poder Judiciário, compreende-se como necessária a edição de um ato formal da autoridade competente do Poder Executivo para que se perfectibilize o rompimento do vínculo dos réus com a Administração, em atenção ao princípio da separação dos Poderes.” PARECER n. 00500/2019/CONJUR-MJSP/CGU/AGU)

7. Superada a questão da autoridade competente para o cumprimento da ordem judicial e a necessidade de publicação de Portaria, passa-se ao conteúdo do ato. Nesse sentido, percebe-se a existência de lacuna, especialmente na Lei nº 8.112, de 1990, sobre a forma de vacância do cargo por perda da função pública. Com efeito, o art. 33⁵ da Lei nº 8.112, de 1990, não previu expressamente a hipótese de vacância por perda do cargo público. Assim, com a finalidade de suprir a referida lacuna, a Administração tem cumprido de diferentes formas a decisão judicial que determina a perda da função pública. A título de exemplo cite-se a existência de atos de declaração ou determinação da perda da função pública, demissão, desvinculação e desconstituição do vínculo estatutário.

8. De imediato, deve-se esclarecer que nenhuma dessas opções está equivocada, isto é, não se vislumbra qualquer irregularidade em se adotar quaisquer dessas opções. Todavia, para fins de padronização entre os órgãos da Administração Pública Federal, faz-se necessária a escolha de uma dessas possibilidades existentes.

9. Nesse sentido, buscou-se dentro do ordenamento jurídico já existente, na doutrina, na jurisprudência e na própria operacionalização do cumprimento da ordem judicial a forma que melhor se adequasse à perda da função pública determinada em decisão judicial transitada em julgado. Assim, convém, primeiramente, trazer a Formulação DASP nº 9⁶ sobre a matéria, a qual dispõe no seguinte sentido:

“Formulação-Dasp nº 9. Perda da função pública
Ocorrendo a perda de função pública, em razão de sentença condenatória transitada em julgado, cabe à autoridade competente para demitir declarar a desinvestidura do funcionário.”

10. Como a Formulação DASP fala em desinvestidura e esta não é expressamente utilizada na Lei nº 8.112⁷, de 1990, interessante citar que a desinvestidura, conforme lição doutrinária, pode ocorrer por intermédio da demissão, exoneração ou da dispensa. Confira-se ensinamento do ilustre Hely Lopes Meirelles:

“A desinvestidura de cargo pode ocorrer por demissão, exoneração ou dispensa. Demissão é punição por falta grave. Exoneração é desinvestidura: a) a pedido do interessado - neste, caso, desde que não esteja sendo processado judicial ou administrativamente; b) de ofício, livremente (ad nutum), nos cargos em comissão; e c) motivada, nas seguintes hipóteses: c1) do servidor não estável no conceito do art. 33, da EC 19, para os fins previstos pelo art. 169, § 4º, II, da CF; c2) durante o estágio probatório (CF, art. 41, § 4º); c3) do servidor estável, por insuficiência de desempenho (CF, art. 41, § 1º, III) ou para observar o limite máximo de despesas com pessoal ativo e inativo (CF, art. 169, § 4º). A dispensa ocorre em relação ao admitido pelo regime da CLT quando não há a justa causa por esta prevista (...).” (in “Direito Administrativo Brasileiro”, 34ª edição, Editora Malheiros, São Paulo-2008, págs. 446/447)

11. Nesse sentido, deve-se notar que, no caso de perda da função pública não seria cabível aplicar a exoneração e a dispensa. A um, porque se está falando em regime

estatutário. A dois, porque a Constituição Federal e a Lei nº 8.112, de 1990, no capítulo sobre vacância do cargo (arts. 33 a 35) fizeram diversas restrições sobre as hipóteses de exoneração do cargo e sobre a dispensa de função de confiança (arts. 34 e 35⁸).

12. Assim, passou-se a analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça, o qual, em diversos acórdãos, utiliza os termos demissão (para o servidor em atividade) e cassação de aposentadoria (no caso de servidor aposentado) aos servidores punidos com a perda da função pública. Confira-se:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. MODIFICAÇÃO NA ESFERA CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Diante do trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decreta a perda do cargo público, a autoridade administrativa tem o dever de proceder à demissão do servidor ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Isso porque qualquer resultado a que chegar a apuração realizada no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório.

2. Em consequência, nesses casos, não há falar em contrariedade ao devido processo legal e aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, já plenamente exercidos nos rigores da lei processual penal, tampouco na ocorrência de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou de bis in idem, sendo esta última oriunda de eventual apuração, na esfera administrativa, do ilícito praticado.

3. Do administrador não se pode esperar outra conduta, tendo em vista a possibilidade de, em tese, incidir no crime de prevaricação ou de desobediência, conforme for apurado, segundo os arts. 319 e 330 do Código Penal. O fato poderá, ainda, constituir ato de improbidade administrativa, conforme art. 11, II, da Lei 8.429/92.

4. Qualquer modificação dos efeitos da sentença condenatória, bem como a extensão de qualquer benefício ou vantagem, deve ser buscada e solucionada na própria esfera penal. Em mandado de segurança impetrado contra ato que, em cumprimento à sentença que decreta a perda da função pública, aplica a servidor público a pena de cassação de aposentadoria, não cabe a reforma da decisão proferida no juízo criminal.

5. Recurso ordinário improvido.

(RMS 22.570/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 19/05/2008)

“3. A pena de perda de função pública prevista na Lei 8.429/1992 objetiva afastar da atividade pública aqueles agentes que se desvirtuam da legalidade, demonstrando caráter incompatível com o exercício de função pública, ainda mais quando o conceito de função pública abrange o conjunto de atribuições que os agentes públicos, em sentido lato, realizam para atender aos objetivos da Administração Pública”.

4. ‘A perda da função pública resulta na desinvestidura do titular de cargo efetivo pelo instituto da demissão no caso de falta grave, ou pela exoneração quando o cargo for comissionado. [...] O alcance da decisão da perda de função pública poderá atingir o titular do cargo comissionado e o seu cargo efetivo no serviço público, mesmo que o ato objeto da improbidade tenha sido no exercício daquele’ (FILHO, Aluizio Bezerra. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p.348/349).

5. Para efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, o conceito de função pública alcança conteúdo abrangente, compreendendo todas as espécies de vínculos jurídicos entre os agentes públicos, no sentido lato, e a Administração, a incluir o servidor que ostenta vínculo estatutário com a Administração Pública, de modo que a pena de perda de função pública prevista na Lei 8.429/1992 não se limita à exoneração de eventual cargo em comissão ou destituição de eventual função comissionada, alcançando o próprio cargo efetivo.

6. 'O art. 12 da Lei n. 8.429/1992, quanto à sanção de perda da função pública, refere-se à extinção do vínculo jurídico entre o agente ímprobo e a Administração Pública, de tal sorte que, se o caso de improbidade se referir a servidor público, ele perderá o direito de ocupar o cargo público, o qual lhe proporcionava desempenhar a função pública correlata, que não mais poderá exercer'. (REsp 1069603/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 21/11/2014)

7. 'A sanção relativa à perda de função pública prevista no art. 12 da Lei 8.429/92 tem sentido lato, que abrange também a perda de cargo público, se for o caso, já que é aplicável a 'qualquer agente público, servidor ou não' (art. 1º), reputando-se como tal '(...) todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior' (art. 2º)'. (REsp 926.772/MA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 11/05/2009)

8. Segurança denegada."

(MS 21.757/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 17/12/2015)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INTUITO DE REDISCUTIR O MÉRITO DO JULGADO. INVIABILIDADE. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DELEGADO DE POLÍCIA. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO CARGO.

1. Cuida-se de Embargos de Declaração contra Acórdão da Segunda Turma do STJ que deu provimento a Recurso Especial contra acórdão do Tribunal de origem.

2. Na hipótese dos autos, **o Acórdão combatido condenou o embargante à pena de demissão, haja vista a prática de ato de improbidade administrativa, qual seja, o recebimento de recompensa por delegado de polícia, decorrente de apreensão de carga roubada.**

3. O embargante alega que, após o processamento da presente ação e antes do julgamento, houve a sua aposentadoria e que, portanto, não se poderia converter a pena de demissão em cassação de aposentadoria.

4. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito, nem ao prequestionamento de dispositivos constitucionais com vistas à interposição de Recurso Extraordinário.

5. A ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa. Trata-se de consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, infligir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado no curso da Ação de Improbidade. (MS 20.444/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira

Seção, DJe 11/3/2014; AgRg no AREsp 826.114/RJ, Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/5/2016).

6. Dessa forma, se a aposentadoria for concedida ao longo do trâmite processual, não se vislumbra óbice à decretação da cassação, porquanto se trata de consequência lógica da condenação à perda da função. De toda sorte, a sentença - integralmente restaurada pelo acórdão embargado - declarou a 'perda do cargo público de Delegado de Polícia Civil do Estado do RN, nesta compreendida a cassação de eventual aposentadoria concedida no curso da presente ação e até o trânsito em julgado desta (art. 145 da LCE 122/94)' (e-STJ - fl. 522).

7. Neste passo, a sentença foi cuidadosa e determinou, de forma expressa, a cassação da aposentadoria caso ocorresse no curso da demanda. Destarte, para fins de cumprimento do decisum, não haverá necessidade de conversão da pena de perda do cargo público em cassação de aposentadoria - já tendo sido esta imposta, sem margem de dúvida. Por tais razões, uma vez restabelecida na íntegra a sentença primeva, a qual já cuidou da hipótese aventada nos embargos, impõe-se a rejeição destes, visto que não verificada a presença de qualquer hipótese legal autorizadora de seu manejo.

8. Não há lacuna na apreciação do decisum embargado. As alegações do embargante não têm o intuito de solucionar omissão, contradição ou obscuridade, mas denotam a vontade de rediscutir o julgado.

9. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no REsp 1682961/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 22/05/2019)

13. Por outro viés, parece-nos que adotar a demissão como forma de a Administração cumprir a determinação judicial de perda da função pública é, inclusive, uma forma de simplificação administrativa já que é uma das hipóteses de vacância já previstas no ordenamento jurídico e também já consta dos sistemas em uso nas entidades da Administração Pública. Com efeito, conforme "Manual de Procedimentos - desligamento e vacância-" do então Ministério do Planejamento, de julho de 2018, as sentenças judiciais condenatórias transitadas em julgado, acompanhada de parecer de força executória, são cadastrados no SIAPE como demissão.

14. Nesse sentido, consoante as disposições da Lei nº 8.112, de 1990, no intuito de dar fiel cumprimento à ordem judicial que determinou a perda da função pública e vagar o cargo até então ocupado pelo servidor, entende-se que se deve proceder à sua demissão. Com efeito, é por intermédio da demissão que a Administração consegue dar cumprimento à ordem judicial, procedendo à desinvestidura do titular do cargo efetivo. Nesse sentido a lição de Aluizio Bezerra Filho:

"A perda da função pública resulta na desinvestidura do titular de cargo efetivo pelo instituto da demissão no caso de falta grave, ou pela exoneração quando o cargo for comissionado. [...] O alcance da decisão da perda de função pública poderá atingir o titular do cargo comissionado e o seu cargo efetivo no serviço público, mesmo que o ato objeto da improbidade tenha sido no exercício daquele." (FILHO, Aluizio Bezerra. Atos de Improbidade Administrativa: Lei 8.429/92 anotada e comentada. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 348/349)

15. Importante destacar que deve constar da Portaria Ministerial o esclarecimento de que se trata de efeito de condenação à perda da função pública imposta exclusivamente por determinação judicial, a qual não configura punição disciplinar, nos moldes previstos no art. 127 da Lei no 8.112, de 1990. O ato administrativo não tem feição apenadora do ponto de

vista da Administração Pública, a qual apenas dá cumprimento à decisão judicial transitada em julgado. Assim, não há necessidade de se abrir prazo para pronunciamento prévio do servidor apenado judicialmente com a perda da função pública, já que o órgão administrativo não tem poder decisório sobre a matéria⁹. Entende-se que o princípio do contraditório e da ampla defesa já foram plenamente observados e exercidos nos rigores da Lei Processual Cível e Penal.

16. Interessante pontuar que em 1997, por intermédio do Ofício-Circular nº 01/97-SAJ, de 21 de janeiro de 1997, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República encaminhou ao Consultor Jurídico modelo visando a padronização dos atos submetidos à época ao Senhor Presidente da República e entre os quais se destaca o seguinte:

13) DEMISSÃO - DECISÃO JUDICIAL. REPERCUSSÃO ADMINISTRATIVA (HIPÓTESE)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, de acordo com os arts. 141, inciso I, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 92, inciso I, alínea b, parágrafo único, do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), alterado pela Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996, e tendo em vista o que consta do processo nº, resolve

DECLARAR DEMITIDO

..... matrícula SIAPE nº, do cargo de do Quadro de Pessoal do Ministério, em decorrência do trânsito em julgado da sentença judicial que o condenou.

Brasília, ... de de 1996: 175g da Independência e 108g da República.

17. Ademais, caso o servidor já se encontre demitido em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar anterior, entende-se, ainda assim, necessária a edição de nova Portaria em cumprimento à decisão judicial que determinou a perda da função pública. Trata-se de efeito de condenação cuja existência independe do Processo Administrativo Disciplinar a que respondeu o ex-servidor e que deve ser cumprida de imediato, haja vista a independência das instâncias¹⁰.

18. Com efeito, na hipótese de eventual reintegração administrativa ou judicial que invalide a demissão decorrente do Processo Administrativo Disciplinar, não seria afetada a perda do cargo decretada na decisão judicial, considerando a relação de independência entre a demissão no PAD e a perda do cargo determinada na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ou na Ação Penal. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“2. Quanto à alegação de que a pena de perda da função pública já foi decretada administrativamente, pelo que incorreria em bis in idem a sentença, não tem razão o apelante. Ainda que o réu já tenha sido demitido administrativamente, é de se considerar a independência entre as instâncias administrativa e judicial. Assim, resguarda-se, aqui, a condenação, em caso de uma remota hipótese de reversão da pena aplicada na instância administrativa.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5033150-84.2014.4.04.7100/RS, Relator(a): RELATORA: DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER, Julgamento: 20/10/2017)

19. Por fim, em relação aos casos em que há determinação de perda da função pública para servidor e este se encontra aposentado, deve ser esclarecido que a jurisprudência não é unânime sobre a possibilidade de se cassar ou não a aposentadoria. Aqueles que entendem não ser cabível a cassação da aposentadoria, apontam a ausência de expressa previsão legal na Lei nº 8.429, de 1992¹¹, e no Código Penal, como justificativa.

20. Por seu turno, os que defendem ser possível cassar a aposentadoria do servidor inativo que teve determinada a perda de sua função pública, entendem que, a despeito da

ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei nº 8.429, de 1992, e no Código Penal, não há óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado condenado judicialmente. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INCABÍVEL AO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE.

(...)

4. A ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa.

5. Trata-se de consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, infligir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado no curso da Ação de Improbidade.

6. Agravo Regimental não provido.”

(AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 25/05/2016)

21. Com efeito, nos moldes de precedentes judiciais, parece-nos ser consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, infligir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado, inclusive em razão dos princípios da moralidade, do interesse público e da segurança jurídica. Confira-se julgados sobre o tema:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 568 DA SÚMULA DO STJ. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DO AGENTE PÚBLICO CONDENADO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PENA. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA CABÍVEL. (...)

V - O argumento de que a pena de perda da função pública prevista na Lei n. 8.429/92 não compreende a cassação de aposentadoria não tem amparo na jurisprudência dominante na Segunda Turma desta Corte Superior. Ao contrário, o entendimento consolidado em tal órgão fracionário indica ser possível a cassação de aposentadoria do agente público condenado por ato de improbidade administrativa como consequência lógica da perda da função pública. A propósito do tema, vejam-se os seguintes precedentes: AgRg no AREsp n. 826.114 / RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 25/5/2016; MS n. 20.444/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/11/2013, DJe 11/3/2014.

VI - Quanto à alegação de que a cassação de aposentadoria é uma penalidade inconstitucional, consigne-se que não é dado ao Superior Tribunal de Justiça julgar a conformidade de lei com a Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes: AgInt no AREsp n. 862.012/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/8/2016, DJe 8/9/2016; AgInt no AREsp n. 852.002/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 28/6/2016.

VII - Deve prevalecer o entendimento do acórdão paradigma, segundo o qual a cassação da aposentadoria é plenamente cabível nas ações em que

se imputa ao réu a prática de atos de improbidade administrativa, como consectário lógico da pena de perda da função pública.

VIII - O parecer do Parquet federal, à fl. 801, bem analisou a questão: 'Observa-se da leitura do texto legal que, ao condenar pela prática de improbidade administrativa, é permitido ao juiz decretar a perda da função pública. As Turmas julgadoras deste Superior Tribunal de Justiça controvertem-se, contudo, acerca da extensão do enunciado acima transcrito. Este órgão ministerial entende que a penalidade de perda da função pública deve ser entendida como gênero, na qual está incluída tanto a perda do cargo público quando em atividade, como a cassação da aposentadoria em casos de inatividade. A possibilidade de cassação da aposentadoria resta consagrada no próprio texto legal, como espécie do gênero perda da função pública, dando-se máxima efetividade ao conjunto de leis que regem o combate à improbidade administrativa e a defesa do patrimônio público. Daí a possibilidade de imposição da penalidade de cassação da aposentadoria como consequência interpretativa lógico-sistemática da perda da função pública, devidamente fixada no decreto condenatório em face do agente que se tornou inativo, sob pena de esvaziamento e frustração da punição imposta.'

IX - Agravo interno improvido."

(AgInt no REsp 1781874/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019)

"ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

(...)

VI - No tocante ao argumento de decisão extra petita ou ultra petita, sua inconsistência jurídica resulta do fato de que, ainda que não tenha sido expressamente requerida a aplicação de determinada sanção pelo promovente da ação de improbidade administrativa, não há nenhum impedimento para o julgador estabelecer uma reprimenda não reclamada de forma ostensiva.

VII - Não há se falar em violação do princípio da congruência externa, afinal deve-se contemplar aquilo que se denominou jurisprudencialmente de interpretação lógico- sistemática da exordial. Assim, as sanções por ato ímprobo passam a ser entendidas como pedidos implícitos. Esse raciocínio jurídico não é diferente do adotado por esta Corte: AgRg no REsp 1.324.787/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 9/4/2015).

VIII - Além disso, não se pode olvidar da possibilidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria, ainda que não haja previsão expressa na Lei n. 8.429/92, na medida em que se apresenta como uma decorrência lógica da perda de cargo público, sanção essa última expressamente prevista no referido texto legal. Nesse sentido: MS 20.444/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/11/2013, DJe 11/3/2014; AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/4/2016, DJe 25/5/2016.

IX - Agravo interno improvido."

(AgInt no REsp 1628455/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Eraldo de Araújo Sobral contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social, consubstanciado na Portaria 330/2013, que cassou sua aposentadoria em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, nos autos de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa.

2. A Lei 8.429/92 não comina, expressamente, a pena de cassação de aposentadoria a agente público condenado pela prática de atos de improbidade em sentença transitada em julgado. Todavia, é consequência lógica da condenação à pena de demissão pela conduta ímproba infligir a cassação de aposentadoria a servidor aposentado no curso de Ação de Improbidade.

3. O art. 134 da Lei 8.112/90 determina a cassação da aposentadoria do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

4. Segurança denegada.”

(MS 20.444/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 11/03/2014)

“(…)

54. Em *obter dictum*, especificamente em relação a magistrado, destaco que a Quinta Turma do STJ, no RMS 18.763/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 6/11/2005, DJ 13/2/2006 p. 832, decidiu que "prescinde de previsão legal expressa a cassação de aposentadoria de magistrado condenado à perda de cargo em sentença penal transitada em julgado, uma vez que a cassação é consectário lógico da condenação, sob pena de se fazer tábula rasa à norma constitucional do art. 95, inciso I, da CF/88, que prevê a perda de cargo de magistrado vitalício, somente em face de sentença judicial transitada em julgado. Já no RMS 13.934/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 12/8/2003, **ficou decidido que 'Legítima é a cassação de aposentadoria de servidor, decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória pela prática de crime cometido na atividade, que lhe impôs expressamente, como efeito extrapenal específico da condenação, a perda do cargo público'.**"

(APn 825/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 08/04/2019, DJe 26/04/2019)

22. O doutrinador Emerson Garcia confirma a possibilidade de cancelamento do vínculo previdenciário em caso de determinação judicial da perda da função transitada em julgado em Ação de Improbidade administrativa:

“Tratando-se de agente público que, por ocasião da prolação da sentença condenatória, esteja na inatividade, haverá de ser cancelado o vínculo de ordem previdenciária existente com o Poder Público, o qual nada mais é do que a continuidade do vínculo existente por ocasião da prática dos atos de improbidade, tendo ocorrido unicamente a modificação da situação jurídica de ativo para inativo.” (fls. 450)

23. Também o doutrinador Antônio Carlos Alencar Carvalho aponta o entendimento que vem sendo dado pelo STJ no sentido de que "a superveniência de sentença penal determinante, como efeito acessório, da perda do cargo público ocupado pelo réu, determina o efeito da cassação de aposentadoria, a despeito de não prevista expressamente essa penalidade na legislação criminal, além de a Corte sublinhar que a medida não tinha qualquer caráter de decisão administrativa, mas estrito cumprimento de decisão judicial"¹²

24. Contudo, dada a divergência jurisprudencial, caso a decisão judicial que determina a perda da função pública não seja clara sobre a possibilidade de cassar a aposentadoria,

recomenda-se que a Procuradoria-Geral da União adote as providências a seu cargo a fim de esclarecer o alcance da ordem.

25. Interessante pontuar, ainda, que não foge ao nosso conhecimento o fato de que parte da doutrina entende equivocado o uso dos termos "demissão" e/ou "cassação de aposentadoria", por entenderem se tratar de penalidades aplicadas pela própria Administração em processos disciplinares, cujo regime é absolutamente autônomo em relação ao processo de responsabilização civil e penal, de competência do Poder Judiciário. De fato, tal entendimento não está de todo incorreto.

26. Todavia, considerando que a Lei nº 8112, de 1990, não previu a perda do cargo público como forma de vacância; considerando que a perda do cargo é tratada como gênero da qual a demissão pela Administração é sua espécie, conforme se pode extrair do art. 41 da Constituição Federal e da Lei nº 8112, de 1990; considerando que a jurisprudência consolidada da Segunda Turma do STJ e parte da doutrina admitem a cassação de aposentadoria nas hipóteses de cumprimento de decisão judicial por perda da função pública; considerando que seria incoerente utilizar o termo cassação de aposentadoria e não o de demissão; considerando que se busca a simplificação administrativa através da utilização de institutos já previstos; considerando, por fim, que a operacionalização do cumprimento da ordem judicial se dá nos sistemas por intermédio da aplicação da demissão com o devido apontamento de se tratar de cumprimento de ordem judicial; entende-se que o Ministro de Estado, ao cumprir a decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, pode se valer dos institutos da demissão e cassação de aposentadoria, para não deixar qualquer margem de dúvidas inclusive para o servidor que será desinvestido do seu cargo.

27. O importante, conforme vimos, é constar expressamente na Portaria Ministerial que a desinvestidura decorre de cumprimento de ordem judicial transitada em julgado e não de aplicação de penalidade disciplinar decorrente de PAD, conforme proposta de minuta em anexo.

28. Diante do exposto, conclui-se:

- Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo, deixando claro que não se trata de demissão decorrente de penalidade disciplinar, mas mero cumprimento à ordem judicial;

- A determinação judicial de perda da função pública alcança o cargo efetivo, salvo disposição judicial expressa em sentido contrário;

- Caso o servidor se encontre aposentado é possível realizar a cassação de sua aposentadoria;

- A autoridade administrativa tem o dever de proceder ao cumprimento da decisão, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária; e

- Caso o servidor já se encontre demitido em decorrência de Processo Administrativo Disciplinar anterior, entende-se, ainda assim, necessária a edição de nova Portaria em cumprimento à decisão judicial que determinou a perda da função pública.

À consideração superior.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

Mila Kothe

Procuradora da Fazenda Nacional
CNPAD/CGU/AGU

ANEXO:

MODELO DE MINUTA DE PORTARIA

PORTARIA NºDEDEDE 20XX.

O MINISTRO DE ESTADO XXXXX, no uso de suas atribuições, em cumprimento à sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa/Ação Penal nº XXXXXXXX e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo nº XXXXXXXX, resolve:

DEMITIR

o servidor público federal **XXXXXX**, do cargo XXXX, Matrícula SIAPE nº XXXX, CPF nº XXX, por ter sido decretada a perda da sua função pública em decisão judicial com trânsito em julgado, nos termos da sentença proferida pela XXX Vara Federal de XXX.

MODELO DE MINUTA DE PORTARIA

caso o servidor já tenha sido demitido por PAD anterior:

PORTARIA NºDEDEDE 20XX.

O MINISTRO DE ESTADO XXXXX, no uso de suas atribuições, em cumprimento à sentença proferida nos autos da Ação Civil de Improbidade Administrativa/Ação Penal nº XXXXXXXX e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo nº XXXXXXXX, resolve:

DEMITIR

o ex-servidor público federal **XXXXXXX**, à época dos fatos (CARGO), Matrícula SIAPE nº XXXX, por ter sido decretada a perda da sua função pública em decisão judicial com trânsito em julgado, nos termos da sentença proferida pela XXX Vara Federal de XXXXX. Ressalva-se que os efeitos práticos da decisão judicial serão conhecidos automaticamente em caso de eventual reintegração administrativa ou judicial do interessado no Processo Administrativo Disciplinar nº XXXXXXXX, que resultou na sua demissão anterior por meio da Portaria XXXXXXXX, publicada no Diário Oficial da União de XXXXXXXX.

MODELO DE MINUTA DE PORTARIA

em caso de aposentadoria.

PORTARIA NºDEDEDE 20XX.

O MINISTRO DE ESTADO XXXXX, no uso de suas atribuições, em cumprimento à sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa/Ação Penal nº XXXXXXXX e tendo em vista o que consta do Processo Administrativo nº XXXXXXXX, resolve:

CASSAR A APOSENTADORIA DE

XXXXXX, à época dos fatos ocupante do cargo XXXX, Matrícula SIAPE nº XXXX, CPF nº XXX, por ter sido decretada a perda da sua função pública em decisão judicial com trânsito em julgado, nos termos da sentença proferida pela XXX Vara Federal de XXX.

¹ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, (...), perda da função pública, (...);

II - na hipótese do art. 10 (...), perda da função pública, (...);

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, (...).

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública(...)

² Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. (...)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

³ A perda de cargo é prevista no CP, em seu art. 92, ou em leis especiais que definem crime e é um efeito acessório da condenação, para determinados crimes

⁴ Em pesquisa verificou-se que diversos Ministérios entendem também necessária a edição de Portaria Ministerial para cumprimento da ordem judicial, ainda que o conteúdo da Portaria seja diferente entre eles (uns declaram a perda da função pública, outros entendem ser o caso de demissão, outros de desvinculação, outros determinam a perda do cargo público, outros desconstituem o vínculo estatutário). Entre eles, cite-se o Ministério da Economia, o Ministério da Justiça, o extinto Ministério do Desenvolvimento Agrário e o extinto Ministério do Desenvolvimento Social.

⁵ Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

I - exoneração;

II - demissão;

III - promoção;

VI - readaptação;

VII - aposentadoria;

VIII - posse em outro cargo inacumulável;

IX - falecimento.

⁶ "São enunciados impessoais, autônomos e numerados, elaborados pelo Departamento Administrativo do Serviço Público - DASP, o qual foi responsável, desde sua criação em 1938 até sua extinção em 1986, pelo assessoramento imediato da Presidência da República para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais dos órgãos civis da Administração Pública Federal. Tais formulações passaram a valer como interpretação oficial e fonte de uniformização e orientação administrativa sobre os mais variados temas acerca da relação estatutária entre servidor e Administração. Conforme previsto na Formulação-Dasp nº 300, tais enunciados e outros pareceres elaborados pelo DASP passaram a constituir orientação normativa do órgão central obrigatória para os órgãos de pessoal da Administração Pública Federal integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC (Decreto-Lei nº 200/1967, art. 116, III)." Disponível em: << <https://www.cgu.gov.br/sobre/perguntas-frequentes/atividade-disciplinar/fontes-do-direito-administrativo-disciplinar#3>

⁷ Com efeito, a Lei 8.112, de 1990, não cita expressamente a palavra desinvestidura; contudo, em diversas passagens, a palavra investidura e reinvestidura é utilizada, cite-se, por exemplo:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público. (...)

Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público: (...)

Art. 7º A investidura em cargo público ocorrerá com a posse. (...)

Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.(...)

Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

⁸ Art. 34. A exoneração de cargo efetivo dar-se-á a pedido do servidor, ou de ofício. Parágrafo único. A exoneração de ofício dar-se-á:

I - quando não satisfeitas as condições do estágio probatório;

II - quando, tendo tomado posse, o servidor não entrar em exercício no prazo estabelecido.

Art. 35. A exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á:

I - a juízo da autoridade competente;

II - a pedido do próprio servidor.

⁹ Vide RMS 22570/SP transcrita no item 11 do presente opinativo.

¹⁰ Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Vide RMS 22570/SP transcrita no item 11 do presente opinativo.

¹¹ ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. LEGALIDADE ESTRITA.

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO.

1. Na forma da jurisprudência, "as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva" (AgInt no REsp 1.423.452/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/03/2018).

2. "O art. 12 da Lei 8.429/92, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva" (REsp 1.564.682/RO, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, DJe 14/12/2015).

3. Viola a coisa julgada a decisão que, em cumprimento de sentença de ação de improbidade administrativa, determina conversão da pena de perda da função pública em cassação de aposentadoria, por ausência de previsão no título executivo.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1496347/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)

¹² CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. Fl. 1627

Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647513 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 30-04-2020 18:04. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647513 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 04-05-2020 13:07. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2

Documento assinado eletronicamente por KARINE BERBIGIER RIBAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com

o código 310647513 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KARINE BERBIGIER RIBAS. Data e Hora: 30-04-2020 15:34. Número de Série: 13949863. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647513 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS. Data e Hora: 18-05-2020 11:36. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647513 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 01-05- 2020 10:38. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por MILA KOTHE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647513 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MILA KOTHE. Data e Hora: 01-05-2020 16:44. Número de Série: 17278817. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

ENUNCIADO Nº 23/2019/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

ASSUNTO: Perda da função publica por decisão judicial

Para o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que determina a perda da função pública, entende-se que a autoridade administrativa deve editar Portaria demitindo o servidor de seu cargo ou cassando sua aposentadoria (se inativo).

Brasília, 13 de agosto de 2019.

Mila Kothe
Procuradora da Fazenda Nacional
CNPAD/DECOR/CGU/AGU

Documento assinado eletronicamente por Karine Berbigier Ribas, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Documento assinado eletronicamente por Rui Magalhaes Piscitelli, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Documento assinado eletronicamente por Renato do Rego Valenca, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

17 - PORTARIA INSTAURADORA

Assuntos abordados neste Parecer: Processo administrativo disciplinar (PAD) não tem sindicância como pré-requisito. Indicação de irregularidade e de autor na portaria de instauração. Qualificações pessoais dos integrantes da comissão processante.

PARECER AGU Nº GQ-12

NOTA: A respeito deste Parecer, o excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho. *“De acordo, em face das informações. Em 7.2.94”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 08/09/94, pg. 1910. Republicado no DOU de 10/02/94, pg. 2028 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 23000.011660/91-03

ORIGEM: Casa Civil da Presidência da República.

ASSUNTO: Autoridade competente para determinar a sanção de processo administrativo disciplinar.

Adoto, para os fins e efeitos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo. Destaque-se do bem fundamentado Parecer que, na hipótese de divergência jurídica, no pertinente também a assuntos de pessoal, entre a Secretaria da Administração Federal e outro órgão da Administração Federal direta, caberá a manifestação da Advocacia-Geral da União, *ex vi* do disposto nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 07 de fevereiro de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-2/94 (Anexo ao Parecer nº GQ-12)

EMENTA: (...) No ato de designação da comissão de inquérito, não devem ser consignadas as infrações a serem apuradas, os dispositivos infringidos e os nomes dos possíveis responsáveis. Dos servidores a serem designados para integrar comissão processante poderão ser exigidas condições pessoais não previstas em lei.

PARECER

A Casa Civil da Presidência da República encaminhou, de ordem, o presente processo administrativo disciplinar a esta Instituição, em atenção ao pedido de pronunciamento formulado pela Secretaria da Administração Federal, a fim de ser determinada a autoridade competente para decidir a respeito do seu saneamento.

2. Os termos das divergências de ordem jurídica, verificadas nos autos entre as unidades jurídicas da supramencionada Secretaria e Ministério da Educação, indicam se dilucidem, em tese, os seguintes aspectos: a) autoridade competente para determinar se declare a nulidade do processo disciplinar, na hipótese em que a aplicação da penalidade seja da alçada de autoridade diversa daquela que designa a comissão de inquérito, por tratar-se de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade; b) prescindibilidade

da realização de sindicância, no caso de se declarar nulo o processo disciplinar que não tenha sido antecedido dessa investigação prévia; c) indicação dos fatos anti-sociais, e dispositivos legais em que se enquadrem, e responsáveis, no ato de instauração do processo; d) qualidades pessoais exigíveis dos servidores, na oportunidade da designação da comissão processante.

(...)

(Nota: Os tópicos iniciais deste Parecer abordavam a questão da competência para declarar nulidade em processo em que se propõe a aplicação de penalidade de demissão. Como o ordenamento da matéria sofreu alteração com a Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, a manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU), de 1994, perdeu aplicabilidade. Daí, ter sido eliminada parte deste Parecer.)

11. As sindicâncias relativas às irregularidades praticadas no Serviço Público Federal são exigidas na Lei nº 8.112, mas não são realizáveis em relação a qualquer fato ilícito. Veja-se o regramento da matéria, *verbis*:

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

12. O legislador utilizou a alternativa “ou” considerando haver variação na natureza das irregularidades e no grau de dificuldade de sua constatação. Há aquelas facilmente verificáveis de conseqüências revestidas de tal gravidade que a lei preconiza medidas drásticas restritivas de direitos, mais compatíveis com uma apuração de rigor, cujos ritos são contidos em lei. Em vista dessa linha de valoração, não discrepou a lei ao estatuir que da sindicância exsurge a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão de até trinta dias e instauração de processo disciplinar. Inexiste exigência legal, ou necessidade em determinados casos, de que todo processo disciplinar seja precedido de sindicância, nem sua prescindibilidade implica inobservância de qualquer princípio de direito.

13. A declaração de nulidade processual não implica realização de sindicância, visto que, não obstante o processo conter vício, a situação da coisa ou fato já foi objeto de investigação e se tem a certeza que compele a autoridade a expedir o ato de instauração de novo processo, na conformidade do preceituado explicitamente na Lei nº 8.112, art. 169.

14. A Constituição impõe se observem o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, sem precisar a fase processual em que isto deve ocorrer (art. 5º, LV). É aspecto versado em norma infraconstitucional. Assim é que a Lei nº 8.112 assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (cfr. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do processo (art. 151, II).

15. A instauração desse processo se verifica com a publicação do ato de designação da comissão a quem compete, na fase do inquérito, promover “a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos” e determinar a inocência ou responsabilidade do acusado (arts. 155 e 165, § 1º, da Lei nº 8.112).

16. A finalidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa e o exposto nos dois itens imediatamente anteriores indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i, os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar influências no trabalho da comissão

de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. É assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade.

17. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i, a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indicição do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161.

18. Integram a c.i. três servidores estáveis, dela não podendo participar cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Essas exigências explicitadas no art. 149 da Lei nº 8.112 são suscetíveis de ampliação, a fim de serem abrangidos outros requisitos, em salvaguarda da agilidade, circunspeção e eficácia dos trabalhos, bem assim dos direitos dos servidores envolvidos nos fatos. São os cuidados recomendados no sentido de que sejam as comissões constituídas de servidores com nível de conhecimento razoável do assunto inerente às faltas disciplinares e, preferencialmente, de um Bacharel em Direito, face às implicações de ordem jurídica originárias do apuratório.

19. São meras qualidades pessoais que devem possuir os servidores a serem designados para compor a comissão, prescindindo de autorização de lei, nesse sentido.

20. Ante o exposto, na espécie, previamente à decisão do Senhor Presidente da República, exigida pelos arts. 167, § 3º, e 169 da Lei nº 8.112, de 1990, há que se precisar em que consiste a suscitada nulidade do presente processo disciplinar, encargo a ser cumprido pela Secretaria da Administração Federal, que inicialmente enfocou esse aspecto.

Sub censura.

Brasília, 24 de janeiro de 1994.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Processo disciplinar se aplica por atos cometidos por servidores tanto no exercício de cargo efetivo quanto no exercício unicamente de cargo em comissão. Conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão é aplicável somente a partir da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Impossibilidade de indiciamento de ex-servidor, defendida neste Parecer, é exclusivamente em função da situação específica da falta de previsão legal à época para responsabilização administrativa. Indicação de irregularidade e de autor na portaria de instauração. Relatório contrário à prova dos autos não vincula o julgador. Subordinação funcional somente se dá para cargo em comissão. Não há hierarquia entre cargos efetivos.

PARECER AGU Nº GQ-35

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo, em face das informações. Em 7.11.94”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 16/11/94, pg. 17145 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00830.005043/89

ORIGEM: Secretaria da Administração Federal/PR

ASSUNTO: Apuração de irregularidades administrativas.

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-9/94, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo.

Brasília, 30 de outubro de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-9/94 (Anexo ao Parecer nº GQ-35)

EMENTA: Apura-se a responsabilidade administrativa dos servidores em geral, incluídos os titulares unicamente de cargos de natureza especial ou em comissão. Em relação aos últimos, são imperativas a indiciamento e defesa, ainda que tenha ocorrido sua exoneração, pois essa desvinculação é suscetível de conversão em destituição de cargo em comissão, na conformidade da Lei nº 8.112, de 1990, salvo se os fatos ilícitos precederam sua edição. A comissão de inquérito efetiva a apuração dos fatos na fase instrutória, com independência e imparcialidade, e somente indicia se comprovadas a falta e respectiva autoria. Não constitui nulidade processual a falta de indiciamento de quem o tenha sido em processo anterior, instaurado em virtude dos mesmos fatos, mas sendo este inacabado pelo decurso do prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos de apuração. Não é fator impeditivo da punição de servidor comprovadamente faltoso o aspecto de seus superiores hierárquicos, também envolvidos nas mesmas irregularidades, não terem sido indiciados porque a desvinculação destes do cargo de confiança tornou inviável a infligção de penalidade. A nulidade processual não se configura se, no ato de designação da comissão de inquérito, forem omitidas as faltas a serem apuradas, bem assim quando o colegiado processante é integrado por servidor de nível funcional inferior ao dos envolvidos.

PARECER

O Senhor Ministro-Chefe da Casa Civil encaminhou, de ordem, o presente processo administrativo disciplinar a esta Instituição, em vista de pedido de audiência formulado pelo Titular da Secretaria da Administração Federal, que pretende sejam dirimidas divergências verificadas entre as conclusões da douda Consultoria Jurídica daquele Órgão e de comissão de inquérito incumbida de apurar irregularidades havidas na antiga Secretaria da Administração Pública, mais especificamente na Superintendência de Construção e Administração Imobiliária.

2. Compulsados os autos, dessume-se a necessidade de dilucidarem-se os seguintes aspectos, pertinentes à nulidade de processo disciplinar, o que se efetua apenas em tese:

a) necessidade de apuração da responsabilidade de titulares de cargos de natureza especial, em comissão e efetivos, nos termos das normas processuais estatutárias, inclusive procedendo-se à indicição dos ocupantes apenas dos cargos de confiança;

b) falta de indicição de titulares tão-só de cargos em comissão, exonerados à época do apuratório;

c) servidor indiciado por uma comissão processante e omitido na peça indiciatória elaborada pela comissão que a sucedeu, em decorrência do decurso do prazo de apuração dos fatos irregulares;

d) inflicção de penalidade a servidor envolvido na ação anti-social, quando não foram indiciados os superiores hierárquicos, em virtude de terem sido exonerados dos cargos em comissão ou de natureza especial, sendo co-participantes e persistindo dúvida se as penalidades alvitadas para os primeiros subsistiriam se a apuração de rigor houvesse sido ultimada também quanto aos últimos;

e) indicação dos fatos objeto de apuração no ato de designação da comissão de inquérito;

f) constituição de c.i. com servidor hierarquicamente inferior aos envolvidos nas irregularidades.

3. Verificada a violação de normas internas da Administração, por parte do servidor público submetido ao regime jurídico específico, por imperativo de lei, torna-se imprescindível proceder-se à sua imediata apuração, mediante processo administrativo disciplinar, sob pena de a autoridade competente, para tanto, incorrer no crime de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal). Apurada a infração disciplinar, através dos meios adequados, fica o servidor sujeito à aplicação de penalidade administrativa prevista em lei: a responsabilização do servidor público implica punição administrativa que, via de regra, pressupõe a permanência da vinculação dele ao Estado.

4. A Lei nº 8.112, de 1990, comina a aplicação de penalidade a quem incorre em ilícito administrativo, na condição de servidor público, assim entendido a pessoa legalmente investida em cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 2º e 3º. Essa responsabilidade de que provém a apenação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição. Os titulares dos cargos de Ministro de Estado (cargo de natureza especial) se excluem da viabilidade legal de responsabilização administrativa, pois não os submete a positividade do regime jurídico dos servidores públicos federais aos deveres funcionais, cuja inobservância acarreta a penalidade administrativa. É que o processo disciplinar se destina *“a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido”* (art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990).

5. A classificação de cargos em comissão procedida pelo art. 5º da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994 (dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 1990, no âmbito do Poder Executivo), não aproveita a espécie, uma vez que, por determinação explícita, é restrita aos efeitos daquele Diploma Legal, silente a respeito da aplicação de penalidades.

6. No entanto, as irregularidades de que se tenham conhecimento não de ser apuradas em toda sua extensão, em regra, na fase instrutória, determinando-se a participação de todos os envolvidos, a fim de individualizar a responsabilidade de cada um, isoladamente, mesmo que haja aquele que não mais seja passível de sofrer sanção administrativa. Esta situação desautoriza, no entanto, seja o último indiciado, porquanto a instrução do processo disciplinar se destina a facilitar a elaboração da defesa, mediante a indicação precisa dos fatos imputados ao servidor e das respectivas provas. A qualidade de servidor é condição imprescindível à indicição e defesa (v. o art. 161 da Lei nº 8.112), ressalvada a hipótese em que haja previsão, em lei, de inflicção de penalidade em situação peculiar, como é o caso da exoneração de titular tão-só de cargo em comissão, suscetível de conversão em pena de destituição de cargo em comissão, em tendo o ex-servidor, quando em atividade, praticado infração apenável através da edição de ato de suspensão ou expulsório (art. 135, parágrafo único, da Lei nº 8.112). Em casos tais, são efetivadas a indicição e defesa, observado o princípio do contraditório, como se ainda persistisse a titularidade do cargo.

7. Impende elucidar que a incidência do disposto no parágrafo único do art. 135, supramencionado, é restrita às infrações praticadas após sua vigência, dada a impossibilidade de a norma surtir efeitos de forma a alcançar situações pretéritas. A legislação precedente não contemplava a conversão, em comento.

8. A impossibilidade da responsabilização administrativa decorrente da desvinculação do titular apenas de cargo em comissão, como pode verificar-se com a extinção ou reclassificação de cargo que requeira novo ato de provimento, não obsta a anotação do resultado da apuração nos assentamentos do ex-servidor a quem se atribua a prática do ilícito administrativo, bem assim a remessa de traslado do processo ao Ministério Público da União, se este implicar responsabilidade civil ou penal, observado o disposto no parágrafo único do art. 154 da Lei nº 8.112, de 1990.

9. Nos casos dos autos, a desvinculação dos denominados “ordenadores de despesas” se verificou em decorrência da extinção da Secretaria da Administração Pública, inclusive foi extinto o cargo de Ministro Extraordinário para Assuntos de Administração, por força dos arts. 1º, 2º e 5º da Lei nº 7.739, de 16 de março de 1989, anteriormente, destarte, à promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, cujo art. 135 prevê a conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão. Assim, faltando a condição de servidor e dada a irretroatividade dos efeitos desse preceptivo estatutário, far-se-iam inócuas a indicição e defesa, face à impossibilidade jurídica da apenação.

10. A atuação da comissão processante deve ser pautada pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor, motivo por que lhe é atribuído o poder-dever de promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências, com vistas à obtenção de provas que demonstrem a inocência ou culpabilidade, podendo recorrer, se necessário, a técnicos e peritos. Com esse desiderato, efetua a completa apuração das irregularidades e, em consequência, indicia somente aqueles em relação aos quais são comprovadas a existência da infração e sua autoria. A c.i. desenvolve suas funções de apuração com independência e imparcialidade, podendo relacionar na indicição, ou dela excluir, os envolvidos em irregularidades, mesmo que, em razão dos mesmos fatos infracionais,

tenham sido, ou não, indiciados em processo precedente, inacabado em decorrência do decurso do prazo assinalado para a conclusão dos trabalhos processuais. É assertiva corroborada pelo art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, que se caracteriza como de norma preceptiva da indicição do servidor, mas em se determinando a ilicitude da conduta funcional e respectiva autoria, *verbis*:

Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

11. A indicição se inscreve na esfera de competência privativa da comissão de inquérito que, a seu juízo, decide em vista dos elementos probatórios inseridos nos autos, os quais, no entanto, são considerados pela autoridade julgadora ao decidir a respeito das conclusões que lhe são presentes mediante o relatório. Ante essas provas, a autoridade julgadora poderá concordar com a indicição ou não dos servidores envolvidos. Na hipótese em que entenda mais consentânea com as provas coligidas a determinação do aprofundamento da apuração da responsabilidade de pessoa não indiciada ou exculpada no relatório, poderá promover a instauração de outro processo disciplinar: a manifestação da c.i. (relatório) não se constitui num prejulgamento, mas mera opinião suscetível de ser acolhida, ou não, pela autoridade julgadora. Contudo, o juízo de valor, formado pela comissão e do qual venha dissentir a autoridade julgadora, não expressa nulidade processual, em si, ainda que a justificação de não se haver indiciado se contenha no relatório, peça aliás a isto mais adequada. São apenas valorações com resultados diferentes. Há de se enfatizar que a independência de atuação conferida aos membros da c.i. pela Lei nº 8.112, de 1990, art. 150, não os isenta de responsabilidade, caso venham a se exceder no exercício de suas funções, inobservando normas disciplinares.

12. A instrução é fase do inquérito em que, em regra, se promove *“a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos”* (art. 155 da Lei nº 8.112). Na conformidade das expressões de Alberto Bonfim, a *“instrução (do latim: ‘instruere’, orientar) se realiza quando a comissão, após haver colhido todos os elementos possíveis para formar juízo completo sobre os fatos em apuração reúne-se para redigir um resumo fiel das acusações oferecidas através dos depoimentos, documentos, perícias ou diligências produzidas durante a fase de inquérito”* (O Processo Administrativo, Livraria Freitas Bastos S.A, 1956, 5ª ed, p. 23).

13. O Supremo Tribunal Federal ementou o acórdão relativo ao Mandado de Segurança nº 21721-9 Rio de Janeiro in D.J. de 10.6.94, no sentido de que a apuração das irregularidades é efetivada anteriormente à indicição, se cabível, como regra geral, na forma seguinte:

“Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como ‘acusado’), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, ‘caput’), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado’, citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, ‘caput’ e parágrafos 1º e 3º).”

14. Destarte, o fato de não terem sido indiciados superiores hierárquicos, envolvidos nas irregularidades, atribuídas também a outros servidores, não é fator impeditivo da apenação dos últimos, porquanto a participação de cada um, presumidamente, terá sido objeto de

apuração que dilucida, de forma individual, as responsabilidades administrativas, tanto daqueles ainda puníveis, quanto dos que foram desvinculados dos cargos, subtraindo-se das penalidades.

15. As opiniões doutrinárias tendentes a reconhecer a necessidade de se indicarem, nos atos de designação das comissões apuradoras, os fatos que possivelmente teriam sido praticados pelos envolvidos, como condição de validade processual pertinente à ampla defesa, não se adequa ao regramento do assunto em vigor, mormente em se considerando os comandos dos arts. 5º, LV, da Carta Magna e 153 da Lei nº 8.112/90, para que se observem o princípio do contraditório, e na fase processual de inquérito.

16. Esta Instituição teve oportunidade de firmar o entendimento de que a *“Constituição impõe se observem o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, sem precisar a fase processual em que isto deve ocorrer (art. 5º, LV). É aspecto versado em norma infra-constitucional. Assim é que a Lei nº 8.112 assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (cfr. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do processo (art. 151, II). A instauração desse processo se verifica com a publicação do ato de designação da comissão a quem compete, na fase do inquérito, promover ‘a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos’ e determinar a inocência ou responsabilidade do acusado (arts. 155 e 165, § 1º, da Lei nº 8.112). A finalidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa e o exposto nos dois itens imediatamente anteriores indicam a desnecessidade de se consignarem, no ato de designação da c.i., os ilícitos e correspondentes dispositivos legais, bem assim os possíveis autores, o que se não recomenda inclusive para obstar, influências do trabalho da comissão de inquérito ou alegação de presunção de culpabilidade. E assegurada à c.i. a prerrogativa de desenvolver seus trabalhos com independência e imparcialidade. A notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, será feita imediatamente após a instalação da c.i., a fim de garantir o exercício do direito de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112; a enumeração dos fatos se efetua na indicição do servidor, conforme prescrição dessa Lei, art. 161”* (Parecer nº AGU/WM-2/94, adotado pelo Sr. Advogado-Geral da União e sufragado pelo Sr. Presidente da República in D.O. de 10/2/94).

17. A c.i. é integrada por três servidores estáveis, dela não participando cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. São exigências insertas na Lei nº 8.112, de 1990, art. 149, a qual não autoriza qualquer resultado interpretativo que conduza à nulidade do processo disciplinar na hipótese de compor-se a comissão sem observar o princípio da hierarquia que se assere existente nos quadros funcionais da Administração Federal.

18. A organização administrativa da União e de suas autarquias e fundações públicas, no aspecto funcional, consiste em quadros compreendidos por cargos efetivos, cargos de natureza especial, cargos em comissão e funções de confiança (cfr. os arts. 2º e 3º da Lei nº 5.645, de 1970, e 3º da Lei nº 8.112, de 1990). A responsabilidade pela direção e chefia incumbe aos titulares dos cargos e funções de confiança, em relação aos quais se aglutinam o poder de mando e o dever de promover a apuração de irregularidades, integrando sistema de controle da legalidade dos atos praticados pelos agentes do Estado, sem estabelecer hierarquização entre as categorias de servidores efetivos. O posicionamento hierárquico deflui da organização estrutural e funcional dos órgãos administrativos a que correspondem feixes de atribuições de cargos ou funções providos em confiança, em decorrência da

natureza dos seus encargos. Inexiste subordinação funcional entre os ocupantes de cargos efetivos.

19. Na oportunidade de proceder-se à constituição de c.i, a Administração deve cercar-se de cuidados para que seja integrada por servidores com nível de conhecimento razoável do assunto pertinente às infrações disciplinares e, preferencialmente, por um Bacharel em Direito, em virtude das implicações de ordem jurídica provenientes do apuratório, de modo a salvaguardar a agilidade, circunspeção e eficácia das atividades de apuração, bem assim os direitos dos servidores envolvidos processualmente.

20. Mesmo que se procedesse à composição de comissão processante com a designação de servidor subordinado administrativamente a dirigente possivelmente envolvido nos fatos objeto do processo disciplinar, o que se não recomenda, a nulidade não resultaria necessariamente desse fato, mas haveria de exsurgir do contexto do apuratório. De qualquer sorte, em princípio, efetua-se o afastamento preventivo dos titulares de cargos e funções de confiança a quem se atribua a prática de ilícito administrativo, até mesmo com o objetivo de preservar a apuração imparcial das irregularidades.

21. Na espécie, havia se verificado a desvinculação dos dirigentes a quem são imputadas responsabilidades administrativas quando designaram as comissões investigadoras. Não se procedesse como exposto, far-se-ia necessária a designação de Ministro de Estado e de respectivo Chefe de Gabinete, com vistas à apurarem-se os fatos relatados nos autos.

22. Face ao que se expendeu, torna-se jurídico e judicioso extrair as seguintes ilações:

a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão;

b) em se tratando de infrações anteriores à promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, que prevê essa conversão, apenas se procede à apuração dos fatos, sem indicição ou defesa, mas se anota o resultado nos assentamentos do ex-servidor e se remete traslado do processo disciplinar ao Ministério Público da União, no caso de constatar-se responsabilidade civil ou penal;

c) a comissão de inquérito somente indicia aquele que comprovadamente tenha praticado a infração, podendo exculpar o indiciado pelos mesmos fatos em processo anterior, inacabado em razão do decurso do prazo fixado para o apuratório;

d) a comissão efetua a apuração na fase instrutória, de forma a elucidar a responsabilidade de cada envolvido, o que dá azo à apenação, não obstante o aspecto de superior hierárquico envolvido não haver sido indiciado, porque inviável a penalidade administrativa;

e) não constitui nulidade do processo a falta de indicação dos fatos objeto do processo no ato de designação da comissão de inquérito, ou a composição desta com servidores de situação funcional inferior à dos envolvidos.

Sub censura.

Brasília, 18 de outubro de 1994.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECERES AGU Nº GQ-37, GQ-87, GQ-98, GQ-100 e GQ-138, no tópico NULIDADE.

18 - PRESCRIÇÃO

Assuntos abordados neste Parecer: Interrupção da prescrição ocorre apenas uma vez.

PARECER AGU Nº GQ-144

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 18.3.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 23000.009699/91-06

ORIGEM: Ministério da Educação e do Desporto

ASSUNTO: Aplicação de penalidade a servidor.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-8/98, de 9 de março de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 18 de março de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-144)

EMENTA: A designação de nova comissão de inquérito para prosseguir na apuração de irregularidade objeto do processo disciplinar inicial não interrompe, de novo, o curso do prazo prescritível, dado que a interrupção aludida no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, no tocante ao mesmo fato, ocorre uma só vez. A “decisão final” que, a teor do § 3º do mesmo art. 142, faz cessar a interrupção do transcurso do prazo de prescrição é pertinente ao processo disciplinar inicial válido, não repercutindo, como causa extintiva da ação disciplinar, aquela adotada em apuratório posterior, relativo à mesma irregularidade. O abandono de cargo é previsto como crime e, por esse fato, sua punibilidade extingue-se em dois anos.

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-144 foi considerado superado, em suas razões de decidir acerca do ilícito de abandono de cargo e de aplicação do prazo de prescrição penal, pelo Parecer AGU nº AM-2.)

PARECER

Verificado que servidor do então Ministério da Educação vinha faltando ao serviço, desde 8 de agosto de 1991, o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do já Ministério da Educação e do Desporto editou a Portaria nº 346, de 8 de junho de 1993, publicada no Boletim de Serviço de 11 seguinte, consubstanciando a designação de comissão de inquérito, destinada a apurar o possível abandono de cargo.

2. Na oportunidade em que terminou o prazo de sessenta dias, o colegiado não havia concluído a apuração da falta disciplinar, o que induziu o referido Coordenador-Geral a expedir as Portarias nº 180 e 181, de 18 de março de 1994, in Boletim de Serviço nº 12, de 25 dos mesmos mês e ano, efetuando, respectivamente, a constituição de nova c.i. e a revogação da Portaria nº 346.

3. Essa comissão nem mesmo iniciou seus trabalhos de apuração, advindo, em decorrência, a instauração de novo processo disciplinar, mediante a Portaria nº 552, de 24 de agosto de 1994, do mesmo Coordenador-Geral, publicada no Boletim de Serviço nº 35, de 2 de setembro do mesmo ano, a qual revogou a Portaria nº 180. A prorrogação do prazo, a destempo, não impediu o encerramento dos trabalhos de investigação, em 2 de fevereiro de 1995 (f. 68). Todavia, não se efetivou o encaminhado dos autos à autoridade instauradora.

4. O Boletim de Serviço nº 29, de 21 de julho de 1995, publicou a Portaria nº 43, de 10 antecedente, do Subsecretário de Assuntos Administrativos do aludido Ministério, designando nova c.i, com o mesmo objetivo das anteriores. Desta feita, logrou-se a conclusão dos trabalhos de apuração, mas verificaram-se divergências pertinentes à caracterização do abandono de cargo, também entre a Consultoria Jurídica do MEC e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, motivo pelo qual encaminharam-se os presentes autos a esta Advocacia-Geral da União (cfr. o Aviso nº 7, de 5 de janeiro de 1998 - f. 119).

5. Durante a apuração da infração disciplinar, o servidor postulou e obteve a reassunção do exercício do cargo, verificada em 20 de setembro de 1995 (fls. 76/77 e 94).

6. Significativa a enumeração supra dos atos de instauração processual porque imprescindível, no caso, o exame da extinção da punibilidade pelo decurso do tempo (prescrição), a fazer-se em vista, inclusive, do disposto no art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

7. Em harmonia com os aspectos de que o art. 142 destina-se a beneficiar o servidor e o respectivo instituto da prescrição objetiva imprimir estabilização às relações que se estabelecem entre a Administração e os servidores públicos, obstando que se perpetue a viabilidade da sanção disciplinar, é válido asserir que:

a) a interrupção do curso do prazo prescricional, como estatuída no § 3º, ocorre uma só vez quanto ao mesmo fato. Na hipótese em que a comissão não tenha concluído seus trabalhos no prazo estipulado e, por esse motivo ou outro qualquer, imponha-se a continuidade da investigação, a instauração de outro processo não terá o condão de novamente interromper o prazo prescricional;

b) a “decisão final”, capaz de fazer cessar a interrupção do prazo, é adstrita ao primeiro processo disciplinar válido, não se aproveitando a proferida noutra que, por qualquer razão, se tenha instaurado para dar seguimento à apuração do mesmo fato. Não ultimada a averiguação da falta, na data do término do prazo, incluído o dilatatório, portanto, carecendo o processo de “decisão final”, exaurem-se os efeitos da instauração e cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, recomeçando a contagem de novo prazo, por inteiro. O necessário prosseguimento dos trabalhos, destinados a determinar a

materialidade e a autoria, com a apenação, se for o caso, somente se torna admissível se não prescrito o poder de punir.

8. Previsto como crime, no art. 323, o abandono de cargo tem seu prazo prescricional regulado no art. 109, VI, ambos os dois do Código Penal, isto é, a prescrição verifica-se em dois anos, a contar do trigésimo primeiro dia de falta ao serviço, pois a Administração tem imediato conhecimento dessa infração (§ 1º do transcrito art. 142 da Lei nº 8.112).

9. A menos de três meses da extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, na espécie, foi instaurado o processo disciplinar (a Portaria nº 346 foi publicada em boletim de serviço de 11 de junho de 1993, como visto), cuja apuração não se encontrava concluída quando, em agosto de 1993, expirou o respectivo prazo. No entanto, o poder de aplicação da penalidade extinguiu-se em agosto de 1995, em decorrência do transcurso do prazo de prescrição iniciado no dia posterior ao término da interrupção, verificada no mesmo mês de agosto de 1993.

10. Irrelevante o fato de a Portaria nº 346 haver sido revogada, na conformidade dos esclarecimentos constantes do item 2 deste expediente. A propósito da validade dessa medida, enfatiza-se que a Portaria não se reputava inconveniente ao interesse público, seus efeitos se exauriram com o decurso do prazo de apuração e, em relação ao indiciado, havia gerado o direito ao contraditório e de ampla defesa.

11. Defesa a ação disciplinar pela inércia administrativa de que proveio a prescrição, faz-se inócuo o exame do mérito. Também prescindível o exame da viabilidade jurídica de proceder-se à exoneração, *ex officio*, do servidor, em vista da reassunção do exercício do cargo, verificada após a prescrição.

12. Embora não previsto esse retorno nas normas pertinentes, nenhuma providência resta adotar, senão o registro da conclusão da c.i. e da extinção da punibilidade, na pasta de assentamentos funcionais do interessado.

Sub censura.

Brasília, 9 de março de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Interrupção do prazo de prescrição.

PARECER AGU Nº GQ-159

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 10-8-98*”. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 12/08/98, pg. 4 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

Ver Decisão 308/2002 - TCU - Plenário. DOU de 16/04/02, pg. 146.

PROCESSO Nº: 35000.001395/91-53

ORIGEM: Ministério do Trabalho

ASSUNTO: Inviabilidade da aplicação de penalidades a servidores, em decorrência da prescrição.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-16/98, de 3 de agosto de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de agosto de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-16/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-159)

EMENTA: A fim de obstar a perpetuação do poder de o Estado infligir penalidade ao servidor que tenha praticado infração disciplinar, presume-se que a apuração e a “decisão final”, esta capaz de fazer cessar a interrupção do prazo prescricional proveniente da instauração do processo, tenham se verificado nos períodos a que aludem os arts. 152 e 167 da Lei nº 8.112, de 1990, findos os quais termina a interrupção e recomeça a contagem de novo prazo.

PARECER

Noticiadas irregularidades que estariam sendo praticadas por titulares do cargo de Fiscal do Trabalho do Quadro Permanente do Ministério do Trabalho, especificamente na Delegacia Regional do Trabalho no Estado do Paraná, designou-se comissão destinada a apurar a veracidade das denúncias, culminando a investigação no relatório de fls. 981 a 1.016, onde são indicados três autores.

2. Por isso que um dos servidores faleceu, propugna-se a aplicação, aos demais, das penalidades de advertência a um e, ao outro, a de demissão, pois este “*infringiu o disposto nos incisos II, III do artigo 116; incisos IX do artigo 117 e inciso IV do artigo 132, da Lei 8.112/90 por:*

- a) e lealdade à Instituição a que serve;*
- b) inobservância das normas legais e regulamentares;*
- c) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*
- d) improbidade administrativa”.*

3. Alçado o julgamento do processo ao Presidente da República, apenas com a proposta de expulsão (v. a E. M. nº 27/MTb, de 29 de abril de 1998, do Ministro de Estado do Trabalho), o Órgão jurídico da Casa Civil da Presidência da República dissentiu da conclusão de que estariam comprovadas a materialidade e a autoria dos ilícitos administrativos, vindo os autos, em decorrência, à apreciação desta Advocacia-Geral da União, a fim de pacificar a divergência, de ordem interpretativa.

4. O presente processo disciplinar foi instaurado por intermédio da Portaria nº INSS/DEPR-1931, de 27 de agosto de 1991, do Diretor Estadual do Instituto Nacional do Seguro Social, no Estado do Paraná, in Boletim de Serviço nº 69, do dia seguinte (f. 122), com a prorrogação de prazo de apuração, efetuada pela Portaria nº INSS/DEPR-1980, de 15 de outubro de 1991, da mesma autoridade, in Boletim de Serviço nº 84, de 18 dos mesmos mês e ano (f. 807).

5. Imprescindível o exame da tempestividade da penalidade a infligir-se, dado que o decurso do tempo e a positividade das normas de regência do tema estão a indicar a extinção do poder de o Estado irrogar a punição porventura cabível, restabelecendo a ordem jurídica afetada pela conduta anti-social dos indiciados.

6. Exsurge do sentido literal do art. 142 da Lei nº 8.112 que a extinção da punibilidade, em relação à falta a que se comina a penalidade de demissão, ocorre em cinco anos, contados da data em que o ilícito torna-se conhecido.

7. Todavia, o prazo prescricional interrompe-se com a instauração do processo, *“até a decisão final proferida pela autoridade competente”*, e sua nova contagem, por inteiro, recomeça da data em que cessa a interrupção.

8. São símiles as razões jurídicas balizadoras do resultado interpretativo a acolher-se, na espécie, e os de que

1) a *“designação de nova comissão de inquérito para prosseguir na apuração de irregularidade objeto do processo disciplinar inicial não interrompe, de novo, o curso do prazo prescricional, dado que a interrupção aludida no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, no tocante ao mesmo fato, ocorre uma só vez”*, e

2) a *“decisão final que, a teor do § 3º do mesmo art. 142, faz cessar a interrupção do transcurso do prazo de prescrição é pertinente ao processo disciplinar inicial válido, não repercutindo, como causa extintiva da ação disciplinar, aquela adotada em apuratório posterior, relativo à mesma irregularidade”*, entendimentos consubstanciados no Parecer nº AGU/WM-8/98, adotado pelo Parecer nº GQ-144, de 18 de março de 1998, desta Instituição.

9. Assim sendo, torna-se apropriado realçar os fundamentos da juridicidade da orientação supra, consistentes precipuamente em que *“o art. 142 destina-se a beneficiar o servidor e o respectivo instituto da prescrição objetiva imprimir estabilização às relações que se estabelecem entre a Administração e os servidores públicos, obstando que se perpetue a viabilidade da sanção disciplinar”*. É ilação indutiva do raciocínio de que o término dos prazos de averiguação da falta, incluído o dilatatório, e de julgamento, destarte, carecendo o processo de *“decisão final”*, cessa a interrupção do transcurso do período prescricional, reiniciando a contagem de novo prazo, por inteiro.

10. Não obstante o recebimento do processo ser considerado como o marco da contagem dos vinte dias, estabelecidos para a autoridade competente proferir sua decisão sobre a culpabilidade ou inocência do servidor (art. 167 da Lei nº 8.112), é admissível presumir-se, com vistas exclusivamente à prescrição, que ele ocorreu imediatamente após o encerramento do processo e sua remessa para julgamento. É que o legislador fixou os prazos para apurarem-se os ilícitos e proferir-se a *“decisão final”*, interruptiva do curso do prazo da

prescrição, no pressuposto de que as medidas a eles ligadas são implementadas tempestivamente, sem contemplar a inércia administrativa de que provenha a subsistência do poder de punir, durante prazo superior ao prescricional.

11. Essa orientação é condizente com a maneira de pensar de Savigny: *“nos casos duvidosos seguir a interpretação mais benigna é não só mais justo como também mais seguro”*, e de Carlos Maximiliano: *“Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave”*, impedindo que a exegese proporcione a apenação de servidor, mesmo se transcorridos quase sete anos após o período fixado para apurar-se a irregularidade e adotar-se a “decisão final”, como no caso (ambas as citações são contidas na *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, do último doutrinador, Rio de Janeiro: Forense, 1979, 9ª ed, p. 165).

12. É significativo o prisma de que, no caso sob exame, o processo foi instaurado em 28 de agosto de 1991 (data de publicação da portaria designativa da comissão - v. o art. 151, inciso I, da Lei nº 8.112), advindo a interrupção do curso do período prescritível, há quase sete anos, sem que tenha sido adotada a “decisão final” a que o referido art. 142 imprime a consequência de cessar essa interrupção e reiniciar fluxo de outro prazo.

13. Com o término dos prazos, estabelecidos para a apuração e o julgamento, no presente processo, cessou a interrupção e reiniciou-se o transcurso de um outro, também já expirado. A consequência imediata desse fato é a inocuidade do exame do mérito, restando o registro da conclusão da c.i. e da extinção da punibilidade, em decorrência do falecimento e da prescrição, conforme o caso, na pasta de assentamentos funcionais dos interessados.

Sub censura.

Brasília, de agosto de 1998.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Observância da declaração de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. A prescrição impede o registro do fato nos assentamentos funcionais.

PARECER AGU Nº GMF-3

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 19-XII-2016”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 11/01/17, pg. 15 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00190.001989/2014-92

INTERESSADO: Controladoria-Geral da União

ASSUNTO: Inconstitucionalidade do art. 170 da Lei 8.112/1990.

Adoto, para fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER N. 005/2016/CGU/AGU e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 19 de dezembro de 2016.

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Advogada-Geral da União

PARECER Nº 005/2016/CGU/AGU

EMENTA: I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/1990.

II. No âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.

Exma. Sra. Advogada-Geral da União,

Em 23 de abril de 2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o Mandado de Segurança n. 23.262/DF e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/1990, nos termos do voto do Relator Ministro Dias Toffoli, fixando as teses que estão consolidadas na ementa do acórdão, a seguir transcrito:

“Constitucional e Administrativo. Poder disciplinar. Prescrição. Anotação de fatos desabonadores nos assentamentos funcionais. Declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90. Violação do princípio da presunção de inocência. Segurança concedida.

1. A instauração do processo disciplinar interrompe o curso do prazo prescricional da infração, que volta a correr depois de ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que haja decisão definitiva.

2. O princípio da presunção de inocência consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou da conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado.

3. É inconstitucional, por afronta ao art. 5º, LVII, da CF/88, o art. 170 da Lei nº 8.112/90, o qual é compreendido como projeção da prática administrativa fundada, em especial, na Formulação nº 36 do antigo DASP, que tinha como finalidade legitimar a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, sem a formação definitiva da culpa.
4. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD.
5. O *status* de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade.
6. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990."

O acórdão foi publicado no dia 30 de outubro de 2014¹ e a decisão transitou em julgado em 19 de novembro do mesmo ano, tendo sido, nessa ocasião, enviado ofício (n. 4080/P) ao Presidente do Senado Federal para o exercício da competência prevista no art. 52, X, da Constituição². O Senado, não obstante, ainda não apreciou a questão³ e, desse modo, a decisão proferida pelo STF no MS 23.262/DF permanece despida dos efeitos *erga omnes* necessários para vincular a Administração Pública Federal na análise de atos e processos que envolvam a aplicação do art. 170 da Lei n. 8.112/1990.

No âmbito desta Consultoria-Geral da União, a questão foi discutida no Processo n. 00190.0011989/2014, no qual foi proferido o Parecer n. 027/2015/DECOR/CGU/AGU, de 4 de fevereiro de 2015, que, após aprovado pelos Despachos n. 079/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU, de 19 de março de 2015, e n. 130/2015/SFT/CGU/AGU, de 9 de junho de 2015, concluiu que "o art. 170 da Lei n. 8.112/90 está em pleno vigor, uma vez que a decisão do Supremo Tribunal Federal no MS n. 23.262 não tem efeito vinculante para a Administração". De toda forma, referido parecer deixou consignado que "não há óbice à aplicação, no âmbito do Poder Executivo, por determinação presidencial, do entendimento do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112, de 1990, nos autos do Mandado de Segurança n. 23.262".

A Secretaria-Geral de Contencioso, por meio da Nota Técnica n. 77/2016/GAB/SGCT/AGU (aprovaada pelo Despacho n. 225/2016/GAB/SGCT/AGU), sugeriu a esta Consultoria-Geral da União a análise da viabilidade de aplicação das disposições do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, o qual consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais do STF, especialmente de seu art. 1º, § 3º, que prescreve que "*o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto*".

O presente parecer, elaborado com base nos artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73, de 1993⁴, para ser submetido à aprovação do Exmo. Sr. Presidente da República, analisa a aplicação do Decreto n. 2.346/1997 para fundamentar o dever da Administração Pública Federal de observar e fazer cumprir a decisão do STF no Mandado de Segurança n. 23.262/DF.

I. O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE OBSERVAR AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DECRETO 2.346/1997

As decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas que atuam no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. As razões de decidir (*ratio decidendi*) que normalmente compõem os pronunciamentos judiciais desses tribunais estão qualificadas não apenas como *razões substantivas*, que contêm os elementos de justificação e de correção material da tese fixada, mas igualmente como *razões de autoridade*, as quais se impõem como normas de observância e de cumprimento geral⁵. A argumentação jurídica produzida por uma Corte Constitucional, portanto, se caracteriza também pelo *argumento de autoridade*⁶ que se forma por razões que se justificam independentemente de seu conteúdo substancial⁷, e que não se constitui necessariamente de aspectos persuasivos, mas de uma *autoridade vinculante*⁸. Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, dessa forma, representam instituições políticas que, qualificadas como órgãos primários na estrutura de um sistema institucionalizado de normas, combinam a produção e a aplicação jurídica de maneira muito especial e assim determinam, de modo autoritativo, as situações jurídicas dos indivíduos e de suas relações sociais⁹.

A forma e o modo como os enunciados judiciais das Cortes assumem suas feições autoritativas e assim são reconhecidos, respeitados e aplicados possuem variações correspondentes aos sistemas, estruturas e organizações diversificadas em cada sociedade. A experiência dos Estados Unidos da América representa um exemplo eloquente de como o desenvolvimento histórico das instituições políticas daquele país foi capaz de construir uma cultura institucional em torno de precedentes judiciais e moldar todo um sistema de observância e acatamento dos pronunciamentos de sua Suprema Corte. O denominado princípio do *stare decisis* influencia e condiciona toda a atuação política e judicial das instituições norte-americanas e, desse modo, ainda que sob diferentes perspectivas¹⁰, constitui um elemento básico de coerência e estabilidade do sistema jurídico do *common law*, indispensável para a segurança jurídica como princípio fundamental do Estado de Direito (*Rule of Law*).

No Brasil, não obstante, a formação histórica do Supremo Tribunal Federal e a construção inicial de um sistema de controle de constitucionalidade de normas não foram acompanhadas pela institucionalização de um princípio de *stare decisis* ou de qualquer mecanismo dotado de semelhantes funções. Devido a uma série de fatores que podem ser observados na perspectiva histórica de análise do período de formação da República Federativa (1890-91) - entre os quais sobressai a preocupação política com a concentração de poderes e, nesse aspecto, com o extremo fortalecimento político-institucional do STF, inspirado no modelo da Suprema Corte norte-americana, em relação à experiência de seu antecessor, o Supremo Tribunal de Justiça do Império - o constituinte daquele momento rejeitou a proposta de Rui Barbosa¹¹, a qual, no fundo, pretendia introduzir o princípio do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro.

A primeira formação da jurisdição constitucional no Brasil assim se caracterizou como um modelo cujas decisões eram dotadas apenas de efeitos entre as partes do processo e que, desse modo, não poderiam fixar uma interpretação do ordenamento jurídico com caráter obrigatório *erga omnes*. Essa talvez seja a principal razão de índole histórica, política e institucional pela qual o desenvolvimento do modelo brasileiro de jurisdição constitucional, e especialmente o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, sempre estiveram caracterizados pela recorrente instituição de mecanismos tendentes a superar a ausência no sistema de um princípio de *stare decisis*.

O primeiro desses mecanismos foi consagrado pela Constituição de 1934, que atribuiu ao Senado, então considerado como o "coordenador" dos Poderes¹², a competência para estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos

concretos¹³. O instituto sobreviveu aos percalços da história constitucional brasileira¹⁴ e, renovado no atual art. 52, X, da Constituição de 1988, sempre se caracterizou por conferir à Casa Legislativa poderes exclusivos e eminentemente discricionários, próprios dos atos políticos, que estão imunes a qualquer tipo de controle externo e que assim se subtraem ao crivo dos demais Poderes¹⁵. Cabe exclusivamente ao Senado a decisão política, sua forma e amplitude, assim como o tempo de sua emanção, em torno da atribuição ou não dos efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em casos concretos. Na prática, significa que esse mecanismo, em razão da imprevisão político-institucional que o caracteriza, não necessariamente insere no sistema uma correspondência lógica entre a decisão judicial de inconstitucionalidade em concreto e a emanção de uma proposição normativa de efeitos gerais e de obrigatória observância por todos os atores institucionais. Nesse aspecto, permanece válida e plena de sentido a decisão política inicial que caracterizou a primeira formação do controle de constitucionalidade no Brasil, em 1891, de atribuir ao Supremo Tribunal o poder de decidir, na resolução de casos concretos, sobre a inconstitucionalidade de normas apenas com efeitos *inter partes*.

É certo que, ao longo de todo esse período, o desenvolvimento paulatino, e em certa medida paralelo, de um robusto modelo de *controle concentrado e em abstrato de constitucionalidade de normas* - sobretudo a partir da Constituição de 1988 e do advento das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999 - inseriu no sistema institutos processuais e técnicas de decisão que, ao possibilitarem a *eficácia vinculante* e os *efeitos erga omnes* das declarações de inconstitucionalidade, fortaleceram o *caráter autoritativo* dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, especialmente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral. A Corte também passou a ter outros instrumentos processuais e procedimentais para produzir entendimentos com força de autoridade para órgãos judiciais e administrativos. Os institutos criados pela Reforma do Poder Judiciário estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a *Repercussão Geral* e a *Súmula Vinculante*, tornaram-se mecanismos cruciais para a afirmação e consolidação da jurisprudência do STF em relação aos demais juízes e tribunais, o que foi igualmente reforçado pelo pleno e profícuo desenvolvimento da Reclamação como ação constitucional cada vez mais vocacionada ao resguardo da competência e da autoridade das decisões da Corte.

O fato de o STF possuir atualmente tais instrumentos processuais e procedimentais e desenvolver de modo cada vez mais contundente seu papel institucional de Corte Constitucional da qual são emanadas decisões com forte impacto nas instituições políticas e repercussão social generalizada, aliado a fatores muito evidentes que transformaram completamente o sistema brasileiro de jurisdição constitucional - a decadência ou mesmo a insubsistência da suposta "bipolaridade" entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade; assim como a transmutação da cultura jurídico-política em torno do princípio da separação dos poderes em relação à concepção dominante na década de 1930 -, estão a pressionar a normatividade do art. 52, X, da Constituição, colocando em permanente questão a subsistência dessa competência do Senado nos moldes como ela foi inicialmente contemplada na Constituição de 1934.

É conhecida e amplamente difundida a tese segundo a qual a disposição presente no art. 52, X, da Constituição, teria passado ao longo das últimas décadas por um processo de *mudança constitucional* e que atualmente teria seu sentido normativo restrito à efetivação da publicidade, com caráter geral, da declaração de inconstitucionalidade já proferida pelo STF com inerentes efeitos *erga omnes*, estes já naturalmente decorrentes do próprio modelo atual de controle misto da constitucionalidade existente no Brasil, que por suas próprias características confere poderes à Corte Constitucional para fixar, com evidente *força*

normativa e impacto generalizado nas instituições e em toda a sociedade, a interpretação da Constituição¹⁶. Não obstante, foi o próprio STF que, no julgamento da Reclamação n. 4.335¹⁷, rejeitou a necessidade de uma releitura do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, mantendo, portanto, sua competência exclusiva para decidir, em âmbito político de conveniência e oportunidade, sobre os efeitos *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade em concreto proferida pelo STF.

Atualmente, e sobretudo após a decisão proferida na RCL 4.335, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional se caracteriza por permanecer, nos moldes de sua configuração original, despido de um mecanismo processual explícito e amplamente aceito que atribua formalmente efeitos gerais à decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade. É o Senado Federal que, em razão da plena vigência e normatividade do art. 52, X, da Constituição, permanece com a atribuição exclusiva de conferir os efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em concreto emanada do STF. Mesmo nas decisões proferidas em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, os efeitos produzidos em relação aos juízes e tribunais, tendo em vista a necessidade de adoção da tese fixada em casos semelhantes e repetitivos, não necessariamente implicam eficácia geral e vinculante e, portanto, não obrigam os órgãos da Administração Pública a impreterivelmente observar a declaração de inconstitucionalidade.

É nessa conjuntura que se renova a importância do Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, o qual consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais do STF, que permanecem vigentes até os dias atuais. Editado em uma época na qual ainda não existiam os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, e sequer havia as Leis n. 9.868 e n. 9.882, ambas do ano de 1999, suas normas visam precipuamente implementar, no âmbito da Administração Pública Federal, uma cultura jurídica em torno do dever funcional de observar, respeitar e fazer aplicar as decisões do Supremo Tribunal Federal. Por isso, em seu art. 1º, deixa-se explícito que:

Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

Em seu § 1º do art. 1º, o Decreto traz disposição relacionada às decisões proferidas pelo STF em sede de *controle abstrato de constitucionalidade*, determinando o seguinte:

Art. 1º. (...) § 1º. Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

Referido dispositivo se desatualizou, ainda que parcialmente, em virtude do advento das Leis n. 9.868 e n. 9.882, de 1999, assim como em face de suas posteriores modificações, que atualmente permitem ao STF modular os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade e conferir eficácia *pro futuro* à decisão, mitigando os efeitos da nulidade da lei inconstitucional. De toda forma, em se tratando do controle abstrato de constitucionalidade, a Administração Pública Federal ficará submetida aos efeitos *erga omnes* e à eficácia vinculante inerente aos provimentos jurisdicionais emanados do STF nas ações específicas desse controle (ADI, ADC, ADO e ADPF), de modo que todos os seus órgãos deverão observar a interpretação fixada pela Corte, em conformidade com os efeitos da decisão prolatada.

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, o § 2º do art. 1º condiciona a eficácia da decisão do STF em relação à Administração Pública Federal à efetiva suspensão, pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional. Eis o teor do referido dispositivo:

Art. 1º. (...) § 2º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Tendo em vista a já comentada competência de caráter eminentemente político atribuída ao Senado para a efetiva concessão dos efeitos *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade¹⁸, que não se submete a prazos e que na prática tende a se consumir após lapsos temporais alargados em relação ao trânsito em julgado da decisão do STF, a submissão formal da Administração Pública Federal à autoridade da interpretação constitucional fixada pelo STF fica a depender da atuação específica do Presidente da República no sentido de autorizar a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida no caso concreto. É o entendimento que pode ser extraído da interpretação sistemática do subsequente § 3º do art. 1º do Decreto 2.346:

Art. 1º. (...) § 3º. O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

A proposta oriunda da Advocacia-Geral da União poderá ser consubstanciada em parecer jurídico elaborado para os fins do art. 40 da Lei Complementar n. 73/1993, atribuição que, de acordo com o art. 41 da mesma lei, também compete ao Consultor-Geral da União. Este é o teor dos mencionados dispositivos:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (...)

Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

Assim, para cumprir os objetivos traçados pelo Decreto n. 2.346/1997, o Presidente da República poderá aprovar parecer elaborado pela Consultoria-Geral da União e aprovado pela Advogada-Geral da União, o qual, uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, consubstanciará *parecer normativo* que, sob o aspecto formal, vinculará todos órgãos da Administração Pública Federal, que ficarão submetidos à autoridade da interpretação da Constituição definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos concretos.

O presente parecer é elaborado com esse objetivo e tem em vista não apenas esse elemento formal ou autoritativo que deve revestir as decisões da Corte Suprema brasileira em relação aos órgãos administrativos federais, mas igualmente a correção substancial e, portanto, a legitimidade material da decisão específica proferida pelo STF no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, na qual sobressaem também as razões substantivas que, no caso em análise, devem funcionar como elementos persuasivos no sentido do efetivo cumprimento pela Administração Pública Federal. Como se demonstrará no tópico seguinte,

a decisão do STF faz uma adequada e correta interpretação da Constituição e, por isso, deve ser acatada e observada pelos órgãos públicos.

II. O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL DE OBSERVAR E APLICAR O ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO MS 23.262/DF

A decisão do STF no MS 23.262/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, está devidamente justificada, tanto do ponto de vista de sua *justificação interna*, que leva em conta a coerência formal de seus argumentos, como na perspectiva de sua *justificação externa*, devido à correção material de suas razões e premissas de base.

A premissa material de base do raciocínio desenvolvido pelo STF foi construída a partir da interpretação da garantia fundamental da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, já consolidada na própria jurisprudência do Tribunal, no sentido de que esse postulado constitucional projeta-se para além da dimensão estritamente penal e, assim, também tem plena incidência em domínios jurídicos extrapenais, alcançando todas as medidas restritivas estatais que visem antecipar ou presumir os efeitos de uma condenação inexistente ou incerta.

A decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144¹⁹ constitui um dos precedentes mais contundentes da Corte nesse sentido, na medida em que reúne e faz referência a uma série de julgados que delimitaram e fixaram esse entendimento, o qual encara a garantia da presunção de não-culpabilidade como uma barreira a qualquer intervenção restritiva na esfera individual, por parte dos poderes públicos, antes da formação do juízo de culpabilidade, de acordo com as regras do devido processo legal.

No julgamento da ADPF n. 144, ao construir uma linha coerente de precedentes a respeito do tema, o Supremo Tribunal enfatizou, inclusive do ponto de vista histórico, a importância que a presunção de inocência tem na formação do Estado de Direito e o duplice papel que essa garantia cumpre no sistema constitucional: a negação da antiga ideia de que o indivíduo pode ser presumido culpado até prova em contrário; e a consagração do postulado fundamental da prevalência do estado de inocência antes da formação definitiva da culpa, seja no âmbito penal ou extrapenal. O voto do Relator, Ministro Celso de Mello, que representa um dos estudos mais eloquentes na jurisprudência do STF em torno da relevância histórica e política dessa garantia fundamental, contém trechos dignos de nota a respeito dos parâmetros básicos dos entendimentos já consolidados pela Corte:

"Como sabemos, a presunção de inocência - que se dirige ao Estado, para lhe impor limitações ao seu poder, qualificando-se, sob tal perspectiva, como típica garantia de índole constitucional, e que também se destina ao indivíduo, como direito fundamental por este titularizado - representa uma notável conquista histórica dos cidadãos, em sua permanente luta contra a opressão do poder. É interessante registrar, no ponto, em reflexão sobre as origens históricas do direito fundamental de ser presumido inocente até o trânsito em julgado da condenação judicial, que, não obstante a sua consagração, no século XVIII, como um dos grandes postulados iluministas (para Beccaria, 'A um homem não se pode chamar culpado antes da sentença do juiz...'), essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava de certas presunções então formuladas ('*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*'), valendo mencionar o que se continha no Digesto, que estabelecia, em benefício daquele que era processado, verdadeiro favor rei, que enfatizava, ainda que de modo incipiente, essa ideia-força que viria a assumir grande relevo com a queda do Ancien Régime.

A presunção de inocência, a que já se referia Tomás de Aquino, em sua 'Suma Teológica', constitui resultado de um longo processo de desenvolvimento político-jurídico, com raízes, para alguns, na Magna Carta inglesa (1215), embora, segundo outros autores, o marco histórico de implantação desse direito fundamental resida no século XVIII, quando, sob o influxo das ideias iluministas, vem esse direito-garantia a ser consagrado, inicialmente, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776).

Esse, pois, o momento inaugural em que se deu o reconhecimento de que ninguém se presume culpado, nem pode sofrer sanções ou restrições em sua esfera jurídica senão após condenação transitada em julgado.

A consciência do sentido fundamental desse direito básico, enriquecido pelos grandes postulados políticos, doutrinários e filosóficos do Iluminismo, projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa às práticas absolutistas do Antigo Regime.

O que se mostra importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, é que, não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos, que preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembleia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazi-fascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes, até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, "b") e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, "e") e outros, de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência, com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dela emanam, mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos, restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir da douda lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ('Presunção de Inocência e Prisão Cautelar', p. 12/17, 1991, Saraiva), que esse conflito ideológico entre o valor do princípio democrático, que consagra o primado da liberdade, e o

desvalor do postulado autocrático, que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir do século XIX, quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento em matéria penal: a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA E GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da Escola Positiva, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir o ‘espírito do tempo’ (Zeitgeist) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica, que teve, em EMANUELE CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista - a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

O exame da obra de VINCENZO MANZINI (‘Tratado de Derecho Procesal Penal’, tomo I/253-257, item n. 40, tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) reflete, com exatidão, essa posição nitidamente autocrática, que repudia ‘A chamada tutela da inocência’ e que vê, na “pretendida presunção de inocência”, algo ‘absurdamente paradoxal e irracional’ (op. cit., p. 253, item n. 40).

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira, promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases democráticas, é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e que banuiu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva ‘*ex parte principis*’, cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse!

O postulado do estado de inocência, ainda que não se considere como presunção em sentido técnico, encerra, em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória, com caráter probatório, que repele suposições ou juízos prematuros de culpabilidade, até que sobrevenha - como o exige a Constituição do Brasil - o trânsito em julgado da condenação penal. Só então deixará de subsistir, em favor da pessoa condenada, a presunção de que é inocente.

(...).

Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve atuar, até o superveniente trânsito em julgado da condenação judicial, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam, seja no domínio civil, seja no âmbito político, a esfera jurídica das pessoas em geral.

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a **presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico - ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado.**

(...) O que se mostra relevante, a propósito do efeito irradiante da presunção de inocência, que a torna aplicável a processos de natureza não-criminal, como resulta dos julgamentos ora mencionados, é a preocupação, externada por órgãos investidos de jurisdição constitucional, com a preservação da integridade de um princípio que não pode ser transgredido por atos estatais que veiculem, prematuramente, medidas gravosas à esfera jurídica das pessoas, que são, desde logo, indevidamente tratadas, pelo Poder Público, como se culpadas fossem, porque presumida, por arbitrária antecipação fundada em juízo de mera suspeita, a culpabilidade de quem figura, em processo penal ou civil, como simples réu!" (ênfases acrescidas)

Essas noções essenciais a respeito da garantia fundamental da presunção de inocência, especialmente a da sua aplicabilidade em todos os domínios jurídicos (penal, civil, administrativo etc.), foram reafirmadas em julgamentos posteriores da Corte - apesar das relativizações estabelecidas, no âmbito do processo eleitoral, nas ADC n. 29 e n. 30 -, permanecendo intocadas mesmo em face de certos matizes estabelecidos sobre essa garantia em algumas decisões mais recentes em tema de processo penal (HC n. 126.292²⁰; ADC-MC n. 43²¹).

O voto condutor do julgamento do MS 23.262, do Ministro Relator Dias Toffoli, se baseia nesse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, principalmente no precedente da ADPF n. 144, que consolida a aplicabilidade da garantia da presunção de inocência em âmbitos extrapenais e, portanto, também na esfera do processo administrativo disciplinar.

Fixada a premissa material de base, calcada na jurisprudência da Corte sobre o núcleo protetivo da garantia da presunção de não culpabilidade, especificamente sobre sua projeção no processo administrativo disciplinar, não há como adotar outra posição senão a de que o art. 170 da Lei 8.112, de 1990, viola o art. 5º, LVII, da Constituição.

O art. 170 da Lei 8.112, de 1990, dispõe que *"extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor"*. Como esclarecido na decisão do STF, essa norma tem origem histórica na Formulação n. 36 do extinto Departamento de Administração do Serviço Público (DASP, instituído pelo Decreto-Lei n. 578/1938), ainda sob a égide do anterior Estatuto dos Funcionários Públicos da União (Lei n. 1.711/1952), cujo enunciado estabelecia que *"se a prescrição for posterior à instauração do inquérito, deve-se registrar nos assentamentos do funcionário a prática da infração apenada"*.

A teleologia do art. 170 da Lei n. 8.112/1990, portanto, é a de normatizar a prática administrativa de registro nos assentos funcionais do servidor de fato que, apesar da existência de indícios de infração disciplinar, não poderá ser mais objeto de apuração em processo administrativo com o objetivo de se constatar a materialidade, autoria e culpabilidade, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e da extinção da punibilidade.

Essa ideia central que lastreia o art. 170 da Lei 8.112/1990, como verificado pelo Supremo Tribunal, contraria o conteúdo essencial da garantia da presunção de inocência, na medida em que impõe à Administração um dever de adotar uma medida restritiva da esfera pessoal e funcional do servidor com base em fato que sequer poderá ser objeto do devido processo administrativo e, portanto, não poderá ser submetido ao procedimento formal de verificação e de formação de culpa. Na lógica estabelecida pelo dispositivo, baseada em antiga prática administrativa, a mera instauração de procedimento investigativo legitima os apontamentos de conduta desabonadora na ficha funcional do servidor, mesmo nas hipóteses em que ocorra a prescrição e se extinga a punibilidade no curso do processo. Fica configurada, com isso, a violação à garantia constitucional que o indivíduo tem de não sofrer antecipadamente as consequências jurídicas de uma condenação que, além de incerta, não poderá vir a ocorrer em virtude da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública.

Por isso, tal como deixou consignado o Relator, Ministro Dias Toffoli, "é forçoso concluir que a Administração Pública Federal persevera na prática institucionalizada na Formulação nº 36 do extinto DASP, bem como que o art. 170 da Lei nº 8.112/90 tem como finalidade legitimar, apenas em virtude da 'instauração de inquérito', a utilização dos apontamentos para desabonar a conduta do servidor, a título de maus antecedentes, em caso de eventual responsabilização futura por outra infração disciplinar".

A garantia da presunção de inocência deve funcionar como um bloqueio a essas intervenções restritivas na esfera funcional do servidor público que se justificam apenas na mera instauração de procedimento investigativo ou de processo administrativo disciplinar. Na hipótese de prescrição da pretensão punitiva, portanto, deixa de existir qualquer possibilidade futura de formação de culpa por parte da autoridade competente. E, conforme a garantia da presunção de não-culpabilidade, a Administração não pode mais se basear no fato atingido pela prescrição para adotar medidas restritivas contra o servidor. Assim, como conclui o Ministro Dias Toffoli, "consumada a prescrição antes de instaurado o PAD ou em seu curso, há impedimento absoluto da prática de ato decisório condenatório ou formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo instituto. Por ser matéria de ordem pública, deve a autoridade julgadora, no momento em que instada a se manifestar, reconhecer ou não a estabilização da relação intersubjetiva entre a Administração Pública e o servidor pelo decurso do tempo".

Nesse aspecto, a presunção de inocência possui uma relação intrínseca com o princípio da segurança jurídica, em seu sentido objetivo, como norteador da regularidade dos atos estatais e da estabilização de expectativas dos indivíduos, assim como em sua feição mais subjetiva, como princípio da proteção à confiança legítima em relação à conduta do Estado. O instituto da prescrição, nesse sentido, ao exigir a extinção do processo em curso ou impedir a instauração de um novo procedimento, em virtude da extinção da punibilidade, garante a regularidade e a estabilidade das relações entre indivíduo e Estado, obstando, igualmente, quaisquer medidas restritivas fundadas no fato abarcado pela prescrição. Como afirmou o Ministro Dias Toffoli em seu voto no MS 23.262, "o reconhecimento da prescrição da ação disciplinar acarreta, então, a extinção do PAD desde o esgotamento do prazo prescricional, impedindo que a controvérsia subsista por tempo maior

que o lapso temporal estabelecido pelo legislador ordinário no art. 142 da Lei nº 8.112/90, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, que deve ser ressaltado no caso de aplicação de regras sancionadoras e da incidência de seus efeitos".

Portanto, na linha argumentativa seguida pelo STF, é possível afirmar que, se a garantia da presunção de inocência no âmbito dos processos administrativos disciplinares impede que o servidor sofra antecipadamente os efeitos jurídicos sem a consolidação processual de um *status* de culpabilidade, com maior razão ela bloqueia qualquer medida restritiva da condição funcional do servidor se, verificada a prescrição e extinta a punibilidade, deixe de existir a potencialidade de formação processual da culpa.

O voto do Relator, nesse sentido, conclui que "o *status* de inocência deixa de ser presumido somente após a decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório (sindicância ou PAD) ou da decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade".

Ressalte-se, por fim, que o entendimento consagrado no MS 23.262 não colide com os posteriores pronunciamentos do STF sobre o princípio da presunção de inocência em âmbito penal e processual penal, como os ocorridos nos julgamentos do HC 126.292²² e da ADC-MC n. 43²³, os quais afirmaram que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Se nesses últimos pronunciamentos o STF admite que a deliberação judicial colegiada de segunda instância constitui um meio processual idôneo e suficiente para a caracterização da culpabilidade exigida pelo dispositivo constitucional do art. 5º, LVII, para fins de execução da pena no processo penal, no MS 23.262, por outro lado, tem-se entendimento consolidado, e ainda não superado, que leva em conta a hipótese de prescrição da pretensão punitiva e, portanto, a extinção do processo administrativo no qual se poderia, eventualmente, ocorrer a formação da culpa, caso em que a própria caracterização da culpabilidade deixa de ser algo sequer potencial ou plausível.

Assim, permanece plenamente vigente o entendimento fixado pelo STF no MS 23.262/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, com base em sua própria jurisprudência a respeito do conteúdo essencial da garantia da presunção de inocência, no sentido da inconstitucionalidade, por violação ao art. 5º, LVII, da Constituição, do art. 170 da Lei n. 8.112/1990, que dispõe que "*extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor*".

III. CONCLUSÃO

Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.262/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, declarou a **inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/ 1990**.

Ante o exposto, tendo em vista a garantia da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, e em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, a Administração Pública Federal deve observar a norma segundo a qual, **no âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público**.

Em caso de acolhimento das presentes conclusões, este parecer poderá ser submetido à aprovação do Presidente da República, e uma vez publicado juntamente com o

despacho presidencial, deverá vincular a Administração Pública Federal, cujos órgãos e entidades ficarão obrigados a lhe dar fiel cumprimento (artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993), a partir da data dessa publicação.

À consideração superior.

Brasília, 5 de dezembro de 2016.

ANDRÉ RUFINO DO VALE
Consultor da União

MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS
Consultor-Geral da União

¹ Data de publicação DJE 30/10/2014 - Ata nº 160/2014. DJE nº 213, divulgado em 29/10/2014.

² Constituição Federal: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

³ Após consulta atualizada da tramitação do expediente encaminhado pelo STF ao Senado Federal para o exercício da atribuição prevista no art. 52, X, da Constituição, em relação à decisão proferida no MS n. 23.262 (concessão de efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do referido art. 170 da Lei n. 8.112/1990), foi verificado que o processo encontra-se, desde o último dia 3 de junho de 2016, na fase primária de aguardar a designação de Relator no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa Legislativa.

⁴ Lei Complementar n. 73/1993: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (...) Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

⁵ SUMMERS, Robert S.. Two Types of Sustantive Reasons: The Core of A Theory of Common Law Justification. In: Cornell Law Review, nº 63, 1978, p. 730. PECZENIK, Aleksander. On Law and Reason. Springer, Law and Philosophy Library 8; 2009, p. 259.

⁶ ATIENZA, Manuel. O argumento de autoridade no Direito. Trad. de André Rufino do Vale. Revista NEJ, Vol. 17 - n. 2 - p. 144-160/mai-ago 2012.

⁷ HART, Herbert L.A.. Commands and Authotitative Legal Reasons. In: Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory. Clarendon Press: Oxford, 1982.

⁸ SCHAUER, Frederick. Authority and Authorities. In: Virginia Law Review, vol. 94, 2008, pp. 1931-1961.

⁹ RAZ, Joseph. Razón práctica y normas. Trad. de Juan Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1991, p. 151 e ss.

¹⁰ WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. (First Draft, August 2011), October 11, 2011, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 11-75.

¹¹ Rui Barbosa havia sugerido a seguinte emenda ao art. 34 do Projeto de Constituição elaborado pela denominada “Comissão dos Cinco”, criada pelo Governo Provisório por meio do Decreto n. 23, de 3 de dezembro de 1889: “Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) § 18. Criar tribunais subordinados ao Supremo Tribunal Federal”. Cf. BARBOSA, Rui. A Constituição de 1891. In: Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XVII. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1946, p. 40.

¹² Constituição de 1934, Artigo 88: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência’.

¹³ Constituição de 1934, Artigo 91, IV: “Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

¹⁴ O dispositivo foi reiterado nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X).

¹⁵ BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa, 13(50):61.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004.

¹⁷ Na RCL n. 4.335, o STF discutiu sobre a possibilidade de a decisão de inconstitucionalidade proferida no Habeas Corpus 82.959, em sede de controle difuso, poderia revestir-se de eficácia *erga omnes* independentemente da resolução do Senado Federal.

¹⁸ Há muito o Supremo Tribunal Federal entende que o Senado não está obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional (MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ de 25.05.1966). Assim ensinava o Ministro Victor Nunes: “(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.

¹⁹ STF, ADPF n. 144, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno 06.08.2008, DJe 26.02.2010.

²⁰ No HC 126.292/SO, Rel. Min. Teori Zavascki, o STF decidiu que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

²¹ ADC-MC n. 43, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.10.2016.

²² HC 126.292/SO, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 16.05.2016.

²³ ADC-MC n. 43, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 11.10.2016.

Assuntos abordados neste Parecer: Para aplicação do prazo prescricional penal, é necessário existir inquérito policial ou ação penal.

PARECER AGU Nº AM-3

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 9 de abril de 2019”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 12/04/19, pg. 9 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 50000.011300/2017-49

INTERESSADO: Ministério da Infraestrutura e Controladoria-Geral da União

ASSUNTO: Aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

PARECER Nº AM - 3

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00234/2019/GAB/CGU/AGU o anexo Parecer nº 02/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 09 de abril de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

(Nota: O Parecer AGU nº AM-3 foi considerado superado, em suas razões de decidir, pelo Parecer AGU nº JL-6.)

DESPACHO Nº 234/2019/GAB/CGU/AGU

NUP: 50000.011300/2017-49

INTERESSADOS: Ministério da Infraestrutura e Controladoria-Geral da União

ASSUNTOS: Aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Aprovo, nos precisos termos do Despacho nº 149/2018/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.

Submeto as manifestações desta Consultoria-Geral da União ao Exmo. Senhor Advogado-Geral da União, para que, em sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os fins dos art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 15 de março de 2019.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

DESPACHO Nº 149/2018/DECOR/CGU/AGU

NUP: 50000.011300/2017-49

INTERESSADOS: Ministério da Infraestrutura e Controladoria-Geral da União

ASSUNTOS: Aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União substituto,

Aprovo o Parecer nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.

Cuida-se de divergência acerca da interpretação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, segundo o qual "*Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime*". Há orientação do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, bem como Parecer vinculante desta Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União - (Parecer AGU GQ-164, DOU de 28.08.1998), no sentido de que o enquadramento em tese pela própria Administração da conduta em apuração disciplinar como tipo penal é fundamento bastante para ensejar a aplicação dos prazos prescricionais disciplinados na legislação criminal.

Ocorre que detido exame da jurisprudência acerca da matéria, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revela que a aplicação do § 2º do art. 142 do Estatuto do Servidor Público Federal demanda que haja, ao menos, tramitação de inquérito policial a apurar os fatos que são objeto de persecução na esfera disciplinar.

É que, diante da independência das instâncias administrativa e penal, não é cabível que a Administração enquadre, em tese, o ilícito disciplinar como crime para fins de aplicação da excepcional regra de prescrição posta no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo necessário que, no âmbito da atuação das autoridades competentes para a persecução penal, haja decisão no sentido de que há indícios que ensejam uma investigação na esfera criminal, ou seja, é imprescindível que haja ao menos inquérito policial em curso para investigar os mesmos fatos para que a Administração aplique o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

Ora, sem prejuízo da aplicação do art. 171 da Lei nº 8.112, de 1990, segundo o qual "*Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição*"; verifica-se que o art. 126-A e o parágrafo único do art. 154 do referenciado estatuto autorizam que, em caso de indícios de crime, os elementos probatórios colhidos sejam encaminhados para avaliação do Ministério Público:

Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.

...

Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

Nestes termos, considerando que o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, é de aplicação excepcional, uma vez que, via de regra, dá ensejo à aplicação de maiores prazos de prescrição para persecução das infrações disciplinares; considerando que o preceito da segurança jurídica funda a atuação da Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999); considerando que a prescrição é instituto que faz prevalecer a segurança jurídica em detrimento da punição administrativa de condutas ilícitas, justamente em razão dos valores axiológicos que orientam a preservação das situações já consolidadas diante de determinado lapso de tempo; considerando que a independência das instâncias administrativa e penal revela que a Administração Pública não possui competência para promover o *jus dicere* na esfera criminal; e considerando que a Administração Pública deve comunicar os fatos e encaminhar os elementos probatórios colhidos para fins de avaliação das autoridades competentes na esfera criminal; conclui-se que deve prevalecer o entendimento no sentido de que a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, não prescinde da demonstração de que os mesmos fatos foram ou estão sendo objeto de inquérito policial ou ação penal.

Sobre a matéria, além da farta jurisprudência referenciada no Parecer ora aprovado, seguem precedentes que confirmam o entendimento ora consolidado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO TAMBÉM CAPITULADA COMO CRIME. FATO QUE NÃO FOI OBJETO DE APURAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. APLICAÇÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS DA LEI PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DO ART. 142 DA LEI Nº 8.112/1990. PRECEDENTES. AFIRMAÇÃO DE QUE TERIAM SIDO CONTRARIADOS DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE 10/STF. ALEGAÇÕES QUE SOMENTE PODEM SER EXAMINADAS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A previsão contida no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990 - de que às infrações disciplinares, capituladas também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição previstos na lei penal - deve ser afastada na hipótese em que os fatos não tiverem sido objeto de apuração na esfera criminal, como no caso ora examinado. Precedentes.

2. Conquanto haja a possibilidade, ao menos em tese, de o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso especial, contrariar dispositivos da Constituição Federal, revela-se manifestamente equivocada a iniciativa da parte de submeter essa matéria ao próprio Superior Tribunal de Justiça, por meio de agravo regimental ou de embargos de declaração, porquanto a apreciação desse tipo de questão compete ao Supremo Tribunal Federal, por meio de recurso extraordinário. Inviável, assim, o exame das alegações de violação do princípio da separação de poderes e da cláusula de reserva de plenário, bem como de inobservância da Súmula Vinculante 10/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(AgRg no REsp 1180500/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013)

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO ADMINISTRATIVO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. PRECEDENTES.

1. A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de cinco anos, nos termos do art. 142, I, da Lei n. 8.112/90,

entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar.

2. Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal.

3. Precedentes: RMS 19.087/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.6.2008, DJe 4.8.2008; MS 12.884/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 9.4.2008, DJe 22.4.2008; RMS 18.688/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 9.2.2005.

4. No presente caso não há notícia de apuração criminal, razão pela qual deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142, I, da Lei n. 8.112/90.

5. É incontroverso nos autos que os fatos desabonadores foram conhecidos pela Administração em 7.4.2000, e que o prazo prescricional foi interrompido em 7.3.2008, com a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD), caracterizando a prescrição quinquenal para a punição dos servidores públicos. Segurança concedida.”

(MS 15.462/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/03/2011, DJe 22/03/2011)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME DE CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO. DEMISSÃO. ESFERA CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

1. Nos termos do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, os prazos prescricionais previstos na lei penal. Precedentes.

2. O prazo para a Administração aplicar a pena de demissão ao servidor faltoso é de 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 142, inciso I, da Lei n.º 8.112/90. Entretanto, havendo regular apuração criminal, o prazo de prescrição no processo administrativo disciplinar será regulado pela legislação penal, que, *in casu*, consoante o art. 316 c.c. o art. 109, inciso III, do Código Penal, é de 12 (doze) anos.

3. Na hipótese, a contagem do prazo prescricional foi interrompida com a instauração de novo PAD em 04/09/2003, voltando a correr por inteiro em 21/01/2004, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do processo - art. 152, *caput*, c.c. o art. 169, § 2.º, ambos da Lei 8.112/90). Desse modo, tendo sido expedida a Portaria Demissionária da Impetrante em 19/05/2004, constata-se, à toda evidência, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração.

3. Tendo em vista a independência das instâncias administrativa e penal, a sentença criminal somente afastará a punição administrativa se reconhecer a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, hipóteses inexistentes na espécie. Precedentes.

4. Segurança denegada.”

(MS 9.772/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2005, DJ 26/10/2005, p. 73)

Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do *tempus regit actum*, devem ser concedidos efeitos prospectivos à revogação do entendimento constante do Parecer GQ-164, na esteira do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º, da Lei nº 9.784, de 1999. Deve, por conseguinte, a Administração Pública Federal manter inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a vigência do Parecer GQ-164. Seguem elucidativos precedentes do

Supremo Tribunal Federal, os quais confirmam a regra do *stare decisis* adotada no vigente Código de Processo Civil, e aplicável aos processos administrativos em razão do que dispõe o seu art. 15; bem como confirmam a "*prospective overruling*" como um "*antídoto ao engessamento do pensamento jurídico*":

“EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. *STARE DECISIS*. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (*OVERRULLING*) DO PRECEDENTE.

1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460.

2. Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento, reafirmam-se as conclusões (*ratio decidendi*) da Corte na referida ação declaratória.

3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.

4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção - por nosso sistema - da regra do *stare decisis*, que "densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação". (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que "impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos". (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013).

6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais 'é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.' (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011).

7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade.

8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado.

9. Tese reafirmada: 'é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva.'

10. Recurso extraordinário desprovido.”

(RE 655265, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016)

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO A PROFESSORES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE (ART. 24, IX, DA CRFB/88). (...).

...

2. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988.

3. A competência legislativa de Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (art. 24, IX, da CRFB/88) autoriza a fixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores, em aprimoramento do sistema regional de ensino.

4. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

...”

(ADI 2663, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017)

Sugere-se, para os fins dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993, que o Parecer nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU seja encaminhado à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República para posterior publicação no Diário Oficial da União, revogando-se, com efeitos prospectivos, o Parecer GQ-164.

Brasília, 3 de abril de 2018.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

PARECER Nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU

NUP: 50000.011300/2017-49

INTERESSADOS: Corregedoria do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União

ASSUNTO: Processo administrativo disciplinar. Prescrição. Aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

ENUNCIADO CPPAD/DECOR/CGU/AGU

Incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal.

Referências: Art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990. Parecer AGU nº GQ-164, DOU 28.09.98. Parecer nº 32/2010/DECOR/CGU/AGU. STJ MS 17.536, MS 20.936, MS 16.614, AgRg no AREsp 681.345, RMS 38.992, MS 12.085 e MS 13.926. STF MS 24.013, RMS 32.034, RMS 33.937, AgR no RMS 31.506.

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DISCIPLINAR. INCIDÊNCIA DO § 2º DO ART. 142, DA LEI Nº 8.112, DE 1990, NAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARES. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DA MESMA CONDUTA DO INDICIADO NA ESFERA CRIMINAL.

1. Incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal.
2. Necessidade de revisão do Parecer AGU nº GQ - 164, publicado no DOU de 28.09.98, diante da jurisprudência predominante perante o Superior Tribunal de Justiça.
3. Nesse sentido, consoante já afirmava a extinta Consultoria-Geral da República em reiterados pareceres e ratificado por esta Instituição por meio do Parecer AGU nº GQ - 10, publicado no DOU de 01.11.93 - a "*orientação administrativa não há que estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito*", por essa razão o Parecer AGU nº GQ - 164, DOU de 28.09.98, deve ser revisto.
4. Portanto, deve-se ter a superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer AGU nº GQ - 164, com eficácia prospectiva, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

CÓD. EMENT. 14.3

Senhor Coordenador e demais colegas da Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares,

Em reunião realizada em 4 de abril do ano em curso, foi deliberado pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CPPAD, a elaboração de um enunciado para cuidar do tema referente a aplicação da prescrição prevista na lei penal para as infrações disciplinares capituladas também como crime, nos termos do que dispõe o **§ 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990**, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Este assunto estava pendente de minha análise no Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR desta Consultoria-Geral da União, no processo eletrônico de NUP Nº 50000.011300/2017-49, à pedido da Consultoria Jurídica junto ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, conforme item 18 do opinativo a seguir descrito (Sequencial nº 4).

No mencionado procedimento foi exarado pela Consultoria Jurídica no Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, o Parecer nº 195/2017/CONJUR/MT/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União - Dr. João Paulo Santos Borba, também integrante desta CPPAD, devidamente aprovado pela Titular daquela Unidade Jurídica em 24 de março de 2017, que abordou dúvida suscitada por sua Corregedoria, quanto ao prazo a ser observado em caso de ilícitos administrativos também capitulados como crime. Referido opinativo, de maneira clara e precisa, elucidou a questão dizendo que "***em regra, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, quando houver iniciado a jurisdição penal.***" Confira-se os principais excertos do opinativo (Sequencial nº 4):

"1. (...) a Secretaria Executiva do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil encaminha a esta Consultoria Jurídica, para análise e manifestação, o Processo Administrativo nº 50000.011300/2017-49, cujo

teor versa sobre consulta formulada pela Corregedoria deste Ministério a respeito do prazo prescricional a ser observado em caso de ilícitos administrativos disciplinares que também constituam ilícito penal, mesmo quando ainda não houve a instauração de ação penal.

(...)

7. É imperioso consignar que existem precedentes do Superior Tribunal de Justiça - STJ a respeito da exegese do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, no sentido de que, em regra, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, quando houver iniciado a jurisdição penal (STJ, **MS 17.536/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13/04/2016, DJe 20/04/2016; STJ, **MS 20.936/DF**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 12/08/2015, DJe 14/09/2015).

8. Os citados precedentes do STJ são de relevância singular na interpretação e aplicação da Lei nº 8.112, de 1990, pela Administração Pública Federal, uma vez que o referido Sodalício é o guardião da legislação federal, cabendo a função de uniformizar o entendimento sobre a legislação infraconstitucional (vide art. 102, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal).

9. Destaque-se, ainda, que existe posicionamento na doutrina pátria na mesma direção do STJ, no que concerne à exegese do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990.

10. Os ensinamentos doutrinários abaixo transcritos robustecem a assertiva sobre a aplicação dos prazos prescricionais estabelecidos na legislação penal na seara disciplinar, *in verbis*:

‘(...)

No entanto, *‘a mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia, obsta a aplicação do regramento da legislação penal para fins de prescrição, devendo esta ser regulada pela norma administrativa, especificamente, o caput do aludido art. 142 da norma estatutária’*

E mais:

a) *‘Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional. Precedentes’.*

b) *‘Ao interpretar normas de conteúdo semelhante, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, havendo sentença penal condenatória, o prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração será o correspondente à reprimenda aplicada, em concreto, na esfera criminal’.* (LESSA, Sebastião José. Direito Disciplinado Aplicado - Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 219.)

11. Assim, tem-se que o atual posicionamento adotado por esta Consultoria Jurídica, fundado em julgados do STJ e na argumentação doutrinária sobre o assunto, a respeito da aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, é no seguinte sentido: *em regra, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, quando houver iniciado a jurisdição penal, por meio de denúncia ajuizada pelo Ministério Público.*

12. Em relação ao julgado do Supremo Tribunal Federal (STF - AgR RMS: 31506 DF, Relator: Min. Roberto Barroso, DJe-059 26-03-2015), citado em Nota Técnica nº 1/2017/PC17-CPAD/CPAD/CORREG/SE-MT, convém asseverar que a citada decisão possui relevância no cenário jurídico, porém sua eficácia é *inter partes*, razão pela qual sua decisão só produz efeitos para as partes integrantes do citado Processo Judicial.

13. A respeito dos efeitos jurídicos do precedente judicial advindo do STF no sistema jurídico pátrio, cumpre colacionar o seguinte trecho de obra doutrinária sobre a matéria, *in verbis*:

(...)

No Brasil, há algumas hipóteses em que os precedentes têm força vinculante - é dizer, em que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante;

(i) a 'súmula vinculante' em matéria constitucional, editada pelo Supremo Tribunal Federal na forma do art. 103 - A, da Constituição Federal, e da Lei Federal n. 11.417/2006, tem eficácia vinculante em relação ao próprio STF, a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; (...)

(ii) o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante em relação ao próprio tribunal;

(iii) em função da 'objetivação' do controle difuso de constitucionalidade, pensamos que os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula vinculante, têm força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país;

(iv) decisão que fixa a tese para os recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 543 - B e 543 - C). (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Volume 2. 5ª ed. JusPodvim: Bahia, 2010, p.389).

14. Assim, considerando que a decisão do STF anteriormente citada (AgR RMS: 31506 ...) não foi proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tem-se que os seus efeitos não são estendidos a todos (*erga omnes*) e, conseqüentemente, não vincula a Administração Pública Federal.

15. Diante da controvérsia existente sobre a interpretação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, afigura-se que os pareceres anteriormente emitidos por esta Consultoria, dentre eles, o PARECER nº 0357/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU e o PARECER nº 0450/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU, não merecem reparo, notadamente no que se refere à interpretação conferida ao citado dispositivo legal, visto que foram embasados em precedentes jurisprudenciais do STJ e do entendimento da doutrina pátria, como já foi dito alhures.

16. Ante os fundamentos anteriormente articulados e considerando as repetidas manifestações da jurisprudência do STJ e da doutrina pátria sobre o assunto, afigura-se que, atualmente, a interpretação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser no seguinte sentido: em regra, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, quando houver iniciada a jurisdição penal.

17. Por fim, considerando a relevância do assunto e a natureza interministerial da interpretação do dispositivo legal acima mencionado, é recomendável que a consulta acima deduzida seja submetida à análise da Consultoria-Geral da União, tendo em vista a necessidade de preservar a uniformidade de tratamento pelas demais unidades da Administração Pública Federal e de garantir a segurança jurídica no assunto.

III - CONCLUSÃO

18. Sendo assim e considerando as razões acima expostas, recomenda-se o encaminhamento da consulta formulada pela Corregedoria deste Ministério à Consultoria-Geral da União, com o escopo de ratificar, se for o caso, o entendimento a respeito da interpretação a ser conferida ao art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, no sentido de que: *‘em regra, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, quando houver iniciado a jurisdição penal’.*” (g.n.)

Insta observar com relação ao julgado citado no parecer acima, no AgR do RMS nº 31.506 do STF, havia inquérito policial, conforme trataremos no item próprio.

Em seguida, a Consultoria Jurídica no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, com o objetivo de subsidiar a questão, emitiu o Despacho nº 215/2017/CONJUR/CGU/AGU, informando que aquela Pasta, na condição de órgão central de correição, expediu enunciado em sentido diverso ao entendimento constante do opinativo acima transcrito. Confira-se (Sequencial nº 6):

"(...)

3. É de se destacar que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), na condição de Órgão Central de Correição do Poder Executivo Federal, editou um enunciado sobre o tema levantado pela CONJUR-MT com a seguinte redação:

Enunciado CGU nº 05 de 19 de outubro de 2011

Prescrição Disciplinar. Crime. Persecução Penal.

Para aplicação de prazo prescricional, nos moldes do § 2º do art. 142 da lei 8.112/90, não é necessário o início da persecução penal. (DOU 24.10.11, Seção I, pág.6)

4. Ressalta-se que a aprovação do referido enunciado seguiu os ditames estabelecidos no Decreto 5.480, de 2006, que dispõe que compete ao Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição.

5. Ademais, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, teve oportunidade de analisar um caso concreto em que essa questão foi enfrentada. No MS 24013, o Pleno do STF entendeu que se o ilícito disciplinar também for capitulado como crime, há que se calcular a prescrição da sanção disciplinar com base nos prazos de prescrição previstos na lei penal, independentemente da instauração de processo penal a respeito. Por sua clareza, transcreve-se a ementa do julgado:

‘EMENTA:

I. Processo administrativo disciplinar: renovação. Anulado integralmente o processo anterior dada a composição ilegal da comissão que o conduziu - e não, apenas, a sanção disciplinar nele aplicado -, não está a instauração do

novo processo administrativo vinculado aos termos da portaria inaugural do primitivo.

II. Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em consequência se veio a renovar -, se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, **independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito.**'

6. Assim, é de se concluir que o entendimento materializado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, na condição de Órgão Central de Correição do Poder Executivo, atende de forma mais abrangente o interesse público e a efetividade do poder sancionador do Estado." (g.n.)

Relevante ressaltar que o julgado mencionado acima, MS 24.013 do STF, havia inquérito policial em curso.

Na sequência, devido a relevância do tema, foi instada para se manifestar, a Procuradoria-Geral da União, sobre o que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça nesta matéria e, mediante a NOTA JURÍDICA Nº 4743/2017/PGU/AGU, de 1 de agosto de 2017, da lavra da Advogada da União - Dra. Karina Nathércia Sousa Lopes, também colaboradora desta CPPAD, aprovada pela Diretora do Departamento de Servidores Cíveis e de Militares da citada Unidade, vieram os esclarecimentos, acompanhados de julgados daquela Corte no sentido de que a incidência da regra do art. 142 § 2º da Lei nº 8.112, de 1990, é possível "apenas nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público for objeto de apuração na esfera criminal, sendo insuficiente a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração na esfera penal." Confira-se (Sequencial nº 17):

"(...)

5. No que é concernente ao posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme pesquisa realizada, explícito que este Tribunal ensina que incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90 apenas nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público for objeto de apuração na esfera criminal, sendo insuficiente a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração na esfera penal.

6. Trago à colação alguns precedentes, que corroboram essa linha de raciocínio:

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ART. 117, XI E 132, IV E XI, DA LEI 8.112/1990. "OPERAÇÃO POEIRA NO ASFALTO". **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA REGRAS DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990.** NULIDADE DA PORTARIA INSTAURADORA DO PAD. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DA DESCRIÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS. PRECEDENTES. USO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPÇÃO TELEFÔNICA. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL E OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. **JUNTADA DE SENTENÇA PENAL NA FASE DE PRONUNCIAMENTO DA CONSULTORIA JURÍDICA.** INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. MERO REFORÇO

ARGUMENTATIVO. EXISTÊNCIA DE PROVAS CONTUNDENTES DA INFRAÇÃO FUNCIONAL. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

4. Em regra é de 05 (cinco) anos o prazo prescricional em relação às infrações puníveis com demissão, a teor do disposto no art. 142, I, da Lei 8.112/1990, a pretensão punitiva estatal findar-se-ia, em tese, em 26/10/2010. **Contudo, no caso dos autos, incide a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual 'os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas TAMBÉM como crime'**, isto porque o impetrante também foi denunciado no âmbito penal, mais precisamente nos autos das Ações Penais nºs 2004.51.01.537117-0 e 2004.51.01.537118-1, em trâmite perante a 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, pela prática dos crimes de corrupção passiva qualificada (art. 317, § 1º, do Código Penal), advocacia administrativa (art. 321, parágrafo único, do Código Penal) e de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), em concurso material (art. 69 do Código Penal), vindo a ser **condenado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 01 (um) mês de reclusão/detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa, em regime semi-aberto, bem como à perda do cargo público**, na forma do art. 92, I, do Código Penal. (...) 11. Segurança denegada.'

(STJ, MS 17.536, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 20.04.16)

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 117, IX C/C ART. 132, IV E XIII, DA LEI 8.112/1990. 'OPERAÇÃO 14 BIS'. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990 C/C ART. 109, II, DO CÓDIGO PENAL.** ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

3. Em relação ao prazo prescricional, incide no caso a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime", isto porque o impetrante TAMBÉM foi denunciado na esfera penal nos autos da Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4, em trâmite perante a 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, pela prática dos crimes de contrabando e descaminho (art. 318 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317 do Código Penal c/c art. 3º, II, da Lei 8.137/1990) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). (...)

11. Segurança denegada.' (g.n.)

(STJ, MS 20.936, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 14/09/2015)

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. **DISCIPLINAR.** TÉCNICO AMBIENTAL. IBAMA. APURAÇÃO DE FRAUDES NA FISCALIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE GENERALIDADE NA INSTAURAÇÃO. NÃO VERIFICADA. INDICAÇÃO DOS PROCESSOS APURADOS E CONDUTAS INVESTIGADAS. DESNECESSIDADE DE DETALHAMENTO. PRECEDENTE. TERMO DE INDICIAMENTO. DESCRITIVO E CLARO. **NÃO**

OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. INFRAÇÕES QUE SÃO CAPITULADAS COMO CRIMES. AÇÃO PENAL EM CURSO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE MÁCULA. PRECEDENTE. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DA COMISSÃO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

4. Está claramente indicado que o impetrante TAMBÉM responde ação penal pelos mesmos fatos (fl. 4.596) e, portanto, deve ser aplicado o prazo prescricional penal, nos termos do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/90. Precedente idêntico: MS 16.582/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 1º.2.2013. No mesmo sentido no STJ: MS 16.581/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.3.2014. **No mesmo sentido, no STF: RMS 32.034/DF**, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Processo Eletrônico publicado no DJe-193 em 2.10.2013; e **MS 24.013/DF, Relator Min. Ilmar Galvão**, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ em 1º.7.2005.' (g.n.)

(STJ, MS 16.614, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 14/04/2016)

'PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/1990. PRESCRIÇÃO DA LEI PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE APURAÇÃO DA INFRAÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. É firme o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido que incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90 apenas nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público for objeto de apuração na esfera criminal, sendo insuficiente a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração na esfera penal.

2. Precedentes: MS 17.535/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/09/2014, DJe 15/09/2014; MS 13.926/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, julgado em 27/02/2013, DJe 24/04/2013; MS 14.159/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 24/08/2011, DJe 10/02/2012; MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 27/10/2010, DJe 26/11/2010; MS 14.320/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 28/04/2010, DJe 14/05/2010.

3. Agravo regimental não provido.' (g.n.)

(STJ, AgRg no AREsp 681345, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 27/05/2015)

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO CRIMINAL NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO OU DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA.**

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a segurança ao pleito mandamental de nulidade da aplicação da pena de demissão contra servidor público estadual. O impetrante sustenta a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, bem como alega ter sido a penalidade desproporcional em relação à conduta apurada.

2. Deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que a demissão ocorreu com a publicação da Portaria no Diário Oficial em 14.3.2012, tendo sido o inquérito instaurado em 30.3.2009; mesmo acrescidos os 140 dias adicionais no caso do Rio Grande do Sul, nos termos do RMS 25.076/RS, o prazo findaria em 17.8.2011.

3. Para haver o cálculo da prescrição administrativa com atenção ao prazo previsto na legislação penal, resta imperioso que tenha havido, ao longo do período de processo disciplinar, a instauração de inquérito policial ou o ajuizamento de ação penal; providência que não foi realizada no caso concreto.

4. **‘Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor público não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional. Precedentes.’ (MS 12.090/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJ 21.5.2007). Recurso ordinário provido.’ (g.n.)**

(STJ, RMS 38.992, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 02/12/2013)

‘ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.** PRELIMINARES. PREVENÇÃO. NECESSIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LITISPENDÊNCIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DOS FATOS PELA AUTORIDADE COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR ADMINISTRATIVAMENTE. LITISPENDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIVERSAS PRELIMINARES. NÃO OCORRÊNCIA. QUESTÕES JÁ APRECIADAS PELA TERCEIRA SEÇÃO. MÉRITO. NULIDADE. INTEGRANTES DA COMISSÃO PROCESSANTE. PARTICIPAÇÃO EM PROCESSOS DA ESFERA CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. PARCIALIDADE PARA O JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA JÁ DECIDIDA EM OUTROS WRITS IMPETRADOS EM RAZÃO DA MESMA OPERAÇÃO POLICIAL. PRECEDENTES ESPECÍFICOS. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

4. Como bem indicado no parecer ministerial, sendo a conduta tipificada como um ilícito administrativo e também penal, uma vez iniciada a ação penal correspondente, o prazo prescricional na esfera administrativa será o previsto no Código Penal, consoante disposto no art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990.

(...)

(STJ, MS 12.085, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 07/06/2013)

‘ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. **PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.** PORTARIA CONJUNTA DO MINISTRO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. DECADÊNCIA DO DIREITO À IMPETRAÇÃO. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO PAD. PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. **INFRAÇÃO PUNÍVEL COM DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL DA CONDUTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PREVISTA NO ART. 142, INC. I, DA LEI Nº 8.112/1990.** INÍCIO. CIÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE PARA INSTAURAR A INVESTIGAÇÃO. FLUÊNCIA.

1. O mandado de segurança impugna a abertura do Processo Administrativo Disciplinar nº 00406.000728/2008-34 mediante portaria conjunta que foi subscrita pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral

Federal, por isso não há falar em ilegitimidade passiva do Titular da pasta da Previdência.

2. O ato indicado como coator Portaria Conjunta nº 18, de 26/8/2008 apenas prorrogou o prazo para a conclusão do processo disciplinar em referência, cuja instauração, na verdade, foi efetivada pela Portaria Conjunta nº 5, de 14/3/2008. No entanto, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para o ajuizamento da ação mandamental deve ser contado da data em que o titular do direito tomou conhecimento do ato lesivo, o que ocorreu em 5/9/2008, quando o impetrante foi notificado da existência do PAD, daí ser este o marco inicial da decadência, que, desse modo, não fluiu inteiramente até a data da impetração (17/10/2008).

3. Preliminar de ilegitimidade passiva e prejudicial de decadência rejeitadas.

4. O art. 142, inc. I e § 1º, da Lei nº 8.112/1990 dispõe que a prescrição da ação disciplinar é quinquenal, quando imputadas infrações puníveis com demissão. Por sua vez, a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do servidor. (g.n.)

(STJ, MS 13926, Relator Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 24/04/2013)

7. Diante de todo o exposto, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para interpretação da legislação infraconstitucional, posiciona-se de forma consolidada no sentido de que a aplicação do prazo prescricional inserto na legislação penal impõe a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do servidor, processado em âmbito disciplinar'." (g.n.)

É o que importa relatar.

A Lei nº 8.112, de 1990, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais em seu art. 142 § 2º dispõe o seguinte:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. (g.n.)

A regra da prescritibilidade tem por objetivo assegurar a estabilidade entre o Poder Público e os seus subordinados, por essa razão vige em nosso sistema o instituto da prescrição.

Destarte, com relação a interpretação a ser dada ao disposto no § 2º do art. 142 do RJU faz-se oportuno mencionar precedente desta Instituição sobre o assunto que merece ser revisto.

REVISÃO E SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO (*OVERRULING*) DO PARECER AGU Nº GQ - 164, PUBLICADO NO DOU DE 28.09.98

Insta observar que este tema foi tratado no Parecer Vinculante AGU nº GQ - 164, publicado no DOU de 28.09.98. Referido opinativo enfrenta o assunto em dois momentos. O primeiro, na ementa, da seguinte forma:

"EMENTA:

I - (...)

II - **Em decorrência de a 'lesão aos cofres públicos' corresponder ao crime de peculato, a respectiva ação corretiva extingue-se em dezesseis anos.**"
(g.n.)

O segundo momento, já no bojo do opinativo, o parecerista relata que, se o fato objeto da apuração no processo administrativo disciplinar se enquadra em dispositivo da Lei nº 8.112, de 1990, que tem correspondente no Código Penal, *in casu*, lesão aos cofres públicos na esfera administrativa (art. 132, inciso X) corresponde ao crime de peculato na seara penal. Portanto, a ação disciplinar prescreveria em 16 (dezesseis) anos, todavia, por não haver elementos suficientes para determinar a autoria das infrações (lesão aos cofres públicos e desídia), sugere o arquivamento do apuratório. Confira-se:

"(...)

45. A aplicação das normas estatutárias que regem a prescrição da ação disciplinar há de ser feita em vista também do comando do § 2º do art. 142, da Lei nº 8.112, supratranscrito, isto é, os prazos pertinentes às infrações disciplinares, previstas também como crime, são contados nos moldes da lei penal. Estes os casos em que a lei, de forma única, admite a incidência das normas penais. Em se referindo a essas facetas prescricionais apenas, pretendeu o legislador excluir outras espécies de interferências do Direito Penal no Disciplinar, dadas suas diferenciações quanto às suas naturezas e finalidades, conforme visto. Qualquer outra incidência somente será decorrência do princípio constitucional da legalidade.

46. Na hipótese em que a irregularidade administrativa estiver prevista, da mesma forma, como crime, caberá ao administrador o dever de invocar a prescrição a que se refere o art. 109 do Código Penal, abstraindo-se do disposto no art. 142 da Lei nº 8.112, por determinação do seu § 2º, relativamente aos fatos ocorridos na vigência deste diploma legal (...)

47. Portanto, **embora não tenha se verificado a prescrição**, deve ser arquivado o presente processo, em face de não ter sido determinada a autoria da lesão aos cofres públicos, nem caracterizada a desídia." (g.n.)

Destarte, mostra-se imperativo ressaltar que o tema tratado no citado parecer vinculante, à época, a questão *sub lúmen* serviu como base argumentativa para o deslinde de casos concretos ocasião em que foi fixado o entendimento de que "*se a irregularidade administrativa estiver prevista, da mesma forma, como crime, caberá ao administrador o dever de invocar a prescrição a que se refere o art. 109 do Código Penal.*"

Importante ressaltar que as soluções dadas para aqueles casos foram em consonância com entendimento vigente à época, de forma que se constituem em ato jurídico perfeito e indene à retroatividade em razão do princípio constitucional da segurança jurídica.

Sobre o *overruling* a irretroatividade de novo entendimento cabe trazer à colação alguns excertos do recentíssimo Parecer vinculante AGU nº GMF-06, aprovado pela Advogada-Geral da União e publicado no DOU de 21.09.17, que bem tratou da matéria:

"47. O primeiro aspecto do princípio da segurança jurídica, de ordem objetiva, aproxima-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei, e versa sobre critérios de interpretação das normas administrativas, **vedando objetivamente a aplicação retroativa de nova interpretação, in literis:**

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

48. Ainda por este prisma, anota a Professora Di Pietro que as leis, em razão do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. Porém, não se ignora a possibilidade de mudança de orientação pela Administração Pública o que provoca, por consequência lógica, certa insegurança jurídica porque os interessados desconhecem o momento em que sua situação poderá ser contestada pela própria Administração Pública. Neste cenário, não se admite que os administrados tenham seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo, justificando-se aí a regra que veda a aplicação retroativa.

49. Nesta mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça, já fixou o entendimento de que, ocorrendo nova interpretação administrativa, esta vinga para as situações que se consolidarem posteriormente, nos moldes da Lei nº 9.784, de 1999, conforme espelhado no seguinte precedente, dentre outros, *in verbis*:

‘No caso em questão, dúvida alguma há que está sendo dada nova interpretação administrativa para o âmbito da Justiça do Trabalho, no bojo de processo administrativo, pelo que essa interpretação que agora se propõe deve gerar apenas efeitos para as futuras remoções, de molde a que os tribunais possam efetuar o correto planejamento orçamentário a fim de prever despesas de ajuda de custo nas remoções, de molde, pois entender o contrário implicaria em descumprir preceito legal (Lei 9.784/99). Acredito, portanto, que é imperativo que esse Conselho reconheça que caso essa lei é norma de aplicação obrigatória, o que implica vedar qualquer efeito patrimonial nas remoções pretéritas...’ (CNJ-PPs 200710000007809 e 2007710000011825. Rel. Cons. Jorge Maurique, julgado em Sessão de 04/12/07) (grifei)

50. Já o segundo aspecto evidencia o espectro subjetivo do instituto da segurança jurídica, qual seja, o princípio da proteção à confiança ou da confiança legítima e estabelece inovadoramente prazo decadencial de cinco anos para os atos administrativos ablativos de direito, salvo comprovada má-fé:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

51. O citado dispositivo legal é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela), conforme classicamente se reconhece, não raras vezes esta revisão, pode não ser realizada a tempo e modo, seja porque se desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião, de forma que se permite

que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, consolidem-se, tornando-se, pois, mercedores da salvaguarda do ordenamento jurídico.

52. Neste ponto, tem-se que, se o referido dispositivo da Lei nº 9.784, de 1999 reveste-se em segurança jurídica a favor do administrado verifica-se, também, na legislação ordinária, a existência de prazo prescricional quinquenal para o ex-servidor requerer a revisão de sua demissão. Isto é, o sistema jurídico apresenta-se em sua dualidade e aponta para a segurança jurídica para as relações como um todo.

53. Sobre este último enfoque, a desconstituição do ato administrativo de demissão, por se tratar de ato único de efeitos concretos, subordina-se ao lapso prescricional de cinco anos, na forma do artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 1932. Assim, caso não tenha sido exercitado o direito de ação dentro do prazo previsto em lei, a prescrição alcança o próprio fundo do direito. Neste sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial, consolidou a exegese de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo, *in verbis*:

‘EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a ação que objetiva reintegração de servidor público deve ser proposta no prazo de cinco anos (artigo 1º do Decreto nº 20.910/32) do ato de demissão, ainda que se trate de ação ajuizada em face de ato nulo.

2. Agravo regimental improvido.’

(AgRg nos EREsp 545.538/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 05/11/2009)

54. Desta feita, e tendo-se como imperativo a superação do entendimento exposto nos retrocitados Pareceres Vinculantes, cumpre apontar, por derradeiro, os mecanismos hábeis para tal mister utilizando-se, para tanto, e de forma subsidiária, a novel sistemática de precedentes trazida pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 15, *in litteris*:

Art. 15. **Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.** (grifei)

55. Abraçando a doutrina *ostare decisis* dos países de tradição de *common law*, por meio da edição do Novo Código de Processo Civil, o Direito brasileiro percebeu a importância de se ter uma coerência e previsibilidade das decisões judiciais que são tão necessárias à própria estabilidade do Direito, de forma que não se pode admitir que situações juridicamente idênticas tenham um desfecho tão distinto dado pelos corpos decisórios.

56. Segundo o Professor Elpídio Donizetti, *ostare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. Ainda de acordo com o autor, a existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade

declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

57. Não obstante, revela-se que essa procura de estabilidade sistêmica há muito inspira o Direito brasileiro, que buscava suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, para tal tarefa, sucedâneos normativos ao *stare decisis*, a exemplo do controle abstrato de normas, ADIn interventiva, ADC, súmulas vinculantes, competência dada ao Senado para suspender em todo ou em parte parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário e, pela mesma lógica jurídica, os Pareceres Vinculantes aprovados pelo Presidente da República. Entretanto, seja pela via normativa ou pelos mecanismos de estabilidade do *stare decisis*, **os entendimentos firmados não podem e nem devem possuir caráter absoluto e atemporal.**

58. Voltando-se à sistemática do *stare decisis*, é imperioso ressaltar que a formação do precedente ocorre apenas pela razão de decidir do julgado, ou seja, pela sua *ratio decidendi*. Noutros termos, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

59. Neste diapasão, para que haja correta aplicação do precedente judicial ao caso concreto, competirá ao julgador a função de conferir se a demanda sob julgamento encontra similitude com o precedente, devendo-se analisar os elementos objetivos da demanda em comparação aos elementos caracterizadores dos casos antecedentes, por meio da utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguishing*) e de técnicas de superação (*overruling* e *overriding*), as quais merecem algumas considerações.

60. Quanto ao *distinguishing*, observa-se que se trata de um método de confronto "pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma". Assim, se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá ater-se à hipótese sub judice sem se vincular ao julgamento anterior.

61. Já o *overruling* é o procedimento por meio do qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra *ratio decidendi*. É técnica de superação do precedente e não apenas de aplicação, interpretação ou confronto de decisões judiciais. À semelhança da revogação de uma lei por outra, pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o órgão julgador manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito.

62. Esclarece-se, por pertinente, que a superação de um precedente justifica-se, à medida que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas. Assim, por mais que se almeje do sistema jurídico soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar o teor das razões de decidir

nas decisões prolatadas, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento.

63. Por tais razões é que a doutrina - amparada nas teorias norte-americanas - propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço, conforme aqui já mencionado, tem-se o chamado *overruling*, técnica que se difere do *distinguishing*, à medida que este se caracteriza pela conformação do caso à *ratio decidendi*, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

64. Ainda segundo o Professor Elpídio Donizetti, por intermédio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, há que se construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

65. Por fim, quanto aos efeitos da nova *ratio decidendi*, o próprio CPC, em seu art. 927, elenca as regras para efeito temporal do precedente, superação e distinção.

66. Debruçando-se sobre o supracitado dispositivo legal, verifica-se que vige o entendimento de que a nova interpretação aplica-se aos casos em andamento, ou seja, às demandas pendentes de julgamento, valendo, portanto, a regra *tempus regit actum*. Por outro lado, aqueles casos que já tenham sido decididos sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada ou, *in casu*, e por analogia, do ato jurídico perfeito, conforme dispõe, inclusive, o já mencionado inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

67. Esclarece-se, ainda, que como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos (art. 927, § 3º). Todavia, essa modulação vale para os processos que ainda estejam em andamento, não sendo possível falar-se em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial ou violação ao ato jurídico perfeito.”

Nesse contexto, assim como no caso do Parecer AGU nº GMF-06, publicado no DOU de 21 de setembro de 2017, entende-se necessário firmar a superação do entendimento (*overruling*) do Parecer AGU nº GQ - 164, publicado no DOU de 28 de setembro de 1998, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, para firmar o entendimento de que incide a regra do art. 142, § 2º da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal.

Referido assunto foi objeto de estudo por esta Consultoria-Geral da União, conforme se constata do Parecer nº 32/2010/DECOR/CGU/AGU, da lavra do Advogado da União - Dr. Rafael Figueiredo Fulgêncio, aprovado pelo Consultor-Geral da União em 9 de abril de 2010, que embasado nas decisões dos Tribunais, também pontua a necessidade de persecução penal para a aplicação do § 2º do art. 142, da Lei nº 8.112, de 1990. Confira-se:

"(...)

2. (...) A dúvida pertine à identificação do prazo prescricional. Questiona-se se o fato de o interessado não ter sido indiciado criminalmente afasta a incidência da regra do artigo 142 § 2º, da Lei nº 8.112/90.

(...)

8. Da sistemática exposta alhures, sobressai que a regra insculpida no § 2º do artigo 142, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretada como uma exceção. Primeiramente, porque prevalece em nosso ordenamento jurídico a independência entre as instâncias civil, penal e administrativa. Neste sentido, os artigos 66 do Código de Processo Penal e 935 do Código Civil, e, a contrario sensu, o artigo 126 da Lei nº 8.112/90. O próprio posicionamento topológico da norma, inserto em um parágrafo, ratifica tal entendimento.

9. De fato, o § 2º do art. 142, da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado restritivamente. O parâmetro para a aplicação da norma em estudo deve partir das instâncias criminais, sem as quais não se pode admitir sua incidência. Se o fato foi de tal modo irrelevante, não justificando sequer a abertura de inquérito policial, não há argumentos que militem pela relativização da independência entre as instâncias, fazendo incidir a legislação penal em seara exclusivamente administrativa. Significa dizer que o prazo previsto na legislação penal somente será aplicável ao processo administrativo disciplinar se a conduta em debate for, ao menos, investigada na instância penal.

(...)

12. Por fim, pontue-se a existência de um argumento mais pragmático. O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento firme, forte e reiterado no sentido de que o prazo prescricional será aquele estipulado no Código Penal, apenas se a conduta do servidor for, ao menos, apurada na instância criminal. Neste sentido: (...)” (g.n.)

E, mais recentemente, o tema também foi abordado neste Departamento, mediante o Parecer nº 79/2014/DECOR/CGU/AGU, da lavra da Advogada da União - Dra. Márcia Cristina Novais Labanca, aprovado pelo Consultor-Geral da União em 18 de novembro de 2014, ao tratar da utilização do prazo prescricional penal no processo administrativo disciplinar no caso de absolvição criminal por falta de prova. Confira-se ementa e principais excertos do opinativo:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DISCIPLINAR. PRAZO PRESCRICIONAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CAPITULADA COMO CRIME. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. FALTA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL. § 2º DO ART. 142 DA LEI Nº 8.112, DE 1990.

I - a absolvição criminal por falta de prova não afasta a aplicação do prazo prescricional penal em relação à infração administrativa, também capitulada como crime, a teor do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

(...)"

Diante disso, manifestei-me nos autos de nº 00400.006689/2013-04, sugerindo a oitiva da Procuradoria-Geral da União, já que a manifestação deste Departamento a respeito da matéria (PARECER Nº 032/2010/DECOR/CGU/AGU) estava lastreada na orientação jurisprudencial do STJ.

Na oportunidade destaquei:

"Conforme visto, o entendimento adotado por este Departamento a respeito da matéria (PARECER Nº 032/2010/DECOR/CGU/AGU) está calcado na orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Embora não sumulada a matéria, conforme destacou a CGAU, não se pode olvidar o fato de que compete ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional, nos termos do art. 105 da Constituição Federal.

Deste modo, se a jurisprudência do STJ vem se consolidando na linha do entendimento adotado no PARECER Nº 032/2010/DECOR/CGU/AGU, a adoção pela Administração de entendimento diverso, poderá implicar na provável derrota da União nas ações judiciais que vierem a discuti-lo...

(...)"

II - UTILIZAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, NO CASO DE HAVER ABSOLVIÇÃO CRIMINAL POR FALTA DE PROVA

Conforme visto, PGFN e CGAU entendem que a absolvição criminal por falta de prova não afasta a aplicação do prazo prescricional penal em relação à infração administrativa, também capitulada como crime, a teor do art. 142, § 2º da Lei nº 8.112, de 1990.

A meu ver, não merece reparo o citado entendimento.

De fato, a regra é a independência das instâncias, conforme prevê o art. 125 da Lei nº 8.112, de 1990. As penalidades aplicadas na esfera cível, administrativa e penal têm natureza e finalidades distintas.

Essa independência, porém, não é absoluta. A própria lei a mitigou, prevendo expressamente as hipóteses em que a decisão judicial vinculará a esfera administrativa, ou seja, no caso de negativa do fato ou da autoria. Eis a regra contida no art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990:

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

Com isso, resta claro que a absolvição criminal por ausência de prova não tem o condão de vincular a esfera administrativa-disciplinar. E isso faz todo sentido porque, ainda que o conjunto probatório seja insuficiente para promover a condenação criminal, talvez não o seja para fins de punição disciplinar, cuja pena é menos gravosa se comparada àquela infligida criminalmente.

Logo, remanesce a possibilidade de a Administração apenar disciplinarmente a infração administrativa capitulada como crime e, por consequência, aplicar o prazo prescricional penal, conforme previsto no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

"(...)

14. Dessume-se, portanto, que absolvição criminal não irradiará efeitos nas instâncias cíveis e administrativas, salvo se reconhecida a inexistência do fato ou a negativa de autoria. O tema, inclusive, é objeto de jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal:" (g.n.)

Destarte, por todo o exposto e diante das informações fornecidas pela Procuradoria-Geral da União, alinho-me as conclusões constantes do Parecer nº 195/2017/CONJUR/MD/CGU/AGU, da lavra do ilustre colega Dr. João Paulo Santos Borba, no sentido de que se aplica os prazos de prescrição previsto na lei penal, nos termos do que dispõe o § 2º do art. 142, da Lei nº 8.112, de 1990, às infrações administrativas, em caso de existência de persecução penal, tendo em vista que é entendimento pacífico nesta Casa que as decisões administrativas devem estar em conformidade com a jurisprudência dos

Tribunais Superiores, consoante já afirmava a extinta Consultoria-Geral da União em iterativos pareceres e, posteriormente ratificado por esta Instituição, por meio do Parecer AGU nº GQ-10, publicado no DOU de 1º de novembro de 1993. Confira-se:

"(...)

13. E, ainda, diz que 'assume relevo na observância dessa diretriz, o fato de que a própria Consultoria-Geral da República sempre **orientou no sentido de que a Administração não deve se posicionar contrariamente à jurisprudência solidamente firmada pelos Tribunais pátrios** (Pareceres nºs S-011, de 12.02.86; P-33, de 14.04.83; H - 76 e I - 222, de 11.06.73 e C - 15, de 13.12.60).' (g.n.)

Oportuno informar que esta Casa tem se preocupado em estar afinada com o Poder Judiciário em questões de direito, tanto que, o Advogado-Geral da União editou em 27 de setembro de 2007 a Portaria nº 1.282, devidamente publicada no DOU de 28 seguinte, constituindo Grupo de Trabalho com a *'finalidade de examinar os Pareceres da Advocacia-Geral da União que, nos termos dos arts. 40, caput e § 1º, e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993, vinculam toda Administração Federal e **indicar aqueles que, à luz da evolução legislativa e jurisprudencial, mereçam ser revistos***.' (g.n.)

Referido Grupo, à época, expediu o Memorando-Circular nº 19, de 3 de outubro de 2007, a todos os Departamentos desta Casa, Consultorias Jurídicas e demais órgãos jurídicos da Administração Federal para que encaminhassem sugestões sobre o assunto, várias propostas foram apreciadas, porém, sobre o tema em análise nada foi suscitado porque não havia polêmica.

Porém, atualmente, conforme afirmou a Procuradoria-Geral da União na Nota Jurídica nº 4743/2017/PGU/AGU, de 1º de agosto de 2017, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que a aplicação do prazo prescricional inserto na legislação penal impõe demonstração da existência de persecução penal. Confira-se (Sequencial nº 17):

"(...)

5. No que é concernente ao posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme pesquisa realizada, **explicito que este Tribunal ensina que incide a regra do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90 apenas nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público for objeto de apuração na esfera criminal, sendo insuficiente a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração na esfera penal.**

(...)

7. Diante de todo o exposto, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para interpretação da legislação infraconstitucional, posiciona-se de forma consolidada no sentido de que a aplicação do prazo prescricional inserto na legislação penal impõe a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do servidor, processado em âmbito disciplinar." (g.n.)

Os julgados fornecidos pela mencionada Unidade, já mencionados no item 7 deste opinativo são enfáticos no sentido de que se aplica a legislação penal na seara disciplinar quando o servidor também responde pelo mesmo fato na área penal.

Confira-se, por oportuno, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques no Mandado de Segurança nº 20.936, DJe 14.09.15, mantido pelo Supremo Tribunal Federal no RMS nº 33.937, DJe 21.11.16:

"(...)

E, em regra, é de cinco anos o prazo prescricional em relação às infrações puníveis com cassação de aposentadoria, a teor do disposto no art. 142, I, da Lei nº 8.112/1990.

Contudo, no caso incide a regra do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990, segundo a qual 'os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime', isto **porque o impetrante também foi denunciado na esfera penal nos autos da Ação Penal 2006.61.05.009503-4**, em trâmite perante a 1ª Vara Criminal Federal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, pela prática dos crimes de contrabando e descaminho (art. 318 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317 do Código penal c/c art. 3º, II, da Lei 8.137/1990) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal).

Desta forma, sendo a conduta irregular também tipificada como crime, os prazos prescricionais aplicáveis ao caso são aqueles previstos nos incisos do art. 109 do Código Penal, calculados de acordo com a pena máxima prevista para o crime." (g.n.)

Confira-se a ementa do julgado perante o Supremo Tribunal Federal no recurso manejado contra a decisão acima mencionada:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGÊNCIA: CPC/1973. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E INDIGNIDADE NA FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CAPITULADA COMO CRIME: PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI PENAL. PRECEDENTES.** (...) RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA DESPROVIDO." (g.n.)

Outro voto importante, também do Ministro Mauro Campbell Marques, em recente julgado publicado no DJe de 20.04.16, nos autos do Mandado de Segurança nº 17.536. Confira-se:

"Sendo, em regra, de 05 (cinco) anos o prazo prescricional em relação às infrações puníveis com demissão, a teor do disposto no art. 142, I, da Lei 8.112/1990, a pretensão punitiva estatal findar-se-ia, em tese, em 26 de outubro de 2010.

Contudo, no caso dos autos, incide a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual 'os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime', isto porque o impetrante também foi denunciado no âmbito penal, mais precisamente nos autos das Ações Penais nºs 2004.51.01.537117-0 e 2004.51.01.537118-1, em trâmite perante a 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, pela prática dos crimes de corrupção passiva qualificada (art. 317, § 1º, do Código Penal), advocacia administrativa (art. 321, parágrafo único, do Código Penal) e de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal), em concurso material (art. 69 do Código Penal), conforme peça acusatória acostada às fls. 63/143-e, vindo a ser condenado à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos e 01 (um) mês de reclusão/detenção e 49 (quarenta e nove) dias-multa, em regime

semi-aberto, bem como à perda do cargo público, na forma do art. 92, I, do Código Penal, tudo nos termos da sentença penal condenatória acostada às fls. 12.196/12.818-e.

Desta forma, sendo as condutas irregulares também tipificadas como crime, os prazos prescricionais aplicáveis ao casu são aqueles previstos nos incisos do art. 109 do Código Penal, calculados de acordo com a pena máxima prevista para o crime:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excedea oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano. VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano (destaquei)

No caso, considerando a existência de sentença penal condenatória ainda pendente de transito em julgado, aplica-se o prazo prescricional com base na pena em concreto fixada pelo juízo criminal, nos moldes daquele entendimento firmado pela 5ª Turma do STJ no RMS 21.214/PR, rel. Min. Félix Fischer, Dj 29/10/2007, de modo que o prazo prescricional da pretensão punitiva disciplinar no presente caso é de 12 (DOZE) ANOS, na forma do inciso III do art. 109 do Código Penal, findando-se apenas em 26 de outubro de 2017." (g.n.)

Destarte, conforme salientou a colega no pronunciamento da Procuradoria-Geral da União (Sequencial nº 17), o Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a autoridade julgadora aplicar o disposto no § 2º do art; 142 do RJU, ou seja, o prazo de prescrição do Código Penal para os indiciados em processo administrativo disciplinar, é imprescindível a existência de persecução penal. Em sentido contrário, também é firme a jurisprudência daquele Sodalício no sentido de que, diante da ausência de persecução penal não há como aplicar o disposto no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990. Confira-se os julgados:

"É firme o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor forem objeto de apuração na esfera criminal, observar-se-á o prazo prescricional previsto na lei penal, consoante a determinação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, **sendo insuficiente a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração na esfera penal.**

(...)

In casu, tendo Tribunal de origem decidido não ser o caso de aplicação do prazo prescricional previsto no § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, uma vez que, conforme relatado por ela mesma, à fl. 1.161 do processo eletrônico, 'não foi apurado o tipo penal em sede própria, não havendo sido a autora, em absoluto, condenada em sede de qualquer dos juízos criminais. **Desse modo, mesmo que se entenda que a infração administrativa, objeto do PAD sob análise, seja enquadrada como ilícito penal, não é possível**

aplicar a regra mencionada, justamente por não ter havido apuração em sede criminal' (fls. 316/317-e), **está em sintonia com o entendimento firmado no âmbito do STJ**, a atrair a incidência da Súmula 83/STJ, segundo a qual 'não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida', aplicável tanto ao recurso especial interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional, como àquele interposto com base na alínea "a", conforme já decidiu o STJ.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para NEGAR SEGUIMENTO ao recurso especial." (g.n.)

(STJ - AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 681.345, DJe 27.05.15)

Também do STJ a seguinte decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 13.356, DJe de 01.10.13, que ressalta a necessidade de persecução penal para aplicação do disposto no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, e, na sua ausência o prazo de prescrição a ser observado na seara administrativa disciplinar é o constante do art. 142 da citada Lei. Confira-se:

"EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRAZO CONSTANTE DA LEI N. 8.112/1990. **LEI PENAL. NÃO APLICAÇÃO. AÇÃO PENAL INSTAURADA (DENÚNCIA) POSTERIORMENTE À CASSAÇÃO DO BENEFÍCIO.** SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA PROCEDENTE PARA RESTABELECER O BENEFÍCIO.

1. No momento em que a denúncia foi recebida pelo Juiz na ação penal (3/9/2009), a aposentadoria da impetrante já havia sido cassada, inexistindo apuração criminal concomitante com a persecução administrativa, motivo pelo qual não se aplica o prazo prescricional penal.
(...)

VOTO - O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

(...)

Além disso, não há falar em aplicação do prazo prescricional do Direito Penal, a teor do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, porque não havia ação penal instaurada enquanto o processo administrativo seguia o seu curso- levando-se em conta tanto a auditoria no processo de concessão do benefício do cônjuge quanto o processo administrativo disciplinar instaurado em desfavor da impetrante.

Por oportuno, destaco que, no momento em que a denúncia foi recebida (3/2/2009), a aposentadoria da impetrante já havia sido cassada, inexistindo apuração criminal concomitante com a persecução administrativa, motivo pelo qual não se aplica o prazo prescricional penal.
(g.n.)

Observa-se, por oportuno, que os relatores dos julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, sustentam suas decisões citando precedentes da Suprema Corte. Confira-se o que foi afirmado no voto do Ministro Humberto Martins nos autos do Mandado de Segurança nº 16.614, DJe 14.04.16, transitado em julgado em 06.06.16:

"(...)

4. Está claramente indicado que o impetrante também responde ação penal pelos mesmos fatos (fl. 4.596) e, **portanto, deve ser aplicado o prazo prescricional penal, nos termos do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/90.**
Precedente idêntico: MS 16.582/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin,

Primeira Seção, DJe 1º.2.2013. No mesmo sentido no STJ: MS 16.581/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19.3.2014. **No mesmo sentido, no STF: RMS 32.034/DF**, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, ... DJe 2.10.2013; e **MS 24.013/DF**, Relator Min. Ilmar Galvão, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 1º.7.2005)." (g.n.)

Insta observar que nas decisões proferidas pela Suprema Corte, citadas pelo Superior Tribunal de Justiça, constata-se que todos os casos em que foi aplicada a norma do § 2º do art. 142 do RJU, os servidores públicos indiciados e posteriormente demitidos, concomitantemente, sobre os mesmos fatos apurados na seara disciplinar, também tinham em curso persecução penal. Confira-se os casos.

A decisão do **Supremo Tribunal Federal** mais citada por todos é a constante do **Mandado de Segurança nº 24.013**, Tribunal Pleno, publicada no DJ de 01.07.2005, Relator originário Ministro Ilmar Galvão e Relator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence. Nesta decisão cabe destacar que o indiciado estava sendo investigado em inquérito policial, conforme consta no relatório da decisão, inclusive, condenado posteriormente em ação penal. Confira-se:

"II. **Infração disciplinar**: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em consequência veio a renovar -, se, **em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito.**
(...)"

RELATÓRIO

(...)

Aduz, ainda, não haver falar de aplicação ao caso, do § 2º do mencionado art. 142, que fixa nos termos da lei penal a prescrição da atuação punitiva nas faltas administrativas tipificadas como crime, posto não consubstanciarem os atos a ele imputados delitos contra a Administração Pública, o que teria sido reconhecido pelo próprio Senado Federal em processo disciplinar anterior, anulado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MS 22.644, e seria reforçado pelo fato de que o inquérito policial para a investigação de possível corrupção passiva já tramita há oito anos, sem que o Ministério Público tenha oferecido denúncia.

(...)

VOTO

(...)

Desse modo, a atual controvérsia, como visto, resume-se à caracterização, ou não, da prescrição para a punição administrativa disciplinar do impetrante, o que se relaciona com a questão de ser, ou não, a infração a ele imputada igualmente capitulada como ilícito penal.

A segunda questão condiciona a análise da primeira, posto ser decisiva para a aplicação ou do inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90 ou do § 2º do mesmo dispositivo legal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.242, Rel. Ministro Carlos Velloso, entendeu que os atos descritos no mencionado inciso XII ('receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições') são tipificados no art. 317 do Código Penal ('solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem'), **o que importa a aplicação, no processo disciplinar, dos prazos prescricionais previstos na lei penal, como estabelecido pelo § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.**

Tal circunstância em nada se modifica pelo fato de o inquérito policial que investiga, na esfera criminal, o impetrante não haver sido concluído, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes, como igualmente asseverado no citado precedente.

(...)

Por outro lado, as alegações de que as acusações veiculadas no processo administrativo disciplinar são improcedentes ou insuficientes para a caracterização do delito do art. 317 do Código Penal refojam ao âmbito do mandamus, que não admite ampla dilação probatória.

Assentada, assim, a indicência, no caso, do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, resta analisar a ocorrência da alegada prescrição.

Como reconhecido na própria inicial, a Administração tomou conhecimento dos fatos examinados no processo administrativo em questão em 20.10.93, sendo tal data, conforme o § 1º do art. 142 do Estatuto dos Servidores Cíveis da União, o termo inicial da contagem do prazo prescricional.

Já o crime de corrupção passiva, tipificado no art. 317 do Código Penal, é punido com pena de reclusão de um a oito anos. A prescrição da pretensão punitiva de tal delito, em conformidade com o art. 109 do CP resta configurada em doze anos, prazo que, como visto, é aplicado ao processo administrativo disciplinar, por força do citado § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

Assim, a prescrição do poder disciplinar da Administração Pública somente ocorreria em 20 de outubro de 2005, não havendo falar em nulidade da pena de cassação de aposentadoria aplicada em 05.04.2001." (g.n.)

(STF MS nº 24.013, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 01.07.05)

Em outro recurso manejado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, a Suprema Corte também salientou a existência de ações penais. Confira-se principais excertos do voto da relatora no RMS 32.034, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, publicado no DJe de 02.10.13:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NÃO CONFIGURADA. INFRAÇÕES DISCIPLINARES CAPITULADAS COMO CRIME. PRAZO FIXADO A PARTIR DA LEI PENAL (ART. 142, § 2º, DA LEI Nº 8.112/1990).

(...)

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Razão jurídica não assiste aos Recorrentes.

2. Os Recorrentes sustentam a prescrição da pretensão punitiva, por entenderem que todas as condutas previstas no art. 132 da Lei n. 8.112/1990 deveriam se sujeitar ao mesmo prazo prescricional e que a regra contida no § 2º do art. 142 daquela Lei seria inconstitucional, por revelar 'distinção sem o emprego de razoabilidade' (fl. 5.829).

(...)

Embora tenham suscitado a prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 142, inc. I, da Lei n. 8.112/1990, e **soubessem da existência de ações penais ajuizadas para apurar sua responsabilidade pelos mesmos fatos examinados naquele processo administrativo disciplinar**, os Recorrentes não teceram sequer uma linha argumentativa para afastar a incidência da norma contida no § 2º daquele mesmo preceito legal, que dispõe:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão

(...)

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime (grifos nossos).

(...)

4. Ademais, consta do acórdão recorrido que as condutas imputadas aos Recorrentes (emissão de laudos de vistoria falsos, autorizações irregulares para transporte de produto florestal e recebimento de vantagem indevida) ensejaram a instauração de ações penais, situação suficiente para atrair a incidência do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, como se tem nos seguintes precedentes:" (g.n.)

No **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.937, DJe 21.11.16**, observa-se que este recurso foi manejado contra decisão do STJ (MS 20.936, DJe 14.09.15) que denegou a segurança reconhecendo a aplicação do § 2º do art. 142 porque o impetrante também estava denunciado na esfera penal sobre os mesmos fatos. Confirma-se a decisão do STJ:

"3. Em relação ao prazo prescricional, incide no caso a regra do § 2º do art. 142 da Lei 8.112/1990, segundo a qual "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime", isto porque o impetrante também foi denunciado na esfera penal nos autos da Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4, em trâmite perante a 1ª Vara de Criminal Federal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores da Subseção Judiciária de Campinas - SP, pela prática dos crimes de contrabando e descaminho (art. 318 do Código Penal), corrupção passiva (art. 317 do Código Penal c/c art. 3º, II, da Lei 8.137/1990) e formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal)."

(STJ MS 20.936, DJe 14.09.15).

Confirma-se agora a decisão desse recurso perante a Segunda Turma do Supremo Federal Federal, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (RMS 33.937, DJe 21.11.16), cujo voto informa a existência de ação penal:

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGÊNCIA: CPC/1973. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E INDIGNIDADE NA FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CAPITULADA COMO CRIME: PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI PENAL. PRECEDENTES. INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E**

ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: ATO VINCULADO. PRECEDENTES. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA (ART. 134 DA LEI N.8.112/1990). PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA DESPROVIDO.

(...)

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. O Recorrente pretende seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, considerada a data do conhecimento do fato como termo inicial de contagem do prazo (18.8.2006) e a data de aplicação da penalidade impugnada (13.12.2013).

O acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação deste Supremo Tribunal de bastar a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal, como assentado nos seguintes julgados: **Mandado de Segurança n. 24.013/DF**, Redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 1.7.2005; Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 31.506/DF, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 26.3.2015; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 30.965/DF, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 26.10.2012.

O fato imputado ao Recorrente caracteriza os crimes de contrabando e descaminho, corrupção passiva e associação criminosa, capitulados respectivamente nos arts. 318, 317 e 288 do Código Penal (**Ação Penal nº 2006.61.05.009503-4**), atraindo-se a incidência da norma contida no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, segundo a qual se determina a consideração do prazo prescricional previsto na lei penal: dezesseis anos na espécie vertente (art. 109, inc. II, do Código Penal).

Não haveria cogitar-se do transcurso do prazo prescricional da pretensão punitiva, como assentado no voto prevalecente no acórdão recorrido.

2. **Tampouco a inoccorrência de trânsito em julgado da sentença condenatória na esfera penal mostra-se relevante**, pelo princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, a significar a atuação simultânea das esferas, sem afetarem-se umas às outras, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria (Mandado de Segurança n.25.880/DF, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 16.3.2007; Recurso Extraordinário com Agravo com Repercussão Geral n. 691.306/MS, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário Virtual, DJe 11.9.2012; Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 521.569/PE, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 14.5.2010; Mandado de Segurança n. 21.708, Redator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 18.5.2001; Mandado de Segurança n. 22.438, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 6.2.1998), o que não ocorreu na espécie vertente."

Também da Suprema Corte, a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 30.566, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, publicada no DJe de 15.03.16, mostra que incidiu o prazo de que trata o § 2º do art. 142 do RJU, devido a existência de ação penal. Confira-se ementa, relatório e voto:

"EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ALEGADA PRESCRIÇÃO E VÍCIOS PROCESSUAIS.

1. (...)

3. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), como prevê o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990. Não se consumou o prazo prescricional entre os marcos interruptivos.

(...)

Relatório

(...)

8. **Em consulta disponível na internet, constatei que o impetrante responde à ação penal nº 2006.34.00.014530-0, em curso na 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.** Por despacho datado 30.11.2015, **determinei a expedição de ofício àquela vara, solicitando informações sobre o estágio atual do processo, com cópia da denúncia (doc. 83). As informações foram prestadas, depreendendo-se que o ora impetrante responde pelos crime de quadrilha, peculato e corrupção passiva, e que o fato apurado no processo administrativo em questão integraria 'esquema de antecipação de pagamento de precatórios', supostamente montado pelo impetrante e outros servidores do extinto DNER e do Ministério dos Transportes, para o desvio de recursos públicos e correlata obtenção de vantagens indevidas.**

(...)

10. **É o relatório. Decido.**

(...)

13. **Em razão das informações prestadas pela 12ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, extrai-se que o impetrante foi criminalmente denunciado, pelos mesmos fatos, como incurso nos arts. 288, caput, 312, caput e § 1º, 317, § 1º, c/c os arts. 29 e 69 do CP.**

14. Não há dúvidas de que a aplicação da pena de demissão no Poder Executivo incumbe ao Presidente da República; que o prazo prescricional para a aplicação da pena referente às condutas mais graves, no caso, é de dezesseis anos (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, c/c arts. 109, II, 312 e 317, do CP), já que a conduta foi capitulada também como crime (v. RMS 33.858, Rel. Min. Cármen Lúcia);

(...)

15. Quanto à prescrição alegada, observo que o prazo não se consumou entre os marcos interruptivos. A contagem do prazo iniciou-se em 11.12.1998, com a prática do ato em questão. Foi interrompida em 22.02.2005 (com a instauração do PAD nº 00406.00065/2005-13, Portaria Conjunta nº 10). O prazo, suspenso durante 140 dias - período legal máximo para conclusão do PAD (art. 152 c/c o art. 167 da Lei nº 8.112/1990) -, voltou a correr, por inteiro, em junho/julho de 2005 (art. 142, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.112/1990). Assim, à época da prolação do despacho presidencial de demissão do impetrante, em 22.12.2010 (doc. 4, fls. 80), o prazo prescricional de dezesseis anos ainda não havia chegado ao seu fim. Deste modo, **afasto a alegação de prescrição.**" (g.n.)

Confira-se, ainda, a decisão do STF no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, Primeira

Turma, DJe 26.03.15, que menciona a desnecessidade de **instauração** de ação penal, todavia, observa-se a existência do Inquérito Policial nº 13/2000, no curso do PAD, conforme relatório e voto:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, **independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013**, Relator para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(...)

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

(...)

2. **Sustenta o recorrente, em síntese, que o prazo prescricional da lei penal (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990) seria aplicável às infrações disciplinares apenas quando os fatos também fossem apurados em ação penal. Alega, assim, que como o inquérito policial contra ele instaurado (IP nº 013/2000) foi arquivado por insuficiência de provas, deveria ser aplicada a prescrição quinquenal às infrações disciplinares a ele imputadas no processo administrativo (art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112/1990), o que resultaria no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.**

(...)

6. É o relatório decidido.

(...)

8. Quanto à prescrição, também não merece reparo o acórdão recorrido, porque está em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A jurisprudência está firmada no sentido de que, capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, **independentemente da instauração de ação penal. Foi o que registrou esta Corte no MS 24.013**, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

(...)

VOTO

1. A pretensão recursal não merece acolhida.

2. A parte agravante tenta afastar o precedente citado na decisão recorrida com base em particularidade não determinante da aplicação da tese ali veiculada. **Da leitura do voto condutor do acórdão do MS 24.013/STF, observo que em nenhum momento assentou-se a imprescindibilidade, para a incidência da regra prevista no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, de pronunciamento judicial reconhecendo configurar a infração administrativa, também, um ilícito penal.**

3. De qualquer modo, verifico que o relator do mandado de segurança originário consignou, em seu voto, que 'as infrações administrativas

imputadas ao impetrante (...) também se configuram como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP)'.

4. Assim, não merece reparo o acórdão recorrido, consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que, capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, **independentemente da instauração de ação penal**. A orientação decorre não só da disposição expressa e clara da norma legal, a qual **não vincula a aplicação do prazo prescricional diferenciado à existência de ação penal em curso** ('[o]s prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime'), mas, também, do princípio da independência entre as esferas penal e administrativa.

5. A posição sustentada pelo agravante pauta-se no fundamento de que, sem a deflagração da iniciativa criminal, seria incerto o tipo em que o servidor seria incurso e, portanto, não seria razoável a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990. Tal argumento, no entanto, é frágil, já que nem mesmo no âmbito da ação penal instaurada há garantia de não alteração da capitulação dos fatos (art. 383 do CPP).

6. O prazo prescricional diferenciado encontra justificativa suficiente na gravidade da infração disciplinar, razão pela qual **se revela desnecessário subordinar a incidência da norma estatutária à existência de ação penal em curso, em concomitância com o PAD**.

7. Dito isso, **reitero que o arquivamento do inquérito policial instaurado contra o ora recorrente (IP nº 013/2000) não impede que a prescrição da ação disciplinar seja calculada nos termos do art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, já que a não instauração de ação penal teve por base, no caso, a insuficiência de provas para persecução criminal**, e não outra causa que produzisse coisa julgada no cível. É dizer: não houve reconhecimento de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, nem foi afirmada, categoricamente, a inexistência do fato (e.g., CPP, arts. 65 e 66).

8. Em nada modifica a situação do agravante a alegação de que "não falou o Juiz do Crime da insuficiência de prova, mas, sim, que "não há prova da ocorrência do crime do Artigo 317". **Isso porque não repercute na esfera administrativa o arquivamento do inquérito por falta de provas, como ocorreu no presente caso**(arts. 66 e 67, I, do CPP).

9. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental." (.g.n.)

Também na decisão proferida pelo STF no RMS nº 32.202, DJe 30.11.15, Relator Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, verifica-se que havia inquérito policial em curso. Confira-se:

"PRESCRIÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - LEGISLAÇÃO PENAL.

A influência da legislação penal faz-se consideradas balizas a englobarem a pena máxima prevista para o delito.

(...)

VOTO

(...)

Segundo narra, **teve aberto contra si processo administrativo disciplinar voltado a apurar eventual responsabilidade pelo envolvimento nos fatos averiguados no Inquérito Policial nº 089/2002-SR/DPF/MS**, no qual consta

que, durante investigações ocorridas na cidade de Corumbá, Estado de Mato Grosso do Sul, sobre descaminho de vestuários procedentes da Bolívia, teria se deparado com situação de flagrante delito, arrecadado a mercadoria descaminhada, apresentando parte do apreendido na unidade policial e apropriando-se indevidamente do restante, e liberado o transportador do local sem efetuar a prisão.

(...)

Assevera a prescrição da pretensão disciplinar estatal, anotando que, no acórdão atacado, afastou-se a consumação ante a existência de condenação criminal coberta pela preclusão maior. Elucida que a referida decisão não transitou em julgado, sendo descabida a evocação como parâmetro para a determinação da prescrição administrativa. Consoante afirma, o prazo prescricional começou a fluir na data em que a autoridade administrativa teve ciência inequívoca da conduta imputada e não no momento em que o agente competente para instaurar eventual processo administrativo dela tomou conhecimento. Alega que a abertura do procedimento somente ocorreu após dois anos e cento e quarenta dias da notícia dos fatos à Administração Pública, mostrando-se prescritas as pretensões de aplicar penas de advertência e suspensão, consoante os artigos 142, incisos II e III, 152, cabeça, e 167, cabeça, da Lei nº 8.112/90. Realça que, entre a citada abertura e a publicação do ato coator, transcorreu prazo superior a cinco anos e cento e quarenta dias, ficando revelada a prescrição relativamente à pena de demissão, conforme os artigos 142, inciso I, 152, cabeça, e 167, cabeça, da Lei nº 8.112/90.

(...)

Resta analisar, então, a alegada prescrição. O recorrente, no agravo regimental interposto contra o indeferimento da liminar, sustenta a ocorrência de fato relevante a respaldar a extinção da pretensão punitiva, observado o prazo de cinco anos do artigo 110, inciso I, da Lei nº 8.112/1990. **Não procede a irresignação. O § 2º do artigo 142 da Lei nº 8.112/1990 preceitua que os prazos da lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas como crime.** O artigo 109 do Código Penal traz regra segundo a qual a prescrição, ausente a preclusão maior, observará o máximo da respectiva pena privativa de liberdade. Nesse sentido, presente caso de facilitação, com infração de dever funcional, à prática de contrabando ou descaminho, na qual o máximo da pena em abstrato é superior a dois anos, consoante o artigo 318 do Código Penal, há de ser aplicada a regra do inciso IV do artigo 109 do mesmo diploma legal, a versar o prazo prescricional de oito anos." (g.n.)

Assim, conforme se infere das decisões proferidas pela Corte Suprema, para aplicação na seara disciplinar do disposto no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, não é necessário estar em curso ação penal, todavia, em momento algum foi dito que na inexistência de persecução penal também é possível sua aplicação porque o assunto não foi enfrentado em nenhuma das ações. Assim, consoante as decisões apontadas, todas tinham investigação criminal em curso.

Instada a se manifestar (Sequencial nº 20), a Secretaria-Geral de Contencioso emitiu a Nota nº 198/2017/ASSSGCT/SGCT/AGU, em 19 de outubro de 2017, da lavra do Advogado da União - Dr. Daniel Custódio do Amaral, aprovada pelo Secretário Adjunto, afirmando que *"o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que a capitulação de determinada infração administrativa como crime atrai a aplicação do prazo prescricional previsto pela legislação penal, **independentemente da propositura de ação***

penal". Confira-se os principais excertos do opinativo (Sequencial nº 22), atentando-se que os julgados colacionados foram objeto de jurisdição penal, conforme apontado nos itens 28 a 34 desta manifestação, inclusive no RMS 33.937 há ação penal:

"2. O artigo 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990 dispõe que "Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime", **não elencando qualquer restrição à sua aplicação.**

3. Sobre o tema, **o Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado no sentido de que a capitulação de determinada infração administrativa como crime atrai a aplicação do prazo prescricional previsto pela legislação penal, independentemente da propositura de ação penal.**

4. Nesse contexto, vale colacionar os seguintes precedentes que exemplificam a jurisprudência pacífica da Corte Suprema quanto ao prazo de prescrição no caso em tela (...)

5. Convém destacar, ainda, trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento do RMS nº 33.937/DF, que expõe claramente o entendimento do Supremo Tribunal Federal no que concerne à utilização do prazo prescricional penal em infrações administrativas:

O acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação deste Supremo Tribunal de bastar a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional prevista na lei penal, como assentado no seguintes julgados: Mandado de Segurança nº 24.013 (...) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506 (...) Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.965 (...)." (g.n.)

Assim, conforme exposto anteriormente e agora diante da manifestação da Secretaria-Geral de Contencioso afirmando que todas as decisões da Corte Suprema apontam para a desnecessidade de propositura de ação penal, há que se atentar que todos os julgados trazidos à colação havia inquérito policial em andamento ou ação penal em curso ou ainda decisão de mérito na ação penal. Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal apesar de não indicar a necessidade de iniciação da jurisdição penal, essa questão não foi objeto de enfrentamento em nenhum momento.

A propósito, trazemos à lume lição de Renato Brasileiro de Lima em sua obra Manual de Processo Penal, Editora Jus Podivm, 3ª edição, ano 2015, pág. 109, sobre persecução penal, *in verbis*:

"1. CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia do crime, fornecendo subsídios para o **prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal.**" (g.n.)

Eugênio Pacelli traz a seguinte lição em sua obra Curso de Processo Penal, 17ª edição, ano 2013, editora Atlas S/A, páginas 56-63, *in verbis*:

"4.1. Inquérito Policial

Como a regra é a iniciativa (legitimação ativa) da ação penal a cargo do Estado, também a **fase pré-processual da persecução penal**, nos crimes comuns, é atribuída a órgãos estatais, competindo às autoridades administrativas, excepcionalmente, quando expressamente autorizadas por lei e no exercício de suas funções, e à Polícia Judiciária, como regra, o esclarecimento das infrações penais.

(...)

A partir da cláusula constitucional da vedação do anonimato (art. 5º, IV, *in fine*), a Suprema Corte teve oportunidade de ressaltar a impossibilidade de **instauração de persecução criminal - leia-se, inquérito policial ou procedimento investigatório**- com base unicamente em *notitia criminis* apócrifa, salvo quando o documento em questão tiver sido produzido pelo acusado (segundo a acusação), ou constituir o próprio corpo de delito." (g.n.)

Portanto, em que pese a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União informar da expedição por aquela Pasta de enunciado dispondo da desnecessidade de início da persecução penal, conforme apontado no item 4 deste opinativo, referido ato contraria consolidada jurisprudência dos Tribunais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, com base nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que atribui competência ao Advogado-Geral da União para "*fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal*" bem como "*unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal*", e também, conforme a farta jurisprudência dos Tribunais Superiores mencionadas, sugiro a revisão e superação (*overruling*) das razões de decidir constantes no Parecer AGU nº GQ - 164, de 1998, com eficácia prospectiva, para adequar-se a atual corrente jurisprudencial no sentido de que deve incidir a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal.

Por fim, proponho a apreciação do enunciado e respectivo parecer pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CPPAD, nos termos da Portaria CGU/AGU nº 10, de 2 de fevereiro de 2015 e Portaria CGU/AGU nº 15, de 31 de março de 2016.

À consideração superior.

Brasília, 6 de dezembro de 2017.

Neide Marcos da Silva
Advogado da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 50000011300201749 e da chave de acesso a68bace3.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 69021929 e chave de acesso a68bace3 no endereço eletrônico

<https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDEMARCOS DA SILVA.
Data e Hora: 28-03-2018 15:16. Número de Série: 13327695. Emissor:
AutoridadeCertificadora SERPRORFBv4.

Assuntos abordados neste Parecer: Suspensão de procedimento investigativo ou de processo disciplinar por ordem judicial acarreta suspensão da contagem do prazo prescricional.

PARECER Nº 3/2018/CPPAD/CGU/AGU

DESPACHO DE APROVAÇÃO Nº 3469/2018/CONJUR-MP/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar - CCPAD e outros

ASSUNTOS: Coordenação e orientação e outros

- I. Aprovo a manifestação.
- II. Encaminhe-se conforme sugerido.

Brasília, 10 de outubro de 2018.

CAROLINA SCHERER BICCA
Consultora Jurídica Adjunta

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por CAROLINA SCHERER BICCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 181884062 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAROLINA SCHERER BICCA. Data e Hora: 10-10-2018 18:02.

DESPACHO DE APROVAÇÃO Nº 3460/2018/CONJUR-MP/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar da Consultoria-Geral da União - CPPAD/CGU

ASSUNTOS: Ciência de Enunciado da Comissão Permanente de Estudos Disciplinares da CGU/AGU

1. **De acordo** com a **NOTA n. 00006/2018/CPPAD/CGU/AGU**.
2. Encaminhe-se à aprovação superior.

Brasília, 10 de outubro de 2018.

JULIANA CORBACHO NEVES DOS SANTOS
Advogada da União
Coordenadora-Geral de Recursos Humanos

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por JULIANA CORBACHO NEVES DOS SANTOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 181760514 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário(a): JULIANA CORBACHO NEVES DOS SANTOS. Data e Hora: 10-10-2018 15:21. Número de Série: 17133255. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

NOTA Nº 6/2018/CPPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar da Consultoria-Geral da União - CPPAD/CGU

ASSUNTOS: Ciência de Enunciado da Comissão Permanente de Estudos Disciplinares da CGU/AGU

1. A Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União - CPPAD/CGU/AGU, da qual participa esta Consultoria Jurídica, encaminha, para ciência, o PARECER n. 0003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU (seq. 245) , aprovado pelo DESPACHO n. 00643/2018/DECOR/CGU/AGU (seq. 246) e pelo DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO nº 00836/2018/GAB/CGU/AGU (seq. 247).

2. O Parecer n. 0003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU fixou o entendimento de que a ordem judicial de suspensão de processo administrativo disciplinar acarreta a suspensão do prazo prescricional da pretensão disciplinar da Administração. De acordo com o Parecer, esse entendimento se aplica tanto antes quanto depois da instauração do PAD, durante o período em que a decisão judicial produzir efeitos. Também, é recomendável a intimação do servidor investigado/acusado a respeito de tais atos administrativos.

ENUNCIADO: A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem, pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional.

EMENTA: SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. ORDEM JUDICIAL DE SUSPENSÃO DE INVESTIGAÇÃO OU DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INTIMAÇÃO DO INVESTIGADO/ACUSADO. PROPOSTA DE ENUNCIADO DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO.

I - A suspensão, por ordem judicial, das investigações ou do processo administrativo disciplinar, leva à suspensão do prazo prescricional, antes ou após a sua instauração.

II - Doutrina e jurisprudência.

III - Princípio da razoabilidade.

IV - Intimação do investigado/acusado acerca da suspensão do prazo prescricional.

V - Proposta de fixação de Enunciado da Consultoria-Geral da União.

3. Propõe-se, assim, que se dê ciência do enunciado aos demais membros da Coordenação-Geral Jurídica de Recursos Humanos da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

À consideração superior.

Brasília, 10 de outubro de 2018.

SHARON ZIMMERMANN DAVIES

Advogada da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por SHARON ZIMMERMANN DAVIES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 181629688 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): SHARON ZIMMERMANN DAVIES. Data e Hora: 10-10-2018 12:27. Número de Série: 13629615. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

NOTA Nº 5/2018/CPPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADO: Corregedoria do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

ASSUNTO: Ciência de Enunciado da Comissão Permanente de Estudos Disciplinares da CGU/AGU

1. A Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União - CPPAD/CGU/AGU encaminha, para ciência, o PARECER n. 0003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo DESPACHO n. 00643/2018/DECOR/CGU/AGU e pelo DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO nº 00836/2018/GAB/CGU/AGU.

2. Com a finalidade de permitir uma melhor compreensão do posicionamento adotado pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares, cumpre transcrever o seguinte excerto do PARECER n. 0003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, *in verbis*:

CONCLUSÃO

Posto isto, conclui-se que, com a suspensão de tramitação regular das investigações ou dos próprios processos administrativos disciplinares, fica, por consequência, suspenso o prazo prescricional, dispondo a persecução, em nome do interesse público, do restante do prazo prescricional a partir da perda da eficácia da decisão judicial que ensejou a suspensão.

Ao final, sugere-se a V. Exa. a edição de Enunciado dessa Consultoria-Geral da União a respeito, com o seguinte teor:

“A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem, pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional.”

3. Deste modo e considerando o entendimento fixado pela CPPAD/CGU/AGU, deve-se observar a seguinte orientação: *“A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois*

da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem, pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional."

4. Face ao exposto e considerando o PARECER n. 0003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, cientifique a Corregedoria deste Ministério sobre a orientação acima deduzida.

Brasília, 10 de outubro de 2018.

assinado eletronicamente
JOÃO PAULO SANTOS BORBA
Advogado da União

Coordenador-Geral Jurídico de Assuntos de Pessoal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por JOAO PAULO SANTOS BORBA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 181485863 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOAO PAULO SANTOS BORBA. Data e Hora: 10-10-2018 09:30. Número de Série: 13796164. Emissor:

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 836/2018

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar - CPPAD e outros

ASSUNTOS: Processo administrativo disciplinar e suspensão da prescrição em razão de decisão judicial

Estou de acordo com o PARECER n. 003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, nos termos em que aprovado pelo DESPACHO n. 00643/2018/DECOR/CGU/AGU.

Brasília, 8 de outubro de 2018.

MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS
Consultor-Geral da União

DESPACHO Nº 643/2018/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar - CPPAD e outros

ASSUNTOS: Coordenação e orientação e outros

Exmo. Consultor-Geral da União,

Estou de acordo com o PARECER n. 0003/2018/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, de lavra da Douta Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares que o aprovou, à unanimidade, nos termos da ATA DELIBERATIVA CPPAD/CGU/AGU nº 12, de 30 de agosto de 2018.

À superior consideração.

Ultimada a apreciação, que se dê ampla divulgação.

Brasília, 08 de outubro de 2018.

BRUNO ANDRADE COSTA
Procurador Federal
Diretor do Decor
Consultor-Geral da União Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 180385242 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 08-10-2018 15:35. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

PARECER Nº 3/2018/CPPAD/CGU/AGU

ENUNCIADO: A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem, pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional.

EMENTA: SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. ORDEM JUDICIAL DE SUSPENSÃO DE INVESTIGAÇÃO OU DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INTIMAÇÃO DO INVESTIGADO/ACUSADO. PROPOSTA DE ENUNCIADO DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO.

I - A suspensão, por ordem judicial, das investigações ou do processo administrativo disciplinar, leva à suspensão do prazo prescricional, antes ou após a sua instauração.

II - Doutrina e jurisprudência.

III - Princípio da razoabilidade.

IV - Intimação do investigado/acusado acerca da suspensão do prazo prescricional.

V - Proposta de fixação de Enunciado da Consultoria-Geral da União.

Excelentíssimo Consultor-Geral da União:

RELATÓRIO

1. No âmbito das competências desta Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares, instituída pela Portaria nº 5/CGU/AGU, de 9 de fevereiro de 2017, merecerá a presente análise do tema: “Suspensão dos PADs por ordem judicial e consequências na prescrição do procedimento”.

2. É o sucinto relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

3. Inicialmente, é bem fixar que o Direito Administrativo pós-Constituição de 1988 ganhou nova feição hermenêutica, baseando-se sobremaneira da principiologia para aplicação do ordenamento normativo.

4. Esse fenômeno, da constitucionalização do Direito Administrativo combinado com a força cogente dos princípios, é-nos muito bem trazido por Gustavo Binchenbojm, a saber:

A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

(...)

A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição.

(...)

Ademais, a normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição. (BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. -, jul./set. 2006.)

5. Assim, pois, a constitucionalização do Direito Administrativo o retira de um universo composto exclusivamente por regras jurídicas, e o eleva a um âmbito de normas jurídicas, nas quais, regras e princípios passam a ser suas espécies. E, ambas as espécies, cogentes, sob os auspícios da interpretação constitucional.

6. Sobre a natureza dos princípios, bem como de sua ponderação ao caso concreto, bem assim em Humberto Ávila:

Daí a definição de princípios como "deveres de otimização" aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos. (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan./mar. 1999).

7. No caso ora vertente, tem-se que o instituto da prescrição é consectário do princípio da segurança jurídica, e, sobre este, em um sentido de que o Estado deve transmitir aos cidadãos uma estabilidade nas relações jurídicas entre aqueles, ganha importância doutrina de Almiro Couto e Silva:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito,

portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradução constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos. (COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9784/99). Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set 2004, pp 07-58)

8. Recentemente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, debruçando-se sobre a análise de constitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112, de 1990, no bojo do Mandado de Segurança nº 23.262, assim deixou consignado no voto do Exmo. Relator, Ministro Dias Toffoli, sobre o instituto da prescrição:

9. O instituto da prescrição tem força jurídica para proporcionar estabilidade social, fixando o limite temporal para o exercício de um direito, a fim de evitar que o litígio perdure por tempo indeterminado. (MS 23.262- DF, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI. PLENÁRIO, julgado em 23/04/2014, DJe 30/10/2014)

10. Posteriormente ao julgado acima, é bem dizer que o Exmo. Presidente da República, em 19 de dezembro de 2016, aprovou o Parecer GMF-03 (publicado no DJU 11/01/2017), da Exma. Advogada-Geral da União, que adotou o contido no PARECER N. 005/2016/CGU/AGU. Deste último, destaque-se:

O instituto da prescrição, nesse sentido, ao exigir a extinção do processo em curso ou impedir a instauração de um novo procedimento, em virtude da extinção da punibilidade, garante a regularidade e a estabilidade das relações entre indivíduo e Estado, obstando, igualmente, quaisquer medidas restritivas fundadas no fato abarcado pela prescrição.

11. Logo, a prescrição, também jurisprudencialmente, e reconhecidamente por força vinculante, no âmbito da própria Administração Pública Federal, decorre da aplicação do princípio da segurança jurídica, mormente quanto à proteção da confiança dos cidadãos depositada no Estado.

12. Doutrinariamente, sobre a prescrição, no âmbito administrativo, tenha-se de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp 820-821)

13. E, no âmbito civil, assim conceituando-se o instituto da prescrição e fornecendo seus requisitos, de Carlos Roberto Gonçalves:

Atendendo-se à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se o termo 'pretensão', que diz respeito a figura jurídica do campo do direito material, conceituando-se o que se entende por essa expressão no art. 189, que tem a virtude de indicar que a prescrição se inicia no momento em que há violação do direito. (...) **Pode dizer, pois, que a prescrição tem como requisitos: a) a violação do direito, com o nascimento da pretensão; b) a inércia do titular; c) o decurso do tempo fixado em lei.** (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 514.) - grifo aposto

14. Legislativamente, no âmbito do processo administrativo disciplinar, temos que o art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, assim dispõe sobre o prazo prescricional das sanções que tipifica disciplinarmente:

A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

15. Ainda, sobre o termo inicial da prescrição no processo disciplinar, é bem dizer que são os parágrafos do referido art. 142 da Lei 8.112, de 1990, que definem os termos para o início da prescrição, bem como da sua interrupção, e, também, a utilização do prazo prescricional penal às infrações disciplinares também capituladas como crime:

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

A interpretar tais dispositivos, relativamente ao termo inicial tanto antes quanto depois da instauração do processo administrativo disciplinar, assente a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que, exemplificativamente, traz-se abaixo:

1. O termo inicial do lustro prescricional para a apuração do cometimento de infração disciplinar é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar.

A contagem da prescrição interrompe-se tanto com a abertura de sindicância quanto com a instauração de processo disciplinar. Após o decurso de 140 dias (prazo máximo conferido pela Lei n. 8.122/90 para conclusão e julgamento do PAD), o prazo prescricional recomeça a correr integralmente. (RO nos EDcl nos EDcl no MS 11493 / DF. 3ª Seção. Publicação DJe 06/11/2017)

16. Especificamente sobre a interrupção da prescrição após a instauração do processo administrativo disciplinar, ainda antes o Egrégio Supremo Tribunal Federal já havia se debruçado sobre a questão, assim decidindo:

PRESCRIÇÃO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – INTERRUPÇÃO. A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena – artigos 152 e 167 da referida Lei – voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional (RMS nº 23.436/DF. 2ª Turma. Publicação DJ 15/10/1999)

17. Ou seja, resumindo-se: é do conhecimento do fato pela autoridade competente que se inicia o termo prescricional antes da instauração do processo, o qual, através desta, tem o prazo suspenso por 140 (cento e quarenta dias) no caso de processo administrativo disciplinar, sendo que, após esse prazo, o prazo prescricional se reinicia por completo.

18. Logo, a Lei nº 8.112, de 1990, com a interpretação jurisprudencial dos Egrégios Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos processos administrativos disciplinares dispõe sobre a interrupção da prescrição somente quando da instauração daqueles, e, pelo prazo máximo de até 140 (cento e quarenta) dias no processo ordinário, podendo-se a Administração valer-se somente 1 vez desse prazo.

19. Resumindo: constata-se que a prescrição, em se tratando de processos administrativos disciplinares, pode ocorrer, tanto antes, quanto após a sua instauração.

20. Ocorrerá antes se, da ciência da autoridade competente até a instauração, decorrer o lapso prescricional para a sanção cabível; por outro turno, ocorrerá após a publicação da Portaria de instauração se decorrer o lapso prescricional da sanção cabível, somado ao prazo máximo de apuração/julgamento até 140 (cento e quarenta) dias, nos termos do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.

21. Todavia, a questão ora posta é: há previsão legislativa sobre a existência de suspensão da prescrição em face de ordem judicial que suspenda o próprio processo administrativo disciplinar?

22. Nada, assim, pois, previsto na Lei nº 8.112, de 1990; todavia, há de se construir, com base no ordenamento jurídico, uma resposta que possa dar segurança jurídica, tanto à Administração Pública, quanto aos próprios investigados/acusados, a fim de não se incidir em elementos surpresa nessa persecução.

23. É dizer, que, recentemente, o novel Código de Processo Civil, veio assim a dispor sobre eventuais lacunas no processo administrativo: *“Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”*

24. Nas disposições afetas à execução, assim dispõe o art. 912 do CPC sobre os efeitos da suspensão do processo na fase executória, com o consectário de que, em não sendo atribuível à parte a mora ensejadora da prescrição, com a suspensão do processo decretada, também a prescrição da execução assim o será:

25. Suspende-se a execução:

- I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;
- II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;
- III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. (grifo apostro)

26. Nessa esteira, sendo o instituto da prescrição de índole material, é bem dizer que o vigente Código Civil assim trata sobre os casos de suspensão de prescrição:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. **Não corre igualmente a prescrição:**

I - pendendo condição suspensiva ;

II - não estando vencido o prazo;

III - pendendo ação de evicção. (grifo apostro)

27. Assim, podemos, com base na própria legislação civil e processual civil, entender que, em havendo um fato que não possa ser atribuído à mora das partes, e que tenha esse fato suspenso o processo administrativo disciplinar, não deve correr o prazo prescricional, haja vista que, nesse caso, não é a mora, a desídia que se fazem presentes, senão um fato exógeno a assim suspender o curso do processo administrativo disciplinar.

28. É assim, pois, que entendemos deva ser tratada a questão que ora nos é posta à análise, ou seja, uma ordem judicial para suspensão do processo administrativo disciplinar, e, cumprida pela Administração, aliás, como é dever desta, não deve servir para obstar a persecução disciplinar, em face do transcurso do lapso prescricional.

29. Assim, a despeito de não haver regra expressa na Lei nº 8112, de 1990, é curial entendermos que a ordem judicial de suspensão do processo administrativo disciplinar deve repercutir diretamente no prazo prescricional daquele, suspendendo-se, pois, também o seu transcurso, enquanto mantida a suspensão por ordem judicial do processo administrativo disciplinar.

30. Nessa esteira, a jurisprudência já reconhece a suspensão do prazo prescricional quando por ordem judicial de suspensão do próprio processo administrativo disciplinar.

31. A saber do decidido no Mandado de Segurança nº 9568, no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de sua Ementa:

4. Diante do fato de que a Administração restou impedida de aplicar a pena de demissão ao impetrante até o trânsito em julgado do acórdão em referência, que reformou a sentença concessiva da segurança, não há falar em ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado e de aplicação da "teoria do fato consumado" para justificar a reintegração do servidor no cargo. (MS 9.568- DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2006, DJe 02/08/2006)

32. No voto acompanhado pela unanimidade da Colenda 3ª Seção do Egrégio STJ, muito bem declina o Tribunal sobre a impossibilidade de transcorrer o prazo prescricional enquanto pendente uma ordem judicial para suspensão do próprio processo. A saber:

Após abertura de novo procedimento administrativo, concluiu-se pela demissão do impetrante, cuja efetivação foi suspensa em razão da impetração do Mandado de Segurança 89.0003887-7, julgado procedente em primeira instância e posteriormente reformado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Tendo sido condenado o impetrante, na esfera penal, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime aberto, pela prática do crime de corrupção passiva (previsto no art. 317, § 1º, c/c art. 327, ambos do Código Penal), o prazo prescricional é de 8 (oito) anos, de acordo com os arts. 109 e 110 do Código Penal, c/c o art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90.

Todavia, na hipótese, a contagem do prazo prescricional não se dará a partir da instauração do processo administrativo, uma vez que a Administração se viu impedida de aplicar a pena de demissão ao impetrante em razão de decisão judicial proferida em primeira instância nos autos do já citado Mandado de Segurança nº 89.0003887-7, impedimento este que perdurou até o trânsito em julgado do acórdão que julgou a Apelação 92.01.25482-2-DF, que denegou a segurança, ocorrido em 25/2/2003 (fl. 213). É oportuno registrar que a pena de demissão foi aplicada por meio da Portaria 428, da autoridade impetrada, publicada do DOU de 7/11/2003, ou seja, pouco mais de 8 (oito) meses após o trânsito em julgado do acórdão que julgou o recurso de apelação. Assim, não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. (grifo aposto)

33. E, também mais recentemente, no mesmo sentido, também do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

1. O deferimento de provimento judicial liminar que determine à autoridade administrativa que se abstenha de concluir procedimento administrativo disciplinar suspende o curso do prazo prescricional da pretensão punitiva administrativa. Precedente. (MS 20.647- DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016)

34. Dessa maneira, também a jurisprudência em casos concretos é no sentido de que, em havendo óbice à tramitação do processo administrativo disciplinar, não é razoável que o tempo de mora, de prescrição, para a Administração flua.

35. Logo, entendemos totalmente irrazoável prejudicar a persecução do interesse público, através do instituto da prescrição, considerando que a Administração Pública está impedida de realizar atos investigativos, em razão da ordem judicial de suspensão do próprio PAD. A propósito do teste da irrazoabilidade, assim em Virgílio Afonso da Silva:

Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da irrazoabilidade e não em princípio da razoabilidade.²² E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam excepcionalmente irrazoáveis.

Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury* : "se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir".²⁴ Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis. ((SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.)

36. Essa suspensão do prazo prescricional deve, por evidente, pela Comissão Processante, ser objeto de intimação ao investigado/acusado, tendo em vista os princípios da ampla defesa e do contraditório, aliás, direitos fundamentais trazidos no inciso LV do art. 5º da Carta Maior.

37. Por oportuno, considere-se que, tanto o termo inicial, quanto o termo final da suspensão do prazo prescricional do processo administrativo disciplinar devem observar as datas de intimação pessoal da União nos autos judiciais.

38. A propósito, é medida de segurança jurídica que, nos pareceres de força executória, expedidos pela área contenciosa da AGU, constasse análise específica sobre tais termos (inicial e final), cabendo àqueles Órgãos contenciosos, acaso não expresso nas decisões judiciais, eventual interposição de embargos declaratórios, sobre o ponto.

39. São as razões de que nos servimos para sustentar nosso Parecer, entendendo que a Administração Pública, que persegue o interesse público, não pode ser impedida de prosseguir nesse mister por razões irrazoáveis, mormente, inclusive, enquanto cumpridora de ordem judicial de suspensão do próprio processo administrativo disciplinar, devendo-se, pois, quer antes, quer após a sua instauração, suspender-se o prazo prescricional durante o estrito período abrangido pela ordem judicial de suspensão da apuração.

40. E, no sentido de se conferir maior segurança jurídica, propõe-se o encaminhamento do presente à Exma. Advogada-Geral da União, para, em entendendo, possa remeter o presente ao Exmo. Presidente da República, a fim de conferir força vinculante ao entendimento ora esposado, com base no contido no parágrafo primeiro do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

CONCLUSÃO

41. Posto isto, conclui-se que, com a suspensão de tramitação regular das investigações ou dos próprios processos administrativos disciplinares, fica, por consequência, suspenso o prazo prescricional, dispondo a persecução, em nome do interesse público, do restante do prazo prescricional a partir da perda da eficácia da decisão judicial que ensejou a suspensão.

42. Ao final, sugere-se a V. Exa. a edição de Enunciado dessa Consultoria-Geral da União a respeito, com o seguinte teor:

"A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem, pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional."

43. Ainda, propõe-se o encaminhamento destes autos à Exma. Advogada-Geral da União para, se assim concordar, remeter ao Exmo. Presidente da República, a fim de conferir força vinculante ao entendimento ora esposado, com base no contido no parágrafo primeiro do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

É o Parecer.

Brasília, 30 de agosto de 2018.

Rui Magalhães Piscitelli
Relator

ATA DELIBERATIVA CPPAD/CGU/AGU nº 12, de 30 de agosto de 2018

A COMISSÃO PERMANENTE DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES – CPPAD/CGU/AGU, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 30 de agosto de 2018, RESOLVE aprovar, por unanimidade, a matéria, e a seguinte proposta de Enunciado.

Enunciado, de 30 de agosto de 2018:

“A ordem judicial de suspensão da investigação ou do processo administrativo disciplinar suspende o fluxo do prazo prescricional, antes ou depois da sua instauração, durante o período em que a referida decisão produziu efeitos, retomando-se a contagem, pelo prazo restante, quando cessada a suspensão. A autoridade administrativa deverá intimar o servidor investigado/acusado do início da suspensão, bem como da retomada do fluxo do prazo prescricional”

Brasília, 30 de agosto de 2018.

Karine Berbigier Ribas
Coordenadora/CPPAD/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000541201711 e da chave de acesso d0272d6a

Documento assinado eletronicamente por BRUNO ANDRADE COSTA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 174256963 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO ANDRADE COSTA. Data e Hora: 08-10-2018 15:35. Número de Série: 17236864. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Assuntos abordados neste Parecer: Hipóteses em que se aplica, ou não, o prazo prescricional penal no caso de absolvição na esfera criminal. Mesmo quando aplicável, não se altera a forma de contagem do prazo prescricional disciplinar.

PARECER Nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO Nº 276/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTO: Absolvição na esfera criminal e prescrição disciplinar

1. Aprovo, nos termos do **DESPACHO n. 00195/2020/DECOR/CGU/AGU**, o **PARECER Nº 0004/2019/CNPAD/CGU/AGU**, da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.
2. Confira-se ciência ao DEINF/CGU, à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral Federal, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no Município de São José dos Campos.

Brasília, 09 de abril de 2020.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por Arthur Cerqueira Valerio, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

DESPACHO Nº 195/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Absolvição na esfera criminal e prescrição disciplinar

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 7/2019/CNPAD/CGU/AGU, o Parecer nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.
2. Consolide-se, por conseguinte, que:
 - a) a absolvição na ação penal não prejudica a adoção do prazo prescricional penal para fins de persecução disciplinar, ressalvados os casos em que for decretada a negativa de autoria, a inexistência do fato ou a ocorrência de excludente de ilicitude, hipóteses em que não há respaldo legal para a responsabilização disciplinar;

b) a legalidade das sanções disciplinares aplicadas não são comprometidas pelo superveniente reconhecimento da prescrição (extinção da punibilidade) na esfera penal; e

c) o termo inicial (Parecer GQ-55 e Súmula STJ nº 635) e as hipóteses de suspensão e interrupção do curso do prazo prescricional na esfera disciplinar são regidos pela legislação administrativa, inclusive nas hipóteses em que se aplica o prazo prescricional penal.

3. Caso acolhido, confira-se ciência à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral Federal, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no município de São José dos Campos.

Brasília, 08 de abril de 2020.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

Documento assinado eletronicamente por Victor Ximenes Nogueira, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

DESPACHO Nº 7/2019/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: Assuntos disciplinares

A CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES - CNPAD/CGU/AGU, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 15 de outubro de 2019, aprovou a seguinte proposta de enunciado, conforme ata de reunião em anexo:

É possível a aplicação do prazo prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime, na forma do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, nas hipóteses de absolvição criminal.

Ante o exposto, submeto à aprovação do Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, os termos do Enunciado e Parecer nº 0004/2019/CNPAD/CGU/AGU.

Brasília, 15 de outubro de 2019.

KARINE BERBIGIER RIBAS

Coordenadora

CNPAD/CGU/AGU

Documento assinado eletronicamente por Karine Berbigier Ribas, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

PARECER Nº 4/2019/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CNPAD

ASSUNTOS: Absolvição criminal e prescrição

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL.

- I. Aplica-se o prazo prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime nas hipóteses de absolvição na esfera criminal.
- II. Nas hipóteses de absolvição por inexistência do fato, negativa de sua autoria ou reconhecida excludente de ilicitude o servidor acusado não poderá ser responsabilizado na esfera administrativa pelo mesmo fato, consoante o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, e o art. 8º, da Lei nº 13.869, de 2019, razão pela qual a discussão acerca da aplicação do prazo prescricional penal fica prejudicada.
- III. Ainda que se aplique o prazo prescricional previsto na esfera penal, a contagem na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas.
- IV. Não cabe aplicação retroativa da extinção da punibilidade na esfera penal após o julgamento na esfera disciplinar.

Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CNPAD, prevista na Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019, na qual é analisada a possibilidade ou não do uso do prazo prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime nas hipóteses de absolvição na esfera criminal.

2. É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

3. Primeiramente, deve-se destacar que tendo em vista a independência entre as instâncias penal e administrativa, o fato de haver absolvição na esfera penal, via de regra, não afeta a esfera disciplinar. O primeiro ramo destina-se a proteger, de forma genérica, a sociedade, sendo que o último objetiva resguardar especificamente a Administração Pública e o próprio Erário. São áreas jurídicas distintas, com penalidades de naturezas e finalidades diversas.

4. Com efeito, conforme disposto no art. 125¹ da Lei 8.112, de 1990, a regra é a da independência das instâncias. Existem, todavia, ao menos duas hipóteses capazes de mitigar essa autonomia. A primeira se refere aos casos de absolvição por inexistência do fato ou sua autoria, que, na forma do art. 126² da referida Lei, são capazes de afastar a responsabilidade administrativa do servidor, ressalvada a existência de falta residual³.

5. A segunda hipótese que mitiga a independência de instâncias é a que permite o uso do prazo prescricional penal na esfera administrativa, por força do disposto no art. 142, § 2º⁴, da Lei nº 8.112, de 1990.

6. Assim, **nas hipóteses de absolvição criminal por inexistência do fato ou sua autoria não há que se falar em uso do prazo prescricional penal, porque, conforme art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, o servidor acusado não poderá sequer ser responsabilizado na esfera disciplinar pelo mesmo fato.** Com efeito, se há decisão judicial absolutória transitada em julgado por negativa de autoria ou por ausência de materialidade do fato não há sequer lógica em se responsabilizar o servidor na esfera disciplinar nessas hipóteses. Nesse sentido também o art. 935 do Código Civil e o art. 7º da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Art. 7º As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.

7. Insta analisar as demais hipóteses de absolvição na esfera penal previstas no art. 386 do Código de Processo Penal, o qual assim dispõe:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

8. Há quem defenda que além das absolvições criminais baseadas em negativa de autoria e da negativa de existência do fato (incisos I e IV), também produzem efeitos favoráveis ao réu/servidor o reconhecimento de uma das excludentes de ilicitude (inciso VI). Nesse sentido, insta mencionar a seguinte lição do Procurador Federal Wilson Kozlowski, anterior à alteração da redação do art. 386 do CPP, pela Lei nº 11.690, de 2008:

“Destas causas, apenas as constantes dos incisos I e parte do inciso V podem ser alegadas em favor do servidor, pois as demais não afastam a responsabilidade – que, como sabido, decorre da violação de um dever jurídico originário. A parte do inciso V que interessa é a que se refere às causas de exclusão da ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

O artigo 65 do CPP, no título da reparação civil do ato ilícito, impõe ao juízo cível a observação da sentença penal que reconhecer uma das causas de exclusão de ilicitude. É óbvio que aquele que age lícitamente não pode ser responsabilizado por nada. Toda responsabilidade – seja ela civil, administrativa ou penal – decorre da inobservância de um dever jurídico. Ora, se a ação foi lícita – pois que o servidor agiu dentro do seu direito e sem abuso – nada há a ser reparado, impedindo, portanto, qualquer punição.

Ainda neste título, o legislador positivou mais alguns critérios de ineficácia no cível (estendida ao âmbito administrativo) da sentença penal. Critérios estes largamente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência. Destarte, temos os artigos 66 e 67 do CPP, *in verbis*;

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Portanto, a sentença penal somente produz efeitos favoráveis ao servidor quando: I – negar a autoria; II – negar a existência do fato ou III – reconhecer uma das excludentes de ilicitude.”⁵

9. Por outro lado, também seria possível defender a interpretação restritiva e literal do art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, no sentido de que a sentença absolutória que reconheça excludente de ilicitude não necessariamente repercute na esfera administrativa-disciplinar. Todavia, com a edição da Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, ficou claro que a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, faz coisa julgada tanto no âmbito cível quanto no administrativo-disciplinar. Confira-se:

Art. 8º Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

10. De toda forma, não há qualquer dúvida quanto ao fato de que nas demais hipóteses de absolvição é possível a responsabilização do acusado na esfera disciplinar, sendo igualmente cabível a aplicação do prazo prescricional penal no âmbito disciplinar, senão vejamos.

11. Na absolvição por insuficiência de provas na esfera penal, por exemplo, o que o juiz define é que não existem elementos suficientes para determinar de forma segura que o fato criminoso ocorreu ou que o acusado foi o seu autor. Ou seja, aplica o princípio *do in dubio pro reo*, pois não existem provas suficientes na esfera penal que possam ensejar a sua condenação.

12. Nesses casos, conquanto não tenha havido condenação criminal, mostra-se plenamente possível o uso do prazo de prescrição penal na esfera disciplinar. Do contrário, estar-se-ia admitindo hipótese de repercussão da decisão penal na esfera administrativa, fora daquelas hipóteses expressamente previstas pelo legislador. Nesse sentido, confirmam-se os julgados abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. POLICIAIS CIVIS ESTADUAIS. DEMISSÃO. TRANSGRESSÃO PREVISTA TAMBÉM COMO CRIME. PRESCRIÇÃO CONJUNTA COM ESTE, MESMO QUE JÁ TENHA SIDO PROFERIDA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – FALTA DE PROVAS. DIREITO DE PETIÇÃO OBSERVADO. IRREGULARIDADES NÃO OCORRIDAS OU COMPROVADAS. PARECER APROVADO PELO PROCURADOR.

Ainda que os recorrentes tenham sido absolvidos na esfera criminal, por insuficiência de provas, incensurável a decisão que consignou a não-ocorrência da prescrição da ação disciplinar, instaurada no curso do prazo prescricional da transgressão, também conceituada como crime.

O direito de petição foi devidamente exercido pelos recorrentes, dois meses antes da impetração da ação mandamental.

As irregularidades apontadas não se verificaram, já que devidamente exercido o contraditório em todas as fases possíveis, e que o parecer, assinado pelo Relator, foi devidamente aprovado pela Procuradora-Geral.

Recurso desprovido.”

(RMS 9516/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2000, DJ 05/08/2002, p. 356)

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. DEMISSÃO. IBAMA. ALEGAÇÃO APENAS DE MÁCULAS FORMAIS. CIÊNCIA PRÉVIA DE OITIVAS DE TESTEMUNHAS. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. PARECER JURÍDICO. DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO.

PRECEDENTE. EXCESSO DE PRAZO. NÃO VIOLAÇÃO. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO DA ESFERA PENAL POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE REPERCUSSÃO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por servidor público federal contra o ato de demissão do cargo de Técnico Ambiental do IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, no qual são alegadas somente quatro máculas de cunho formal.

2. Não se verifica violação ao contraditório na oitiva de testemunhas, pois foi evidenciada ciência prévia, no prazo previsto na Lei n. 8.112/90, de três dias úteis, antes da realização da oitiva. Ademais, a segunda alegação de ausência de atenção ao prazo está baseada em evidente erro material, que não possui o condão de macular a formalidade do processo disciplinar. Precedente: MS 15.768/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.3.2012.

3. Não existe previsão legal para que seja produzida manifestação de indiciados em relação aos termos de pareceres das consultorias jurídicas nos processos administrativos disciplinares. Precedente: MS 18.047/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º.4.2014.

4. A jurisprudência é pacífica no sentido de que o excesso de prazo em processo administrativo disciplinar não tem o condão de produzir sua nulidade. Precedentes: MS 19.572/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 17.12.2013; e MS 16.192/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.4.2013.

5. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva, pois o prazo, iniciado com a ciência dos fatos em 15.7.2005, foi interrompido com a instauração do processo administrativo e, logo, voltou a correr por inteiro, nos termos dos parágrafos do art. 142 da Lei n. 8.112/90. Ainda que não fosse assim, as infrações disciplinares estão capituladas como crimes e, portanto, aplica-se o prazo previsto na lei penal.

6. Ademais, é sabido que a absolvição do réu na ação penal somente repercute na esfera administrativa se ocorrer pela negativa de autoria ou pela inexistência de fato, o que não é o caso em apreço, na qual se deu por insuficiência de provas. Precedentes: MS 17.873/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 2.10.2012; e MS 13.064/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 18.9.2013.

7. Em não sendo subsistentes as alegadas máculas à juridicidade, deve o ato reputado coator ser mantido incólume, em razão da ausência de liquidez e certeza no direito postulado.

Segurança denegada.”

(MS 16.554/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/10/2014, DJe 16/10/2014) (grifos nossos)

13. Não se desconhece posicionamento contrário adotado por parte da jurisprudência no sentido de que nos casos em que o servidor for absolvido no processo criminal aplica-se o prazo disposto na legislação administrativa. A justificativa decorreria do fato de que não havendo crime, ante a absolvição do acusado, ausente o parâmetro da lei penal a regular o prazo extintivo da ação estatal. Adotando o referido entendimento, os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. PENA DE DEMISSÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR CAPITULADA COMO CRIME. CONDENAÇÃO E ABSOLVIÇÃO NA ESFERA CRIMINAL. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. ART. 95 DA LEI ESTADUAL 7.366/80. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO

ESTADO. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência ou a autoria do crime.

2. Havendo o cometimento, por servidor da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, de infração disciplinar capitulada também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição da lei penal e as interrupções e suspensões desse prazo da Lei Estadual 7.366/80, quer dizer, os prazos são os da lei penal, mas as interrupções, do Regime Jurídico, porque nele expressamente previstas.

3. Porém, nos casos em que o ilícito penal não for apurado ou o servidor for absolvido no processo criminal, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional.

4. Na hipótese, duas infrações disciplinares, tidas também como fato delituoso (crime de peculato), foram imputadas ao recorrente. Ele respondeu na esfera criminal por ambos os fatos, sendo condenado no primeiro a três anos e seis meses de reclusão e absolvido do segundo por falta de provas.

(...)

7. Recurso ordinário conhecido e improvido.”

(RMS 15585/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 03/04/2006, p. 367)

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. AGENTE PENITENCIÁRIO. DEMISSÃO CONVERTIDA EM SUSPENSÃO POR 90 DIAS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO CRIMINAL NO CASO CONCRETO. RÉU ABSOLVIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM SEDE ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA.

1. Essa Corte de Justiça firmou compreensão no sentido de que, mesmo configurando a falta administrativa também ilícito penal, **nos casos em que houver absolvição na esfera criminal, deve ser afastada a aplicação da regra penal para fins de prescrição, regendo-se a matéria apenas pela legislação administrativa.** Precedentes.

2. Na hipótese, considerando-se que o prazo prescricional previsto para a pena em concreto - suspensão por 90 dias - é de 12 meses, nos termos do art. 197, inciso II, da Lei Complementar Estadual n. 10.098/94, bem como que a Portaria que instaurou o Procedimento Administrativo Disciplinar contra o recorrente foi publicada em 31/12/2010, e ainda que a decisão que aplicou a sanção administrativa foi publicada em 10/12/2012, tem-se por configurada a prescrição.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento.”

(RMS 43.095/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 13/11/2015) (grifos nossos)

14. Vale mencionar que a partir de detida análise dos julgados do STJ e do STF, os entendimentos mais recentes e consentâneos com os princípios administrativos confirmam a possibilidade de uso do prazo prescricional penal ainda que tenha havido absolvição na esfera penal, pois a absolvição na ação penal não produz nenhum efeito no processo administrativo disciplinar, salvo se a decisão criminal proclamar a negativa de autoria ou a inexistência do fato ou a ocorrência de excludente de ilicitude. Vale, nesse ponto, destacar os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.** ILÍCITO

ADMINISTRATIVO TAMBÉM TIPIFICADO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei Estadual 6.843/1986 (art. 244, § 4º) estabelece norma específica para as hipóteses nas quais o ilícito administrativo é também tipificado como crime.

2. O acórdão recorrido foi proferido em estreita sintonia com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, não havendo *error in iudicando* a ser reparado.

3. A absolvição na ação penal não produz efeito no processo administrativo disciplinar, salvo se a decisão criminal proclamar a negativa de autoria ou a inexistência do fato. Precedentes.

4. Agravo regimental provido.”

(AgRg no RMS 35.686/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 03/08/2017)

“CPC/1973. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E INDIGNIDADE NA FUNÇÃO PÚBLICA. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CAPITULADA COMO CRIME: **PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NA LEI PENAL. PRECEDENTES. INDEPENDÊNCIA RELATIVA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA.** PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA: ATO VINCULADO. PRECEDENTES. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA (ART. 134 DA LEI N. 8.112/1990). PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA DESPROVIDO. (RMS 33937, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 06/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-246 DIVULG 18-11-2016 PUBLIC 21-11-2016)

Vistos etc.

Contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário que interpôs, exarado pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, maneja agravo de instrumento César Moacir da Cruz. O óbice oposto na origem ao seguimento do extraordinário foi o da inexistência de ofensa direta à Constituição Federal, necessária a análise de legislação infraconstitucional. Na minuta, registra que o recurso reúne todos os requisitos para sua admissão, presente a ofensa direta ao texto constitucional. Alega ser constitucionalmente vedado ao membro do Ministério Público integrar o Conselho Superior de Polícia, órgão afeto ao Poder Executivo Estadual. Aponta a nulidade do procedimento administrativo disciplinar que culminou na aplicação da pena de demissão, prescrita a pretensão punitiva e desproporcional a pena aplicada. Contraminuta (fls. 338-41). Substituição da Relatora à fl. 356 (art. 38 do RISTF).

É o relatório.

(...) Quanto à prescrição da pretensão punitiva no âmbito administrativo, tenho que melhor sorte não socorre ao apelante. Digo isso, porque as infrações administrativas (*rectius*: transgressões disciplinares) ensejadoras da pena de demissão do apelante (art. 81, XXXVIII e XV, da Lei-RS nº 7.366/80) constituem igualmente crimes (arts. 4º, ‘a’, ‘c’ e ‘h’, da Lei nº 4.898/65 e 312, § 1º, do CP) e, por isso, prescrevem, nos termos da legislação estadual (art. 197, § 2º, da LC-RS nº 10.098/94), conforme os

prazos estabelecidos na lei penal (art. 109, II, do CP). Esta Câmara recentemente debruçou-se sobre o tema, ementa que passo a transcrever:

‘SERVIDOR PÚBLICO. POLICIAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONCUSSÃO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. ABSOLVIÇÃO DO JUÍZO CRIMINAL. EQUÍVOCO NA PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO. ERRO DE FATO. CONSEQUÊNCIAS.

1. Quando a infração que dá ensejo à instauração do PAD também é capitulada como crime, para efeito de cálculo da prescrição, aplica-se a lei penal (art. 316 c/c 109, III, do Código Penal). Logo, não há falar em prescrição no caso concreto.

2. **A absolvição na esfera criminal em nada influi no resultado do PAD, salvo se tivesse ficado provado, na ação penal, a inexistência do fato ou que o servidor acusado não foi seu autor, o que não ocorreu in casu.** O equívoco na proclamação do resultado no juízo criminal, com a aplicação do art. 197, II, do RITJRS, que não pode ser referendado. Erro de fato que não influi na esfera administrativa, diante de sua independência.

3. Sentença mantida.

APELAÇÃO IMPROVIDA, VENCIDO O RELATOR.’

(AC nº 70017351636, rel. Dr. Pedro Luiz Pozza, em que fiquei como redator do acórdão, j. em 19ABR07).

E no referido precedente, ainda que o policial civil tivesse sido absolvido na esfera criminal, o fato que a ele foi imputado também configurava crime, motivo pelo qual a prescrição penal foi aplicada consoante a dicção do art. 197, § 2º, da LC-RS nº 10.098/94. A questão que se afigura complexa e bastante controvertida é aquela que diz respeito ao tipo de prescrição que se deve aplicar – se a resultante da pena em abstrato, que no caso é de dois a doze anos e multa, ou se aquela decorrente da pena em concreto, três anos de reclusão e multa, variando a prescrição penal de dezesseis anos, se considerada a pena em abstrato, para oito anos, se tomada a pena em concreto. A este respeito, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no seguinte precedente:

‘ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME DE CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO. DEMISSÃO. ESFERA CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

1. Nos termos do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, os prazos prescricionais previstos na lei penal. Precedentes.

2. **O prazo para a Administração aplicar a pena de demissão ao servidor faltoso é de 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 142, inciso I, da Lei n.º 8.112/90. Entretanto, havendo regular apuração criminal, o prazo de prescrição no processo administrativo disciplinar será regulado pela legislação penal, que, in casu, consoante o art. 316 c.c. o art. 109, inciso III, do Código Penal, é de 12 (doze) anos.**

3. Na hipótese, a contagem do prazo prescricional foi interrompida com a instauração de novo PAD em 04/09/2003, voltando a correr por inteiro em 21/01/2004, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do processo - art. 152, *caput*, c.c. o art. 169, § 2.º, ambos da Lei 8.112/90). Desse modo, tendo sido expedida a Portaria Demissionária da Impetrante em 19/05/2004, constata-se, à toda evidência, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração.

4. Tendo em vista a independência das instâncias administrativa e penal, a sentença criminal somente afastará a punição administrativa se reconhecer a não-ocorrência do fato ou a negativa de autoria, hipóteses inexistentes na espécie. Precedentes.

5. Segurança denegada.

(MS nº 9.772-DF, 3ª Seção, relª Ministra Laurita Vaz, j. em 14SET05, DJU 26OUT05, p. 73, grifos acrescentados). (...)

Nego seguimento ao agravo de instrumento (CPC, art. 557, *caput*). Publique-se.

Brasília, 1º de outubro de 2012.

Ministra Rosa Weber Relatora'

(AI 715351, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 01/10/2012, publicado em DJe-197 DIVULG 05/10/2012 PUBLIC 08/10/2012)" (grifos nossos)

15. Assim, a adoção do prazo prescricional penal na esfera disciplinar em casos de absolvição penal, salvo se reconhecida a inexistência do fato, negada sua autoria ou o reconhecimento de excludente de ilicitude (já que nestas hipóteses não há que se falar sequer da possibilidade de responsabilização administrativa-disciplinar), se encontra em maior conformidade com os princípios da Administração Pública, como o da moralidade, do interesse público, da segurança jurídica e, inclusive, o princípio da legalidade (porquanto em consonância com o disposto nos arts. 125, 126 e 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, e nos arts. 7º e 8º da Lei nº 13.869, de 2019).

16. Sobre o tema já se posicionou a Consultoria-Geral da União no Parecer nº 079/2014/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Consultor-Geral da União em 18 de novembro de 2014, no sentido de que *"a absolvição criminal por falta de prova não afasta a aplicação do prazo prescricional penal em relação à infração administrativa, também capitulada como crime, a teor do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990"*.

17. Contudo, importante se faz uma ponderação: considerando que a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, é de aplicação excepcional, dando ensejo, via de regra, à aplicação de maiores prazos prescricionais para a persecução de infrações disciplinares; considerando a oscilação dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça; considerando que a atividade administrativa se funda, entre outros, na segurança jurídica, sugere-se que, para evitar qualquer reconhecimento nas instâncias judiciais de eventual ocorrência de prescrição, busquem as autoridades instauradoras e julgadoras, na medida do possível, se ater ao prazo prescricional previsto no *caput* do art. 142 da referida Lei.

18. Todavia, caso já tenha sido ultrapassado o prazo previsto na referida legislação administrativa, conforme explicado ao longo do presente opinativo, é possível o uso do prazo prescricional penal na esfera disciplinar ainda que tenha havido absolvição criminal.

Forma de contagem do prazo prescricional

19. Alerta-se, por oportuno, que, embora se aplique o prazo previsto na seara penal, a sua aplicação na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas. Ou seja, não obstante a aplicação dos prazos de prescrição da lei penal, as hipóteses de início, interrupção e suspensão da Lei nº 8.112, de 1990, continuam a ser aplicáveis porque ali se encontram previstas expressamente.

20. Tal entendimento é amplamente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"1. A prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos casos em que o servidor pratica ilícito disciplinar também capitulado como crime, deve observar o disposto na legislação penal. Precedentes: MS 16.554/DF, Rel.

Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 16/10/2014; MS 17.954/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19/3/2014.

(...)

4. A par da legislação citada, extrai-se que o termo a quo do prazo prescricional, no âmbito administrativo, é a data em que o superior hierárquico do servidor toma conhecimento do fato que constitui infração disciplinar, prazo este que será interrompido pela instauração de processo administrativo-disciplinar e, posteriormente, suspenso pela apresentação do relatório final pela autoridade processante.

5. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal, no caso em apreço, porquanto o superior hierárquico tomou conhecimento do fato delituoso em 12/3/2008 e até o primeiro marco interruptivo do prazo prescricional em 27/7/2009, com a instauração do Conselho de Justificação, decorreu pouco mais de um ano. Recomeçada a contagem a partir do dia seguinte - 28/7/2009, o próximo marco ocorreu com a apresentação do relatório final pela autoridade processante, em 28/12/2010, quando adveio a suspensão do prazo prescricional até a decisão final condenatória proferida pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul e cujo trânsito em julgado se deu em 10/6/2013.

6. Recurso ordinário não provido.”

(RMS 46.780/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUDITORA FISCAL DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INSTAURAÇÃO DO PAD. CAUSA INTERRUPTIVA. FLUÊNCIA APÓS 140 DIAS. PRESCRIÇÃO AFASTADA MESMO QUE CONSIDERADO O PRAZO QUINQUENAL. INFRAÇÕES DISCIPLINARES TIPIFICADAS COMO CRIME. INCIDÊNCIA DO ART. 142, § 2º, DA LEI 8.112/90. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO APENAS NO CASO DE SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA COM BASE EM PROVA DA INEXISTÊNCIA DO CRIME OU DA NEGATIVA DE AUTORIA. UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DA SEARA CRIMINAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS SEM INDÍCIOS DE RECUSA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECARIIDADE DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ORDEM DENEGADA.

1. Mandado de segurança contra ato do Ministro de Estado do Trabalho e Emprego, que aplicou a pena de demissão a Auditora Fiscal do Trabalho, enquadrando-a nas infrações disciplinares previstas nos arts. 117, incisos IX e XV, e 132, incisos IV e XI, ambos da Lei n.

2. A Lei 8.112/90, ao versar sobre a prescrição da ação disciplinar (art. 142), prevê como seu termo inicial a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar (§ 1º do art. 142), cujo implemento constitui causa interruptiva (§ 3º do art. 142), ficando obstada a fluência por 140 (cento e quarenta) dias, porquanto esse seria o prazo legal para término do processo disciplinar (§ 4º do art. 142 c/c arts. 152 e 167). Precedentes. Nessa esteira, mesmo que aplicado o prazo quinquenal, na espécie, não houve prescrição.

3. ‘Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime’ (§ 2º do art. 142 da Lei 8.112/90). Hipótese em que as infrações disciplinares imputadas à impetrante também são objeto de ação penal em curso, por meio da qual

responde pela prática do crime previsto no art. 317 do CP, cujo prazo de prescrição é de 16 anos, conforme art. 109 do Código Penal.

4. As instâncias penal e administrativa são independentes, sendo que a única vinculação admitida ocorre quando, na seara criminal, restar provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria. Hipótese em que a impetrante figura como acusada em ação penal pela prática dos crimes de corrupção passiva e quadrilha. Precedentes.

5. Respeitado o contraditório e a ampla defesa, é admitida a utilização, no processo administrativo, de 'prova emprestada' devidamente autorizada na esfera criminal. Precedentes.

6. Pedidos de exibição de documentos realizados de forma genérica e sem nenhum indício de que a autoridade impetrada se recusou a fornecê-los desbordam do disposto no art. 6º, § 2º, da Lei 12.016/09.

7. O mandado de segurança exige demonstração de ofensa a direito líquido e certo, aferível por prova pré-constituída, não sendo admitida dilação probatória. Precedentes.

8. Segurança denegada."

(MS 17.954/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/03/2014)

Da repercussão da extinção de punibilidade após o julgamento disciplinar

21. Um outro aspecto importante a se pontuar é que após a decisão administrativa disciplinar não cabe retroagir extinção da punibilidade na esfera penal, tentando eliminar eventual penalidade aplicada, sob pena de se admitir hipótese de indevida repercussão da decisão penal na esfera administrativa. Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 557 DO CPC/73, ATUAL ART. 932, IV, DO CPC. INEXISTÊNCIA. ART. 535 DO CPC/73. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. PROVEITO PESSOAL. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL POR PRESCRIÇÃO. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE A ESFERA PENAL E A ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADOS. MODIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONDUTA DE VALER-SE DE CARGO PARA LOGRAR PROVEITO PESSOAL OU DE OUTREM TIPIFICADA NA LEI 8.112/90. IMPOSIÇÃO DE PENA DE DEMISSÃO.

1. Na origem, cuida-se de ação ordinária ajuizada pelo recorrido com o objetivo de ver declarada a nulidade do ato administrativo que o demitiu do quadro de servidores do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

2. Não há violação do art. 557 do CPC/73, atual art. 932, IV, do CPC, porquanto a decisão monocrática fundamentou-se na jurisprudência pacífica desta Corte. No mais, a possível violação fica suprida com a apreciação do agravo regimental pela Turma.

3. Inexiste violação do art. 535 do CPC/73 quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

4. O recorrente cometeu infração penal tipificada no art. 313-A e 71 do Código Penal, ficando caracterizada a autoria e a materialidade de conduta criminosa, com base nas provas dos autos. Entretanto, o recorrente foi absolvido na esfera criminal em face da decretação da prescrição da pretensão punitiva, o que não impede sanção na esfera administrativa advinda de Processo Administrativo Disciplinar - PAD, devido à independência das esferas penal e administrativa.

5. A pena de demissão observou os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, nesse diapasão, qualquer modificação do acórdão recorrido demandaria reexame do acervo fático-

probatório dos autos, circunstância inadmissível na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

6. 'Compreendida a conduta do impetrante nas disposições dos arts.117, IX, e 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, e prática de improbidade administrativa -, inexistente para o administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa da demissão ou da cassação de aposentadoria.' (MS 14.023/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/2/2016, DJe 4/3/2016.) Agravo Interno improvido."

(AgInt no AREsp 854.784/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. ILÍCITO FUNCIONAL COM VIÉS ADMINISTRATIVO E PENAL. DEMISSÃO IMPOSTA QUANDO JÁ CONCRETIZADA A PENA CRIMINAL. POSTERIOR REDUÇÃO DA REPRIMENDA PENAL COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REPERCUSSÃO NA PRESCRIÇÃO DA PRETÉRITA AÇÃO DISCIPLINAR. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS.

1 - O ordenamento legal consagra a independência das instâncias penal e administrativa no tocante à responsabilização dos servidores públicos, ressalvadas, expressamente, as hipóteses resultantes de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (artigo 126 da Lei 8.112/1990).

2 - Quando aplicada a demissão aos servidores recorrentes, a autoridade administrativa o fez dentro do prazo prescricional previsto para a espécie (art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/90 c/c art. 109, IV do CP), tomando por parâmetro a pena criminal a eles imposta em primeira instância.

3 - Pretender que a posterior redução da sanção penal e a consequente extinção da punibilidade dos mesmos réus (alcançadas anos depois em distintos habeas corpus) devessem retroagir para fins de reconhecimento da prescrição da correlata pretensão punitiva disciplinar, com a eliminação das demissões antes aplicadas, seria admitir hipótese de indevida repercussão da decisão penal na esfera administrativa, porquanto ao arrepio daquelas situações taxativamente autorizadas pelo legislador.

4 - Recurso especial improvido."

(REsp 1376377/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 06/12/2016) (grifos nossos)

22. Conforme se vê, a linha firmada pelo Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que a Administração não pode ficar à mercê de futura modificação da sanção penal para exercer o direito de punir o servidor que tenha cometido infração disciplinar também capitulada como crime, mantendo em seus quadros aquele que praticou ilícito administrativo.

23. Por outro lado, reconhecida a ocorrência de prescrição pelo art. 142, *caput*, da Lei nº 8.112, de 1990, pela Administração no julgamento de Processo Administrativo Disciplinar, igualmente não poderá rever a decisão administrativa caso sobrevenha apuração ou decisão na esfera penal, sob pena de *reformatio in pejus* e de ferir a independência das instâncias.

24. Diante do exposto, conclui-se que:

1. Aplica-se o prazo prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime nas hipóteses de absolvição na esfera criminal.

2. Nas hipóteses de absolvição por inexistência do fato, negativa de sua autoria ou reconhecida excludente de ilicitude o servidor acusado não poderá ser responsabilizado na esfera administrativa pelo mesmo fato, consoante o art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990, e o art. 8º, da Lei nº 13.869, de 2019, pelo que a discussão acerca da aplicação do prazo prescricional penal fica prejudicada.

3. É recomendável, para evitar qualquer reconhecimento nas instâncias judiciais de eventual ocorrência de prescrição, que as autoridades instauradoras e julgadoras, na medida do possível, observem o prazo prescricional previsto no *caput* do art. 142 da referida Lei.

4. Ainda que se aplique o prazo prescricional previsto na seara penal, a contagem na esfera administrativa é regida pelas normas administrativas.

5. Não cabe aplicação retroativa da extinção da punibilidade na esfera penal após o julgamento na esfera disciplinar.

25. Assim, submete-se à apreciação da Câmara Nacional de Processo Administrativo Disciplinar proposta de enunciado e respectivo parecer, atribuindo-se efeito prospectivo, a teor do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784, de 1999.

26. Ainda, propõe-se o encaminhamento destes ao Exmo. Advogado-Geral da União para, em assim entendendo, remeter ao Exmo. Presidente da República, a fim de conferir força vinculante ao entendimento ora esposado, com base no contido no § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

À consideração superior.

Brasília, 15 de outubro de 2019.

Mila Kothe
Relatora

¹ Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

² Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

³ **Súmula 18 do STF:** “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público.”

⁴ § 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

⁵ <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/495>

⁶ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 07-04-2020 15:34. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 07-04-2020 15:44. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI. Data e Hora: 07-04-2020 16:10. Número de Série: 13585936. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 07-04-2020 15:36. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por JEFFERSON HEITOR DE MEDEIROS KIRCHNER, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JEFFERSON HEITOR DE MEDEIROS KIRCHNER. Data e Hora: 07-04-2020 15:49. Número de Série: 1782645. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR. Data e Hora: 07-04-2020 16:33. Número de Série: 116087515248781750120970967350712574613. Emissor: AC OA.

Documento assinado eletronicamente por KARINE BERBIGIER RIBAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KARINE BERBIGIER RIBAS. Data e Hora: 07-04-2020 15:27. Número de Série: 13949863. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 325487565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA.

Data e Hora: 09-04-2020 12:14. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

PROPOSTA DE ENUNCIADO Nº 25/CNPAD/CGU/AGU

É possível a aplicação do prazo prescricional penal em relação à infração administrativa também capitulada como crime, na forma do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, nas hipóteses de absolvição criminal.

Referências: Pareceres da Consultoria-Geral da República, Pareceres Consultoria- Geral da União, Lei 9.784/99.

Brasília, 15 de outubro de 2019.

Mila Kothe
Procuradora da Fazenda Nacional
CNPAD/CGU/AGU

Documento assinado eletronicamente por Karine Berbigier Ribas, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Documento assinado eletronicamente por Renato do Rego Valenca, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Documento assinado eletronicamente por Neide Marcos da Silva, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Documento assinado eletronicamente por Bruno Demczuk de Alencar, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Documento assinado eletronicamente por Rui Magalhaes Piscitelli, de acordo com os normativos legais aplicáveis.

Assuntos abordados neste Parecer: A aplicação do prazo prescricional penal prescinde de de inquérito policial ou ação penal, bastando que a infração disciplinar também seja considerada, pela Administração Pública, como crime. No caso de abandono de cargo, somente se aplica o prazo prescricional penal se a conduta se amoldar ao tipo do art. 323 do Código Penal.

PARECER AGU Nº JL-6

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se para os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 12 de novembro de 2020”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 13/11/20, pg. 3 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00405.007812/2019-41

INTERESSADO: Procuradoria-Geral da União

ASSUNTO: Interpretação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990

PARECER Nº JL - 6

ADOTO, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00916/2020/GAB/CGU/AGU e do Despacho nº 00732/2020/DECOR/CGU/AGU, o anexo Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 10 de novembro de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União

DESPACHO nº 916/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00405.007812/2019-41

INTERESSADA: Procuradoria-Geral da União

ASSUNTO: Interpretação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990

Exmo. Senhor Advogado-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 732/2020/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU.
2. Caso acolhido, recomenda-se a submissão do Parecer ora aprovado à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e posterior publicação no Diário Oficial da União, de maneira que o entendimento adotado vincule toda a Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, revogando-se o Parecer nº AM-02 e o Parecer nº AM-03.

Brasília, 04 de novembro de 2020.

(assinado eletronicamente)
ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00405007812201941 e da chave de acesso d52edf30

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALERIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 527210375 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALERIO. Data e Hora: 04-11-2020 16:57. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

DESPACHO nº 732/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00405.007812/2019-41

INTERESSADOS: Procuradoria-Geral da União

ASSUNTOS: Interpretação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo o Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU, e elevo à apreciação superior proposta de revogação do Parecer nº AM-02 e do Parecer nº AM-03 (DOU 12.4.2019).
2. Por conseguinte, consolide-se o entendimento no sentido de que a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, prescinde de persecução penal, ou seja, para a aplicação dos prazos prescricionais criminais às infrações disciplinares é suficiente que referenciadas infrações também sejam, em tese, capituladas como crime pela Administração Pública, sendo absolutamente irrelevante a existência ou não de inquérito policial ou ação penal, ressalvada a existência de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990).
3. Conforme demonstrado no Parecer ora aprovado, do preceito da independência relativa das instâncias administrativa e criminal, de que trata os arts. 125 e 126 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, decorre a conclusão no sentido de que eventual enquadramento de infração disciplinar como crime para os fins do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, é atividade tipicamente administrativa, realizada em estrito cumprimento de expresso comando legal e para a exclusiva finalidade de determinar o prazo prescricional aplicável à persecução disciplinar, não representando, portanto, interferência nem tampouco indevida intromissão da Administração na atuação da jurisdição penal.
4. O entendimento ora consolidado decorre, outrossim, do princípio da segurança jurídica, uma vez que a prescrição é seu corolário e se presta justamente para consolidar situações jurídicas em virtude do lapso temporal decorrido, desta maneira é impróprio que a determinação do prazo prescricional aplicável na esfera disciplinar dependa da atuação da instância penal.
5. O posicionamento do Parecer AM-02 e do Parecer nº AM-03 decorreu, precipuamente, dos termos da jurisprudência então vigente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a qual exigia que houvesse ao menos inquérito policial em trâmite para que à Administração Pública fosse possível proceder a persecução disciplinar a partir dos prazos prescricionais penais. Observa-se, não obstante, que após a edição do Parecer nº AM-02 e do Parecer nº AM-03, aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 9 de abril de 2019, e publicados no Diário Oficial da União que circulou em 12 de abril de 2019, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido oposto, conforme

bem lançado no Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU, e consoante se verifica do recente precedente que segue:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE. PENALIDADE DE DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. HISTÓRICO DA DEMANDA

...

8. A Primeira Seção firmou o entendimento de que, "para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor" (MS 20.857/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Og Fernandes, DJe 12.6.2019).

...

(AgInt nº RMS 58.488/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2020, DJe 02/10/2020)

6. Destaque-se, igualmente, que em recente julgamento ocorrido no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RMS 35383 AgR, Segunda Turma, julgado em 28/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 05-08-2019 PUBLIC 06-08-2019), constou explicitamente do voto do eminente Ministro Relador Gilmar Mendes que:

"... Assim, é indiferente o argumento de que o agravante 'nunca foi indiciado, denunciado ou muito menos condenado por qualquer crime, em especial aquele capitulado no art. 325 do Código Penal', uma vez que a jurisprudência firmou-se no sentido de ser irrelevante a instauração de processo penal a respeito da caracterização de crimes pelas infrações administrativas imputadas ao impetrante, para fins de cálculo da prescrição, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou negativa de autoria. (...) Dessa forma, sendo necessária apenas a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei criminal, não prospera o recurso, no ponto".

7. Nestes termos, a superveniente alteração e consolidação da jurisprudência a respeito da matéria recomenda a revogação do Parecer nº AM-02 e do Parecer nº AM-03.

8. Por fim, acerca da infração disciplinar de abandono de cargo de que cuida o art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, e objeto do Parecer nº AM-02, verifica-se que o prazo prescricional para sua apuração disciplinar é regido, em princípio, pelo inciso I do art. 142 do Estatuto dos Servidores, não obstante, nas hipóteses em que a infração disciplinar também se caracterizar, em tese, como crime tipificado no art. 323 do Código Penal, incidirá o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, e aplicar-se-á o prazo prescricional criminal.

9. Caso acolhido, recomenda-se que o Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU e os subsequentes Despachos de aprovação sejam submetidos à apreciação do Advogado-Geral da União, após o que devem ser elevados para aprovação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República e ulterior publicação no Diário Oficial da União para os fins do art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 28 de outubro de 2020.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00405007812201941 e da chave de acesso d52edf30

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 522529974 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 28-10-2020 08:50. Número de Série: 1781977. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

PARECER nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00405.007812/2019-41

INTERESSADA: Procuradoria-Geral Da União

ASSUNTO: interpretação do § 2º do art. 142 da lei n.º 8.112/90

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. PRAZO. INFRAÇÕES DISCIPLINARES TAMBÉM CAPITULADAS COMO CRIME. INTERPRETAÇÃO DO ART. 142, § 2º, DA LEI N.º 8.112/90. PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRESCINDIBILIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL OU AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DOS PARECERES Nº AM-02 E AM-03.

I - A aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais.

II - Os posicionamentos constantes dos Pareceres nº AM-02 e AM-03 devem ser superados.

Senhor Diretor,

1. O presente processo eletrônico trata da necessidade ou não de revisão dos Pareceres nº AM-02 e AM-03, aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 09/04/2019 e publicados no Diário Oficial da União de 12/04/2019.

2. O Parecer nº 1/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, adotado pelo referido Parecer nº AM-02, assim concluiu:

22. Ante o exposto, após análise das questões submetidas a exame, em atendimento à solicitação formulada, efetuam-se as seguintes conclusões:

a) Aplica-se à falta disciplinar de abandono de cargo o prazo de prescrição administrativa indicada no art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990, em caso de inexistência de persecução penal para o mesmo fato;

b) pela superação (**overruling**) das razões de decidir (**ratio decidendi**) sufragadas nos Pareceres GM-007 e GQ-144, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

3. O Parecer nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, acolhido pelo já mencionado Parecer nº AM-03, proclamou o seguinte:

Pelo exposto, com base nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que atribui competência ao Advogado-Geral da União para *'fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal'* bem como *'unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as*

*controvérsias entre órgãos jurídicos da Administração Federal', e também, conforme a farta jurisprudência dos Tribunais Superiores mencionadas, sugiro a revisão e superação (**overruling**) das razões de decidir constantes no Parecer AGU nº GQ - 164, de 1998, com eficácia prospectiva, para adequar-se a atual corrente jurisprudencial no sentido de que deve incidir a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal.*

4. Convém anotar que as conclusões dos citados Pareceres nº 1/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU e 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU foram estabelecidas como decorrência da jurisprudência então dominante no Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação a ser dada ao § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

5. Partiu da Procuradoria-Geral da União o pedido de análise quanto ao eventual cabimento de revisão do Parecer nº AM-03 diante de alteração jurisprudencial (seqs. 14/18). Eis o que foi consignado no Despacho nº 2231/2020/PGU sobre a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (seq. 17):

1. O presente expediente foi inaugurado no âmbito deste Departamento para analisar os impactos do Parecer nº AM - 03, publicado no Diário Oficial da União, datado de 12 de abril de 2019, de caráter vinculante, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93, nas atribuições da Coordenação-Geral de Defesa da Probidade.

2. Em essência, referido Parecer, após análise da jurisprudência do STJ e do STF e interpretando o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, entendeu que o prazo prescricional alargado previsto nesse dispositivo somente é aplicável '*nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal*'.

3. A Coordenação-Geral de Defesa da Probidade deste Departamento, por seu turno (sequencial 3), apontou a existência de divergência jurisprudencial quanto ao ponto, sugerindo, assim, a revisão do Parecer nº AM - 03.

4. Na sequência, a Coordenação-Geral de Defesa da Probidade deste Departamento acostou ao expediente o precedente proferido pelo STJ no Mandado de Segurança nº 20.857 (sequencial 9), o qual, segundo os dizeres da Coordenação-Geral de Defesa da Probidade, promoveu a adequação da sua jurisprudência ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que ***os prazos prescricionais previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime, independentemente da existência de apuração criminal, face à independência das instâncias***. E por esse precedente ser posterior à aprovação do Parecer nº AM - 03, reiterou o pleito para revisão do referido Parecer.

5. Considerando que o tema aqui tratado também diz respeito às atribuições do DCM/PGU, solicitei a manifestação do referido Departamento, o qual, em síntese, aderiu às ponderações da Coordenação-Geral de Defesa da Probidade, concluindo que *o entendimento antes dominante no Superior Tribunal de Justiça foi recentemente superado, estando em consolidação nova orientação jurisprudencial na Corte Superior, no sentido de que não é necessária a existência de ação penal ou mesmo de procedimento de apuração criminal relativa aos fatos que constituem a*

infração administrativa, para que haja a incidência do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90, bastando que os fatos imputados sejam capitulados como crime, em tese (sequencial 14).

6. E nesse sentido tenho que o tema objeto do Parecer nº AM - 03 pode merecer revisitação, **especialmente em razão do julgado que lhe é posterior e que foi proferido pelo STJ no Mandado de Segurança nº 20.857**, abaixo transcrito, o qual, friso, parece ter pacificado a questão no sentido de que *para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990 não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor*. Essa é a ementa desse julgado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO. PRESCRIÇÃO. LEI PENAL. APLICAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DISCIPLINARES TAMBÉM CAPITULADAS COMO CRIME. ART. 142, § 2º, DA LEI Nº 8.112/1990. EXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. DESNECESSIDADE. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRECEDENTES DO STF. SEDIMENTAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO SOBRE A MATÉRIA. PRESCRIÇÃO AFASTADA NO CASO CONCRETO. WRIT DENEGADO NO PONTO DEBATIDO. 1. Era entendimento dominante desta Corte Superior o de que "a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor. Sobre o tema: MS 13.926/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 24/4/2013; MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22/3/2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º/10/2013". 2. Referido posicionamento era adotado tanto pela Terceira Seção do STJ - quando tinha competência para o julgamento dessa matéria - quanto pela Primeira Seção, inclusive em precedente por mim relatado (MS 13.926/DF, DJe 24/4/2013). 3. Ocorre que, em precedente recente (EDv nos EREsp 1.656.383-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 27/6/2018, DJe 5/9/2018), a Primeira Seção superou seu posicionamento anterior sobre o tema, passando a entender que, diante da rigorosa independência das esferas administrativa e criminal, não se pode entender que a existência de apuração criminal é pré-requisito para a utilização do prazo prescricional penal. 4. Não se pode olvidar, a propósito, o entendimento unânime do Plenário do STF no MS 23.242-SP (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10/4/2002) e no MS 24.013-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 31/3/2005), de que as instâncias administrativa e penal são independentes, sendo irrelevante, para a aplicação do prazo prescricional previsto para o crime, que tenha ou não sido concluído o inquérito policial ou a ação penal a respeito dos fatos ocorridos. 5. Tal posição da Suprema Corte corrobora o entendimento atual da Primeira Seção do STJ sobre a matéria, pois, diante da independência entre as instâncias administrativa e criminal, fica dispensada a demonstração da existência da apuração criminal da conduta do servidor para fins da aplicação do prazo prescricional penal. 6. **Ou seja, tanto para o STF quanto para o STJ, para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei nº 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor. Isso porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada à segurança jurídica.** Assim, o critério para fixação do prazo prescricional deve ser o mais objetivo possível - justamente o previsto no dispositivo legal referido -, e não oscilar de forma a gerar instabilidade e insegurança jurídica para todo o sistema. 7. **A inexistência de notícia nos autos sobre a instauração da apuração criminal quanto aos fatos imputados à impetrante no caso concreto não impede a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990.** 8.

O prazo prescricional pela pena em abstrato prevista para os crimes em tela, tipificados nos arts. 163, 299, 312, § 1º, 317, 359-B e 359-D do Código Penal (cuja pena máxima entre todos é de doze anos), é de 16 (doze) anos, consoante o art. 109, inc. II, do Código Penal. 9. Por essa razão, fica claro que o prazo prescricional para a instauração do processo administrativo disciplinar não se consumou, uma vez que o PAD foi instaurado em 7/8/2008, sendo finalizado o prazo de 140 dias para sua conclusão em 26/12/2008, e a exoneração da impetrante do cargo em comissão foi publicada em 2 de janeiro de 2014. 10. Mandado de segurança denegado no ponto debatido, com o afastamento da prejudicial de prescrição, devendo os autos retornarem ao Relator para apreciação dos demais pontos de mérito (STJ, MS 20.857/DF, Rel. p/ Acórdão - Ministro OG FERNANDES, data de julgamento 22 de maio de 2019).

7. Posta a questão nesses termos, Senhor Procurador-Geral da União, respeitosamente elevo o presente expediente a sua consideração, com sugestão de submissão do mesmo à Consultoria-Geral da União para análise quanto ao eventual cabimento de revisão do Parecer nº AM - 03.

6. Por intermédio do Despacho nº 670/2020/DECOR/CGU/AGU, de 25/09/2020 (seq. 29), V. Exa. determinou a redistribuição deste processo com o objetivo de viabilizar uma análise minuciosa neste Departamento acerca da necessidade de revisão dos Pareceres nº AM-02 e AM-03, nos seguintes termos:

1. Dou por prejudicado o exame do Parecer nº 3/2020/CNPAD/CGU/AGU, do Parecer nº 5/2020/CNPAD/CGU/AGU e do Despacho nº 10/2020/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, por compreender que detida análise jurídica acerca da matéria também merece ser aprofundada no âmbito deste Departamento.

2. De logo, devem ser reiterados os termos do Despacho nº 144/2020/DECOR/CGU/AGU (seq. 20), aprovado pelo Despacho nº 146/2020/DECOR/CGU/AGU (seq. 21), salientando-se que, por versarem a respeito de temática homóloga, o exame quanto a eventual revisão do Parecer AM-03 (DOU 12/04/2019), diante da superveniência de precedentes do Supremo Tribunal Federal (RMS 35.383) e do Superior Tribunal de Justiça (MS 20.857), referenciados na Nota nº 18/2020/DECOR/CGU/AGU (seq. 9/10 do NUP 00739.000025/2020-31), deve ser realizado em conjunto com a análise de eventual necessidade de revisão do Parecer AM-02 (DOU 12/04/2019).

3. Acurado exame da Nota Jurídica nº 235/2020/PGU/AGU e subsequentes Despachos de aprovação (seq. 14/18), de fato, revela a superveniência de precedentes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (AgInt no MS 23.565/DF, MS 20.869/DF e MS 20.857/DF), todos em sentido contrário à posição adotada nos Pareceres AM-02 e AM-03.

4. Outrossim, é recomendável que a matéria também seja reavaliada no âmbito do DECOR/CGU porque, em estrito respeito ao que determina o § 1º do art. 37 da Lei nº 13.327, de 2016, os membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados 'buscarão garantir a segurança jurídica das ações governamentais e das políticas públicas do Estado, zelando pelo interesse público e respeitando a uniformidade institucional da atuação', por conseguinte, faz-se pertinente que seja lançada precisa orientação jurídica acerca da melhor exegese a ser conferida ao § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, sem desconsiderar os termos da jurisprudência superveniente à publicação dos Pareceres AM-02 e AM-03.

5. Acerca da segurança jurídica e da atuação harmônica dos órgãos consultivos, é cediço que cumpre ao Advogado-Geral da União, na forma do art. 4º, incisos X e XI da Lei Complementar nº 73, de 1993, '*fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;*' e '*unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal*'.

6. Registre-se, por pertinente, que no âmbito do NUP 23123.005034/2020-51 a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação lançou o Parecer nº 1030/2020/CONJUR-MEC/CGU/AGU e subsequentes Despachos de aprovação (seq. 3/5 do NUP 23123.005034/2020-51), nos quais também se argumenta a superveniência de precedente (MS 20.587) em sentido contrário à tese consolidada pelos Pareceres AM-02 e AM-03, solicitando a CONJUR/MEC manifestação deste DECOR/CGU '*quanto à manutenção ou não do entendimento esposado no Parecer nº AM-03, ante a recente mudança na jurisprudência do STJ acerca da prescrição disciplinar na hipótese de crime*'.

7. Não se olvide, ainda, que conforme já consignado na Nota nº 25/2020/DECOR/CGU/AGU (seq. 19), aprovada pelo Despacho nº 144/2020/DECOR/CGU/AGU (seq. 20) e pelo Despacho nº 146/2020/DECOR/CGU/AGU (seq. 21), no NUP 00739.000025/2020-31 também consta pedido de análise quanto à possibilidade de revisão do Parecer AM-03, remetido pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Relações Exteriores, como se observa da Nota nº 2/2020/CGDA/CONJUR-MRE /CGU/AGU e subsequentes Despachos de aprovação (seq. 1/3 do NUP 00739.000025/2020-31), que se referem ao teor do julgamento do MS 20.857 pelo Superior Tribunal de Justiça.

8. Isto posto, encareço a redistribuição do feito no âmbito deste Departamento para detido exame da matéria, cientificando-se os membros da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União. Solicito, ainda, que o apoio administrativo deste Departamento promova a juntada deste Despacho ao NUP 23123.005034/2020-51, restituindo referenciado feito à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, uma vez que o exame acerca do pedido de revisão do Parecer nº AM-03 será realizado neste NUP 00405.007812/2019-41, em conjunto com análise acerca da eventual necessidade de revisão do Parecer AM-02.

7. Em 25/09/2020, os autos foram redistribuídos ao subscritor desta peça jurídica para exame conclusivo.

É o relatório. Passa-se a opinar.

II - Objeto do parecer

8. Como relatado, aqui será apreciada a necessidade de superação dos Pareceres nº AM-02 e AM-03, aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 09/04/2019 e publicados no Diário Oficial da União de 12/04/2019, diante da mudança da interpretação conferida ao art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 pelo Superior Tribunal de Justiça.

9. Convém enfatizar que a fixação da premissa no sentido da imprescindibilidade da apuração criminal para aplicação do preceito inscrito no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 foi responsável pelas conclusões firmadas nos Pareceres nº AM-02 e AM-03.

10. Sendo assim, deve-se perquirir se a alteração da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance do § 2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais recomenda ou não a revogação dos Pareceres nº AM-02 e AM-03.

III - Interpretação vigente do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 nesta Advocacia-Geral da União

11. O art. 142 § 2º, da Lei n.º 8.112/90 estabelece que "os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime".

12. A dificuldade exegética existente há anos diz respeito à exata compreensão do disposto no art. 142 § 2º, da Lei nº 8.112/90. Uns enxergam requisito não albergado pela redação da norma, qual seja, o início da apuração em sede criminal, para permitir a aplicação dos prazos prescricionais penais às infrações disciplinares capituladas também como crime. Já outros só admitem a condição inscrita no próprio dispositivo legal para aplicação dos prazos prescricionais estabelecidos pelo art. 109 do Código Penal, isto é, bastaria a capitulação das infrações disciplinares também como crime.

13. Esta Advocacia-Geral da União já aceitou a segunda tese mencionada acima, porém atualmente adota a primeira. Isso está proclamado nos Pareceres nº AM-02 e AM-03, aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 09/04/2019 e publicados no Diário Oficial da União de 12/04/2019.

14. Pois bem. Os entendimentos consolidados nesta Advocacia-Geral da União, vinculantes para toda a Administração Pública federal na forma do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/93 e atualmente vigentes podem ser sintetizados conforme enunciados extraídos de suas próprias conclusões: I - "Aplica-se à falta disciplinar de abandono de cargo o prazo da prescrição administrativa indicada no art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990, em caso de inexistência de persecução penal para o mesmo fato." (Parecer nº 1/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, adotado pelo Parecer nº AM-02); e II - "Deve incidir a regra do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, somente nas hipóteses em que as infrações administrativas cometidas pelo servidor público também sejam ou tenham sido objeto de inquérito policial ou ação penal." (Parecer nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, adotado pelo Parecer nº AM-03).

15. Sem dúvida alguma, tais pareceres vinculantes receberam forte influência da então jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça e adotaram uma interpretação restritiva do art. 142 § 2º, da Lei n.º 8.112/90. Desse modo, passaram a exigir o início da persecução penal para a utilização dos prazos prescricionais previstos no art. 109 do Código Penal nos casos das infrações disciplinares também capituladas como crime. Tal influxo está expressamente registrado nas fundamentações dos mencionados pareceres vinculantes e até mesmo em suas conclusões ("com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria" - Parecer nº 1/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, adotado pelo Parecer nº AM-02, e "conforme a farta jurisprudência dos Tribunais Superiores mencionadas (...) para adequar-se a atual corrente jurisprudencial" - Parecer nº 2/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, acolhido pelo Parecer nº AM-03).

16. Embora a jurisprudência das Cortes Superiores tenha reconhecido relevo no sistema jurídico pátrio, cumpre ressaltar que nem todas as suas decisões gozam do efeito vinculante previsto nos art. 102, § 2º, e 103-A da Constituição da República, capaz de fazer com que a Administração Pública necessariamente siga o precedente em casos semelhantes.

IV - A mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça

17. Por vários anos, o Superior Tribunal de Justiça exigiu a apuração em inquérito policial ou ação penal para aplicar o art. 142 § 2º, da Lei nº 8.112/90. Diversos acórdãos foram proferidos e serviram para embasar os Pareceres nº AM-02 e AM-03.

18. Entretanto, recentemente o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar a tese no sentido da desnecessidade de inquérito penal ou processo penal para aplicação do art. 142 § 2º, da Lei nº 8.112/90.

19. A Procuradoria-Geral da União informou na Nota Jurídica nº 235/2020/PGU/AGU (seq. 14) que a guinada no Superior Tribunal de Justiça ocorreu nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.656.383/SC, julgados pela 1ª Seção em 27/06/2018, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRESCRIÇÃO. CÓDIGO PENAL. PENA EM ABSTRATO. OBSERVÂNCIA.

1. A contagem prescricional da ação de improbidade administrativa, quando o fato traduzir crime submetido a persecução penal, deve ser pautada pela regra do Código Penal, em face do disposto no inciso II do art. 23 da Lei nº 8.429/1992 e no § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990.

2. Se a Lei de Improbidade Administrativa (art. 23, II), para fins de avaliação do prazo prescricional, faz remissão ao Estatuto dos Servidores Públicos Federais (art. 142, § 2º) que, por sua vez, no caso de infrações disciplinares também capituladas como crime, submete-se à disciplina da lei penal, não há dúvida de que 'a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...] regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime', conforme expressa disposição do art. 109, **caput**, do Estatuto Repressor.

3. Deve ser considerada a pena *in abstracto* para o cálculo do prazo prescricional, 'a um porque o ajuizamento da ação civil pública por improbidade administrativa não está legalmente condicionado à apresentação de demanda penal. Não é possível, desta forma, construir uma teoria processual da improbidade administrativa ou interpretar dispositivos processuais da Lei n. 8.429/92 de maneira a atrelá-las a institutos processuais penais, pois existe rigorosa independência das esferas no ponto... A dois (e levando em consideração a assertiva acima) porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica.' (REsp 1.106.657/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/09/2010).

4. Embargos de divergência desprovidos.

(EDV nos ERESF nº 1.656.383-SC, relatado pelo Ministro Gurgel de Faria, julgado em 27/06/2018 pela 1ª Seção do STJ, publicado no DJe de 05/09/2018)

20. Depois desse acórdão, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o posicionamento em 24/04/2019 no julgamento do Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 23565, relatado pela Ministra Assusete Magalhães, publicado no DJe de 30/04/2019. O item VII de sua ementa registrou o seguinte:

VII. Recente entendimento foi adotado pela Primeira Seção do STJ, acerca da aplicação do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, no sentido de que 'o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica' (STJ, EDv nos ERESF 1.656.383/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 05/09/2018).

21. Não se discorda da constatação lançada pela Procuradoria-Geral da União. Todavia, vale dizer que a consolidação dessa modificação jurisprudencial, nas próprias palavras do Superior Tribunal de Justiça, só aconteceu em 22/05/2019 nos julgamentos dos Mandados de Segurança nº 20.857/DF e 20.869/DF. As próprias ementas dos referidos julgados comprovam isso ao registrarem a expressão “sedimentação do novo entendimento da Primeira Seção sobre a matéria”.

22. O Mandado de Segurança nº 20.857/DF teve seu acórdão publicado em 12/06/2019 e ganhou mais destaque que o Mandado de Segurança nº 20.869/DF, publicado somente 02/08/2019. Registra-se, contudo, que as ementas, os votos e os acórdãos são praticamente idênticos.

23. A fim de esclarecer a consolidação do novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, convém transcrever adiante a ementa e alguns votos proferidos no Mandado de Segurança nº 20.857/DF:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO. PRESCRIÇÃO. LEI PENAL. APLICAÇÃO ÀS INFRAÇÕES DISCIPLINARES TAMBÉM CAPITULADAS COMO CRIME. ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990. EXISTÊNCIA DE APURAÇÃO CRIMINAL. DESNECESSIDADE. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRECEDENTES DO STF. SEDIMENTAÇÃO DO NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO SOBRE A MATÉRIA. PRESCRIÇÃO AFASTADA NO CASO CONCRETO. WRIT DENEGADO NO PONTO DEBATIDO.

1. Era entendimento dominante desta Corte Superior o de que 'a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor. Sobre o tema: MS 13.926/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 24/4/2013; MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22/3/2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º/10/2013'.

2. Referido posicionamento era adotado tanto pela Terceira Seção do STJ - quando tinha competência para o julgamento dessa matéria - quanto pela Primeira Seção, inclusive em precedente por mim relatado (MS 13.926/DF, DJe 24/4/2013).

3. Ocorre que, em precedente recente (EDv nos EREsp 1.656.383-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 27/6/2018, DJe 5/9/2018), a Primeira Seção superou seu posicionamento anterior sobre o tema, passando a entender que, diante da rigorosa independência das esferas administrativa e criminal, não se pode entender que a existência de apuração criminal é pré-requisito para a utilização do prazo prescricional penal.

4. Não se pode olvidar, a propósito, o entendimento unânime do Plenário do STF no MS 23.242-SP (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10/4/2002) e no MS 24.013-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 31/3/2005), de que as instâncias administrativa e penal são independentes, sendo irrelevante, para a aplicação do prazo prescricional previsto para o crime, que tenha ou não sido concluído o inquérito policial ou a ação penal a respeito dos fatos ocorridos.

5. Tal posição da Suprema Corte corrobora o entendimento atual da Primeira Seção do STJ sobre a matéria, pois, diante da independência entre as instâncias administrativa e criminal, fica dispensada a demonstração da existência da apuração criminal da conduta do servidor para fins da aplicação do prazo prescricional penal.

6. Ou seja, tanto para o STF quanto para o STJ, para que seja aplicável o art. 142, § 2º da Lei n. 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor. Isso porque o lapso prescricional

não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada à segurança jurídica. Assim, o critério para fixação do prazo prescricional deve ser o mais objetivo possível - justamente o previsto no dispositivo legal referido -, e não oscilar de forma a gerar instabilidade e insegurança jurídica para todo o sistema.

7. A inexistência de notícia nos autos sobre a instauração da apuração criminal quanto aos fatos imputados à impetrante no caso concreto não impede a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990.

8. O prazo prescricional pela pena em abstrato prevista para os crimes em tela, tipificados nos arts. 163, 299, 312, § 1º, 317, 359-B e 359-D do Código Penal (cuja pena máxima entre todos é de doze anos), é de 16 (doze) anos, consoante o art. 109, inc. II, do Código Penal.

9. Por essa razão, fica claro que o prazo prescricional para a instauração do processo administrativo disciplinar não se consumou, uma vez que o PAD foi instaurado em 7/8/2008, sendo finalizado o prazo de 140 dias para sua conclusão em 26/12/2008, e a exoneração da impetrante do cargo em comissão foi publicada em 2 de janeiro de 2014.

10. Mandado de segurança denegado no ponto debatido, com o afastamento da prejudicial de prescrição, devendo os autos retornarem ao Relator para apreciação dos demais pontos de mérito.

Voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

(...)

9. **In casu**, não há notícia de que tenha sido instaurada apuração criminal quanto aos fatos imputados à impetrante. Ressalte-se que a inexistência de persecução penal, além de alegada na inicial da impetração, não foi refutada nas informações prestadas pela autoridade coatora, de onde se extrai, inclusive, a argumentação de que é de se notar que o comando contido no § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90 em momento algum condiciona a aplicação da prescrição penal à instauração paralela de investigação criminal em face dos servidores faltosos. Desta feita, a aplicação do prazo prescricional previsto na lei criminal independe da existência de apuração penal em curso (fls. 4.391).

10. Essa argumentação parece tender a insinuar que a própria autoridade administrativa sancionadora poderia tipificar penalmente o ilícito, definir a sua sanção e o respectivo lapso temporal prescricional, coisa que, pelo sistema jurídico brasileiro, cabe, com exclusividade, ao Juiz do Crime, em justo processo regular, deflagrado pelo Ministério Público ou mediante queixa. Como isso não se deu no caso vertente, é fora de dúvida que não se pode aplicar a regência da Lei Penal à prescrição administrativa. Em face disso, esta prescrição administrativa se regerá pela Lei 8.112/1990, afastada a incidência da Lei Penal.

(...)

Voto do Ministro Og Fernandes:

(...)

Como exposto no voto do Relator, era entendimento dominante desta Corte Superior o de que 'a aplicação do prazo previsto na lei penal exige a demonstração da existência de apuração criminal da conduta do Servidor. Sobre o tema: MS 13.926/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 24/4/2013; MS 15.462/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22/3/2011 e MS 13.356/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 1º/10/2013'.

Referido posicionamento era adotado tanto pela Terceira Seção do STJ - quando tinha competência para o julgamento dessa matéria - quanto pela Primeira Seção, inclusive em precedente por mim relatado (MS 13.926/DF, DJe 24/4/2013).

Ocorre que, em julgado recente (EDv nos EREsp 1.656.383-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 27/6/2018, DJe 5/9/2018), a Primeira Seção, por maioria (vencido o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, ora Relator), superou seu posicionamento anterior sobre o tema, passando a considerar que, diante da rigorosa independência das esferas administrativa e criminal, não se pode entender que a existência de apuração criminal é pré-requisito para a utilização do prazo prescricional penal. (...)

Não se pode olvidar, a propósito, o entendimento unânime do Plenário do STF no MS 23.242-SP (Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 10/4/2002) e no MS 24.013-DF (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 31/3/2005), de que as instâncias administrativa e penal são independentes, sendo irrelevante, para a aplicação do prazo prescricional previsto para o crime, que tenha ou não sido concluído o inquérito policial ou a ação penal a respeito dos fatos ocorridos.

Tal posição da Suprema Corte, como se verifica, corrobora o entendimento atual da Primeira Seção do STJ sobre a matéria, pois, diante da independência entre as instâncias administrativa e criminal, fica dispensada a demonstração da existência da apuração criminal da conduta do servidor para fins da aplicação do prazo prescricional penal.

Ou seja, tanto para o STF quanto para o STJ, a fim de que seja aplicável o art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, não é necessário demonstrar a existência da apuração criminal da conduta do servidor. Isso porque o lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de apuração criminal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada à segurança jurídica. Assim, o critério para fixação do prazo prescricional deve ser o mais objetivo possível - justamente o previsto no dispositivo legal referido -, e não oscilar de forma a gerar instabilidade e insegurança jurídica para todo o sistema.

Aplicando-se tal premissa ao caso concreto, discordo da conclusão a que chegou o Relator, pois a inexistência de notícia nos autos sobre a instauração da apuração criminal quanto aos fatos imputados ao impetrante não impede a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n. 8.112/1990.

(...)

Voto do Ministro Gurgel de Faria:

Cumprido destacar que, nesse mesmo sentido, vem-se manifestando o Supremo Tribunal Federal. Ilustrativamente:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA EVIDENCIADA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAR AS RAZÕES. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.024, § 3º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO CNMP. CONDUCTA QUE CARACTERIZA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E PENAL. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA LEI PENAL, INDEPENDENTEMENTE, DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO NA ESFERA CRIMINAL. OBSERVÂNCIA AO ART. 244, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LC 75/93. PRECEDENTES. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUCTA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA MANDAMENTAL. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO, AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (MS 35631 ED/DF, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 22-11-2018, REPUBLICAÇÃO: DJe 26-11-2018).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. FATO CAPITULADO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO PUNITIVA ESTATAL. PRAZO FIXADO A PARTIR DA LEI PENAL (ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990). PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”. (RMS 33.858/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 18/12/2015)

I. - Processo administrativo disciplinar: renovação. Anulado integralmente o processo anterior dada a composição ilegal da comissão que o conduziu - não, apenas, a sanção disciplinar nele aplicada -, não está a instauração do novo processo administrativo vinculado aos termos da portaria inaugural do primitivo.

II. - Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em consequência se veio a renovar -, se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito” (MS 24.013/DF, Redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 1.7.2005)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence.

2. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no RMS 31.506/DF, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 26.3.2015).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. MERA REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO EM INSTÂNCIA PRÓPRIA. DESCUMPRIMENTO DE DEVER RECURSAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR CAPITULADA COMO CRIME. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DISCIPLINAR. PRAZO FIXADO A PARTIR DA LEI PENAL (ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990). NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RMS 30.965/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.10.2012).

Mandado de Segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Processo Administrativo Disciplinar. 4. Conselho Nacional do Ministério Público. 5. Decadência do direito à impetração não configurada. 6. Alegação da necessidade de abertura de sindicância não conhecida. 7. Independência da atividade fiscalizatória do Senado e das competências disciplinares do CNMP. Tutela de bens jurídicos distintos. Princípio do non bis in idem não violado. 8. Renovações sucessivas da suspensão cautelar por quase dois

anos. Incompatibilidade com a LCE 25/98. Impossibilidade de medida cautelar antecipar pena. 9. Princípios do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa violados. 10. Decurso do prazo prescricional não demonstrado. 11. Anulação de todas as provas que ensejaram a abertura do PAD pelo STF (RHC 135.683, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 3.4.2017). 12. Segurança concedida para determinar o retorno do impetrante às suas funções e para decretar a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar 0.00.000326/2013-60. (MS 32788/GO, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 20-03-2018)

Do voto do em. Ministro relator, destaca-se o seguinte excerto: Sobre o tema relativo ao prazo prescricional em processo administrativo disciplinar, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de bastar a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal.

(...)

(Mandado de Segurança nº 20.857-DF, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e tendo sido designado o Ministro Og Fernandes como relator para acórdão, julgado em 22/05/2019 pela 1ª Seção do STJ, publicado no DJe de 12/06/2019)

24. Destarte, julga-se apropriado tomar a data de publicação do Mandado de Segurança nº 20.857/DF (12/06/2019) como um marco mais prudente na definição do câmbio havido.

25. Como já observado anteriormente, os Pareceres nº AM-02 e AM-03 foram aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 09/04/2019 e publicados no Diário Oficial da União de 12/04/2019. São, portanto, anteriores a essa consolidação da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação a ser conferida ao § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

26. Após os Mandados de Segurança nº 20.857/DF e 20.869/DF, o Superior Tribunal de Justiça ratificou seu novo posicionamento em ao menos outras duas recentes oportunidades (Mandado de Segurança nº 25.401/DF, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, julgado pela 1ª Seção em 27/05/2020, publicado no DJe de 28/08/2020, e no Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 58.488/BA, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, julgado pela 2ª Turma em 15/09/2020, publicado no DJe de 02/10/2020).

V - O posicionamento do Supremo Tribunal Federal

27. Pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal indica há algum tempo uma certa preferência pela tese da dispensa de apuração criminal para aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90. Em muitos de seus acórdãos, é verdade, havia inquérito policial ou ação penal em curso, o que dificultava a exata compreensão acerca do entendimento da Corte Suprema. Em outros, o Supremo Tribunal Federal não foi explícito.

28. A título ilustrativo, adiante serão transcritos parcialmente alguns desses acórdãos.

29. No Mandado de Segurança nº 23.310/RJ, não houve notícia de inquérito penal ou ação penal no caso analisado, mas o Plenário do Supremo Tribunal Federal não foi explícito sobre a desnecessidade de início da apuração criminal para a aplicação do art. 142 § 2º, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO.

I - Inocorrência de prescrição: na hipótese de a infração disciplinar constituir também crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei 8.112/90, art. 142, § 2º.

II - Demissão assentada em processo administrativo disciplinar, no qual foi assegurado ao servidor o direito de defesa.

III - Inocorrência de direito líquido e certo, que pressupõe fatos incontroversos apoiados em prova pré-constituída, não se admitindo dilação probatória.

IV - O fato de encontrar-se o servidor em gozo de licença médica para tratamento de saúde não constitui óbice à demissão.

V - M.S. indeferido.

(Mandado de Segurança nº 23.310, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, julgado pelo Plenário do STF em 1º/07/2002, publicado no DJ de 27/06/2003)

30. No Mandado de Segurança nº 24.013/DF, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, tendo sido responsável pela elaboração do acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pelo Plenário do STF em 31/03/2005, publicado no DJ de 1º/07/2005, havia inquérito policial em curso e a ementa registrou a desnecessidade de processo penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. FATO CAPITULADO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO PUNITIVA ESTATAL. PRAZO FIXADO A PARTIR DA LEI PENAL (ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990). PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO". (RMS 33.858/DF, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 18/12/2015)

I. - Processo administrativo disciplinar: renovação. Anulado integralmente o processo anterior dada a composição ilegal da comissão que o conduziu - não, apenas, a sanção disciplinar nele aplicada -, não está a instauração do novo processo administrativo vinculado aos termos da portaria inaugural do primitivo.

II. - Infração disciplinar: irrelevância, para o cálculo da prescrição, da capitulação da infração disciplinar imputada no art. 132, XIII - conforme a portaria de instauração do processo administrativo anulado -, ou no art. 132, I - conforme a do que, em consequência se veio a renovar -, se, em ambos, o fato imputado ao servidor público - recebimento, em razão da função de vultosa importância em moeda estrangeira -, caracteriza o crime de corrupção passiva, em razão de cuja cominação penal se há de calcular a prescrição da sanção disciplinar administrativa, independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito" (MS 24.013/DF, Redator para o acórdão o Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 1.7.2005)

(...)

Voto do Ministro Ilmar Galvão:

(...)

Tal circunstância em nada se modifica pelo fato de o inquérito policial que investiga, na esfera criminal, o impetrante não haver sido concluído, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes (...)

Voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

(...)

O exame dos autos convenceu-me de que o Ministro Ilmar Galvão deu ao caso solução irrepreensível.

(...)

31. No Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF também havia inquérito policial e o Supremo avançou um pouco mais no esclarecimento de sua posição. Todavia, constou da ementa a possibilidade de incidência do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 "independentemente da instauração de ação penal":

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA TAMBÉM TIPIFICADA COMO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. Precedente: MS 24.013, Rel. para o acórdão Min. Sepúlveda Pertence. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Voto do Ministro Roberto Barroso:

(...)

2. A parte agravante tenta afastar o precedente citado na decisão recorrida com base em particularidade não determinante da aplicação da tese ali veiculada. Da leitura do voto condutor do acórdão do MS 24.013/STF, observo que em nenhum momento assentou-se a imprescindibilidade, para a incidência da regra prevista no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, de pronunciamento judicial reconhecendo configurar a infração administrativa, também, um ilícito penal.

3. De qualquer modo, verifico que o relator do mandado de segurança originário consignou, em seu voto, que “as infrações administrativas imputadas ao impetrante (...) também se configuram como crime de corrupção passiva (art. 317 do CP)”.

4. Assim, não merece reparo o acórdão recorrido, consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que, capitulada a infração administrativa como crime, o prazo prescricional da respectiva ação disciplinar tem por parâmetro o estabelecido na lei penal (art. 109 do CP), conforme determina o art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, independentemente da instauração de ação penal. A orientação decorre não só da disposição expressa e clara da norma legal, a qual não vincula a aplicação do prazo prescricional diferenciado à existência de ação penal em curso (“[o]s prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”), mas, também, do princípio da independência entre as esferas penal e administrativa.

5. A posição sustentada pelo agravante pauta-se no fundamento de que, sem a deflagração da iniciativa criminal, seria incerto o tipo em que o servidor seria incurso e, portanto, não seria razoável a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990. Tal argumento, no entanto, é frágil, já que nem mesmo no âmbito da ação penal instaurada há garantia de não alteração da capitulação dos fatos (art. 383 do CPP).

6. O prazo prescricional diferenciado encontra justificativa suficiente na gravidade da infração disciplinar, razão pela qual se revela desnecessário subordinar a incidência da norma estatutária à existência de ação penal em curso, em concomitância com o PAD.

7. Dito isso, reitero que o arquivamento do inquérito policial instaurado contra o ora recorrente (IP nº 013/2000) não impede que a prescrição da ação disciplinar seja calculada nos termos do art. 142, § 2º da Lei nº

8.112/1990, já que a não instauração de ação penal teve por base, no caso, a insuficiência de provas para persecução criminal, e não outra causa que produzisse coisa julgada no cível. É dizer: não houve reconhecimento de estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, nem foi afirmada, categoricamente, a inexistência do fato (e.g., CPP, arts. 65 e 66).

8. Em nada modifica a situação do agravante a alegação de que "não falou o Juiz do Crime da insuficiência de prova, mas, sim, que 'não há prova da ocorrência do crime do Artigo 317'. Isso porque não repercute na esfera administrativa o arquivamento do inquérito por falta de provas, como ocorreu no presente caso (arts. 66 e 67, I, do CPP).

(...)

(Agravamento Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF, relatado pelo Ministro Roberto Barroso, julgado pela 1ª Turma do STF em 03/03/2015, publicado no DJe de 26/03/2015)

32. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.858/DF, o Supremo Tribunal Federal novamente enfatizou o princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. FATO CAPITULADO COMO CRIME. PRESCRIÇÃO PUNITIVA ESTATAL. PRAZO FIXADO A PARTIR DA LEI PENAL (ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990). PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Voto da Ministra Cármen Lúcia:

(...)

3. A tese, contudo, fica prejudicada diante da orientação deste Supremo Tribunal no sentido de bastar a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal. Nesse sentido, por exemplo [Mandado de Segurança nº 24.013/DF, Agravamento Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.965/DF] (...)

4. Nesses termos, a absolvição do Recorrente na instância penal mostra-se indiferente, pelo princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal, a significar a atuação simultânea das esferas, sem afetarem-se umas às outras, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria (por exemplo, Mandado de Segurança n. 25.880/DF, Relator o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 16.3.2007; Recurso Extraordinário com Agravamento com Repercussão Geral n. 691.306/MS, Relator o Ministro Cezar Peluso, Plenário Virtual, DJe 11.9.2012; Embargos de Declaração no Agravamento de Instrumento n. 521.569/PE, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 14.5.2010; Mandado de Segurança n. 21.708, Redator para o acórdão o Ministro Maurício Corrêa, Plenário, DJ 18.5.2001; Mandado de Segurança n. 22.438, Relator o Ministro Moreira Alves, Plenário, DJ 6.2.1998), o que não se teve na espécie vertente.

5. Tendo o fato imputado ao Recorrente caracterizado o crime de tentativa de homicídio por motivo fútil, capitulado no art. 121, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, do Código Penal (Ação Penal nº 2004.37.00.004862-0), incide a regra do § 2º do art. 142 da Lei n. 8.112/1990, pelo qual se determina a

consideração do prazo prescricional previsto na lei penal: 20 anos, no caso (art. 109, inc. I, do Código Penal).

(...)

(Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.858/DF, relatado pela Ministra Cármen Lúcia, julgado pela 2ª Turma do STF em 1º/12/2015, publicado no DJe de 18/12/2015)

33. Nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 35.631/DF, o Supremo Tribunal Federal ainda deixou dúvidas. No caso apreciado inexistia inquérito policial, mas o Ministro relator empregou na ementa e no voto expressões distintas para determinar a incidência do § 2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA EVIDENCIADA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA COMPLEMENTAR AS RAZÕES. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.024, § 3º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO CNMP. CONDUTA QUE CARACTERIZA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E PENAL. LEGITIMIDADE DA APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA LEI PENAL, INDEPENDENTEMENTE, DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO NA ESFERA CRIMINAL. OBSERVÂNCIA AO ART. 244, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LC 75/93 [redação bastante semelhante ao preceito contido no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90]. PRECEDENTES. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA MANDAMENTAL. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO, AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Voto do Ministro Alexandre de Moraes:

(...)

Conforme afirmei, tratando-se de conduta que, concomitantemente, tipifica-se como infração administrativa e penal, o procedimento que tramita na esfera administrativa deve observar - por imposição dos princípios da legalidade e da independência entre as esferas penal e administrativa - o prazo prescricional previsto na lei penal, independentemente, da instauração da ação penal correspondente aos mesmos fatos. Esse entendimento foi reproduzido por esta CORTE no RMS 31.506 AgR (...)

(Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 35.631/DF, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, julgado pela 1ª Turma em 12/11/2018, publicado no DJe de 26/11/2018)

34. Entretanto, após a publicação dos Pareceres nº AM-02 e AM-03, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.383/DF, realizado na sessão virtual de 21 a 27/06/2019, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal passou a defender explicitamente a desnecessidade de qualquer tipo de apuração criminal para a aplicação dos prazos prescricionais penais às infrações administrativas também capituladas como crime:

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo e Processual Civil. Processo administrativo disciplinar. 3. Alegações de incompetência da autoridade julgadora, de violação da Súmula Vinculante 10 e de declaração de inconstitucionalidade transversa pela decisão agravada. Inocorrência. Aplicação do Decreto 3.035/1999. Vedação do art. 4º, inciso IV, da Lei Complementar 73/1993.

Hipótese de paralisação dos efeitos de dispositivo legal em razão de decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo, com fundamento no art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal. Autorização constitucional de delegação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo para aplicar pena de demissão a servidor público. Precedentes. 4. Alegação de prescrição da pretensão sancionatória administrativa. Infrações disciplinares capituladas como ilícitos penais (art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990). Aplicação dos prazos prescricionais penais. Precedentes. 5. Suscitada violação ao princípio da não surpresa. Inocorrência. Amplo debate dos fatos pelas partes. Presunção **iure et de iure** de conhecimento geral da lei. 6. Alegação de impedimento e suspeição do presidente da Comissão processante pelo fato de ter integrado outra comissão e possuir conhecimento prévio sobre os fatos apurados. Ausência de manifestação sobre o mérito do processo objeto do **mandamus**. Inexistência de amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com cônjuge, companheiro e parentes até o terceiro grau do investigado. Inocorrência das hipóteses de impedimento ou suspeição. Precedentes. 7. Transição de provas de um processo para outro. Aproveitamento de provas legitimamente produzidas em outro processo. Viabilidade. Inocorrência de nulidade. 8. Alegações de cerceamento de defesa por não ter sido produzida prova requerida pelo acusado. Violação do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Prejuízo à defesa não demonstrado. 9. Alegações de desproporcionalidade da pena aplicada e de inadequação na subsunção dos fatos aos tipos infracionais. Necessidade de reexame fático-probatório. Descabimento na via estreita do mandado de segurança. 10. Argumentos incapazes de infirmar a decisão agravada. 11. Agravamento regimental desprovido.

Voto do Ministro Gilmar Mendes:

(...)

No que tange a alegação de prescrição da pretensão punitiva, também não assiste razão ao recorrente.

Conforme exposto no julgado ora recorrido, esta Corte, à luz do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/1990, firmou orientação no sentido de que basta a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei penal no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes [MS-ED 35631 e MS 33736] (...)

No caso dos autos, constata-se que a infração disciplinar objeto do processo administrativo disciplinar instaurado pelo Corregedor-Geral da União para apurar a responsabilidade do impetrante também se qualifica como delito penal, o que atrai a aplicação do prazo prescricional diferenciado. (...)

Assim, é indiferente o argumento de que o agravante 'nunca foi indiciado, denunciado ou muito menos condenado por qualquer crime, em especial aquele capitulado no art. 325 do Código Penal', uma vez que a jurisprudência firmou-se no sentido de ser irrelevante a instauração de processo penal a respeito da caracterização de crimes pelas infrações administrativas imputadas ao impetrante, para fins de cálculo da prescrição, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera penal, da inexistência do fato ou negativa de autoria. Cito, a propósito, os julgados a seguir [RMS 33.937 e RMS-Agr 31.506] (...)

Dessa forma, sendo necessária apenas a capitulação da infração administrativa como crime para ser considerado o prazo prescricional previsto na lei criminal, não prospera o recurso, no ponto.

(...)

(Agravado Regimental em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 35.383/DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado pela 2ª Turma do STF na sessão virtual de 21 a 27/06/2019, publicado no DJe de 06/08/2019)

VI - Nova interpretação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 nesta Advocacia-Geral da União

35. Expostos nos capítulos anteriores as teses vigentes no âmbito da Advocacia-Geral da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação do § 2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, chega o momento de enfrentar o tema mais detalhadamente a fim de determinar se o posicionamento desta Advocacia-Geral da União deve ou não ser modificado.

36. O art. 142 da Lei n.º 8.112/90 assim preceitua:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

37. Por sua vez, o Código Penal apresenta as seguintes regras sobre os prazos prescricionais penais:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.
(...)

38. Como visto, a **quaestio** diz respeito aos requisitos para a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90. Deve ou não haver o início da apuração criminal para que seja possível empregar os prazos prescricionais penais às infrações administrativas também capituladas como crime?

39. De plano, vale dizer que as duas principais teses sobre o assunto possuem fundamentos jurídicos apreciáveis. Tanto isso é verdade que ao longo do tempo órgãos jurídicos de quilate inquestionável alternaram o posicionamento sobre a interpretação a ser conferida ao § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90.

40. No campo doutrinário, a divergência também é sentida. Há autores que defendem a utilização do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90 independentemente da existência de inquérito policial ou processo penal e outros que exigem esse requisito não estampado na lei.

41. O jurista José dos Santos Carvalho Filho integra o primeiro grupo de doutrinadores, já que anota a importante mudança de entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e a ela não faz objeções:

Não custa anotar que a pretensão punitiva da Administração em relação a infrações de seus servidores sujeita-se à prescrição, variando o prazo conforme a espécie da sanção imposta (art. 142, I a III, Lei nº 8.112/1990). Se a infração disciplinar é também capitulada como crime, o prazo prescricional será o previsto na lei penal (art. 142, § 2º). Preteritamente, exigia-se que já houvesse apuração criminal da conduta do servidor como requisito para o início do prazo. [STJ, MS 13.926, j. em 27.2.2013, e MS 15462, j. em 14.3.2011] Tal interpretação, contudo, foi alterada para o fim de excluir esse requisito, sustentando-se que deve prevalecer critério objetivo em prol da segurança jurídica, qual seja, o fixado na lei penal. [STJ, MS 20.857, j. em 22.5.2019]¹

42. A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona o emprego da prescrição penal às infrações administrativas também capituladas como crime sem exigir inquérito policial em curso:

Com relação aos prazos para punir, que são estabelecidos em favor do administrado, são fatais para a Administração. Na esfera federal, prescreve em 180 dias a pena de advertência, em dois anos a de suspensão e em cinco anos as de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão (art. 142 da Lei nº 8.112/90). No Estado de São Paulo, os prazos são de dois e cinco anos, respectivamente (art. 261 do Estatuto). Nas duas leis, a falta também prevista em lei como crime prescreverá juntamente com este.²

43. Edmir Netto de Araújo sustenta expressamente a prescindibilidade de inquérito policial, denúncia ou ação penal para utilização do art. 142, § 2º, do Estatuto dos Servidores:

Ou seja, quando a falta disciplinar é descrita também como ilícito penal (crimes contra a Administração Pública, a Fazenda Pública, a fé pública, ou previstos nas leis de segurança ou defesa nacional, mais outros assim caracterizados na portaria inicial do processo administrativo disciplinar (p. ex., Lei paulista nº 10.261/68, art. 257, incisos II, III, V, VI, VII, VIII, X), é, portanto, aplicável nesse caso a prescrição em abstrato, que no Código Penal está ementada como 'prescrição antes de transitar em julgado a

sentença', regulada pelo artigo 109 e seus incisos I a VI do mesmo diploma legal:

'Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.'

(...)

Por outro lado, de acordo com a doutrina (p. ex., Tourinho Filho, Processo Penal, Editora Saraiva, 1992, p. 187, v. 4) e jurisprudência predominante (STF, em RDA 152:77 e RTJ 143:848, dentre vários outros arestos), é pacífico que o indiciado se defende dos fatos descritos na portaria inicial e não de sua qualificação legal, ou daquela constante de indiciamento em inquérito policial, de denúncia, da própria ação penal e nem mesmo de despacho judicial de arquivamento de inquérito, que entenda que o fato não constitui crime, ou que ocorre a prescrição em concreto.

Assim sendo, tratando-se de 'prescrição antes de transitar em julgado a sentença, como referido no Código Penal, pouco importa que o inquérito policial pelos mesmos fatos tenha sido aceito ou arquivado, que tenha havido denúncia pelo Ministério Público, aceita pelo juiz, que tenha prosseguido a ação penal e que esta tenha sido decidida com condenação ou absolvição (exceto, é claro, quando a sentença reconhece expressamente a inexistência do fato, nega a autoria ou admite excludente de criminalidade). Na verdade, é até mesmo irrelevante que tenha sido instaurado inquérito policial (Edmir Netto de Araújo, Curso, cit., p. 960).

Esta interpretação é ratificada pelo artigo 67 e seus incisos I, II e III do Código de Processo Penal, que afirmam não impedirem a ação civil (ação 'não penal', portanto também a administrativa) o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação, a decisão que julgar extinta a punibilidade ou a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime, além da Súmula nº 18 do STF, que permite a punição -administrativa pelo resíduo.³

44. De outro lado, aparecem os autores que só aplicam o art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90 no caso da existência de inquérito policial ou ação penal.

45. Nesse sentido, Reinaldo Couto exige a apuração criminal prévia: "Deve ser observado que, nos casos de ilícito funcional que seja capitulado também como crime, a prescrição somente observará os prazos da lei penal se a infração penal estiver sendo apurada na esfera própria. Caso o crime não esteja sendo apurado na esfera criminal, conservam-se os prazos do artigo acima transcrito. [art. 142, I a III, da Lei n.º 8.112/90]"⁴

46. Apoiado na ultrapassada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião José Lessa também cobra a apuração criminal:

Está dito no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90: 'Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações capituladas também como crime'. (grifos nossos)

A respeito da norma, o julgado do Pretório Excelso: '[...] III. Na hipótese de a infração disciplinar constituir crime, os prazos de prescrição previstos na lei penal têm aplicação: Lei nº 8.112/90, art. 142, § 2º. Inocorrência de prescrição no caso' (STF, MS nº 23.2421/SP, Rel. Min. Carlos Velloso DJ, 17 maio 2002; STJ, MS nº 13.640/DF, Rel. Min. Félix Fischer, DJe, 13 fev. 2009). No entanto, 'a mera presença de indícios de prática de crime sem a devida apuração nem formulação de denúncia, obsta a aplicação do regramento da legislação penal para fins de prescrição, devendo esta ser regulada pela norma administrativa, especificamente o caput do aludido art. 142 da norma estatutária' (STJ, RMS nº 14.420/RS, Rel. Min. Vicente Leal, DJ, 30 set. 2002, grifos nossos)

E mais: Nos casos em que o suposto ilícito praticado pelo servidor não for objeto de ação penal ou o servidor for absolvido, aplica-se o disposto na legislação administrativa quanto ao prazo prescricional. Precedentes. (STJ, MS nº 12.090/DF, Rel. Min Arnaldo Esteves Lima, DJ 21 maio 2007)⁵

47. O Professor José Armando da Costa defende tese ainda mais restritiva no que se refere à utilização do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90. Ele só admite a extensão dos prazos prescricionais penais às infrações administrativas também classificadas como crime após o trânsito em julgado da sentença criminal. Eis o pensamento do mencionado autor:

A incidência do disposto no § 2º do art. 142 do estatuto federal (...) somente encontra regência quando haja cognição penal. E esta somente resta satisfeita com o advento da decisão condenatória não mais sujeita a recurso.

É curial que somente o Poder Judiciário, por meio da justiça criminal, tem legitimidade constitucional para proclamar, com definitividade, a existência de um crime. Somente depois desse reconhecimento judicial é que poderá a infração penal servir de justo título para produzir os recepcionados efeitos nas demais instâncias.

Para que resulte legitimada a regência da legislação penal para o efeito do estabelecimento do prazo da prescrição disciplinar, nos termos do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, não basta que haja regular apuração criminal em andamento. E sim requer a existência de provimento criminal transitado em julgado.

Equivocadamente, alguns órgãos judicantes, para admitirem essas excepcionais projeções da instância criminal, se apegam ao simples despacho judicial de recebimento da denúncia do Ministério Público. Juízo esse que, quando muito, revela apenas plausibilidade condenatória (*fumus boni juris*), e nunca a certeza legal sobre a prática do crime.

Com tal errônea, já tem decidido o egrégio Superior Tribunal de Justiça (...)

O recebimento da denúncia - ajuntado ao presumido desenvolvimento regular do processo - não estabelece uma base processual de conhecimento suficiente para ensejar a projeção do efeito instituído na disposição estatutária referida.

Até que a decisão penal condenatória adquira o feitiço de coisa julgada (*res judicata*), pode haver a mudança de enquadramento penal, ou até mesmo a absolvição que negue categoricamente a existência do fato ou de sua autoria. Por conseguinte, o simples recebimento da exordial do Ministério

Público não é o bastante para que, nesses casos, se estenda à instância disciplinar a mencionada regência prescricional do Direito Penal.

(...)

Isso ocorre com fundamento na simples razão de que somente à Justiça Criminal - conforme o dogma constitucional da separação de poderes - compete jurisdizer, por sentença formal, quem praticou, ou não, crime.

Não existe no direito pátrio nem no alienígena nenhuma disposição que, tomando por esteio a prática de crime, prescindia da sentença penal respectiva passada em julgado. Principalmente quando tal diagnóstico jurídico-penal, em sua exata e lúdica compreensão, deva repercutir em outras instâncias.

(...) [6]

48. Após o rigoroso cotejo das correntes jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema, acredita-se que a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 não requer a instauração prévia de inquérito policial ou ação penal.

49. Tal entendimento se mostra condizente com a redação e o espírito do dispositivo legal e com os mais caros princípios do sistema constitucional-administrativo pátrio.

50. A redação do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90 é clara. O comando aponta no sentido de que o Direito Administrativo deixe de aplicar seus prazos prescricionais próprios e tome por empréstimo os prazos previstos no Direito Penal quando as infrações disciplinares também forem classificadas como crime.

51. Evidentemente, em seu texto, o comando legal não exige inquérito policial, denúncia, ação penal, sentença criminal nem muito menos sentença criminal transitada em julgado.

52. Outrossim, vale destacar que ordinariamente os prazos de prescrição disciplinar são aqueles previstos nos incisos do art. 142 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Sendo certo que a norma inscrita no § 2º do art. 142 regula uma situação diferenciada, só alcançando as infrações disciplinares também capituladas como crime.

53. A rigor, a Lei n.º 8.112/90 poderia admitir apenas o regime de prescrição disciplinar regulado nos incisos I, II e III do art. 142. Se o § 2º do art. 142 não existisse, não haveria a extensão de prazos prescricionais penais a infrações disciplinares capituladas como crime. Porém, não foi assim que o legislador agiu. O ordenamento previu a comunicação entre os sistemas administrativo e penal nos exatos termos do referido § 2º do art. 142.

54. Configurada a situação descrita no § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90, deverá a Administração aplicar os prazos de prescrição previstos na legislação penal. A norma obriga a Administração a regular a prescrição nos seus termos quando se estiver diante de infração administrativa também tipificada como crime.

55. Com efeito, ao realizar tal tarefa, a Administração exerce sua função administrativa típica. A capitulação do crime pela Administração para os fins almejados pelo § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90 é exercício da função administrativa. Mais precisamente, é decorrência do poder disciplinar ostentado pela Administração.

56. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o "poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa"⁷

57. O Professor José dos Santos Carvalho Filho também apresenta interessante lição sobre a disciplina funcional:

A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta destes seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções.

Disciplina funcional, assim, é a situação de respeito que os agentes da Administração devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações a eles impostos.⁸

58. Dessa forma, não é razoável exigir instauração de inquérito policial, oferecimento de denúncia ou existência de ação penal para o exercício da atividade administrativa descrita no § 2º do art. 142 da Lei n.º 8.112/90.

59. Como dito, a capitulação na forma do § 2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais retrata exercício da função administrativa e não se confunde, de modo algum, com usurpação da jurisdição penal pela Administração.

60. Não há afronta alguma ao princípio da separação de poderes. Em realidade, a interpretação aqui vislumbrada protege e realiza a separação de poderes.

61. A fim de afastar qualquer tentativa de equiparar a capitulação prevista no art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 com o exercício da jurisdição penal, vários fundamentos podem ser lançados.

62. Em primeiro lugar, não se deve olvidar que a lei determinou que a Administração fizesse a capitulação e aplicasse os prazos prescricionais penais.

63. Em segundo lugar, parece óbvio que a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 não permitirá que a Administração substitua o Poder Judiciário e aplique uma sanção penal ao servidor.

64. E, por último, a interpretação do § 2º do art. 142 do Estatuto dos Servidores aqui sustentada não impede eventual controle judicial, preservando, assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV, da Constituição da República).

65. Parece haver uma supervalorização do ato de capitular uma infração administrativa como crime. No entanto, não merece prosperar essa tentativa de equiparação entre as atividades administrativa e jurisdicional. Tais atividades possuem natureza distinta e, por isso, seguem regramentos próprios.

66. Na seara administrativa, por vezes, o servidor público tem de avaliar a ocorrência ou não de crime. Basta lembrar os deveres a ele impostos pelos incisos III, IV e VI do art. 116 da Lei n.º 8.112/90, assim enunciados:

Art. 116. São deveres do servidor:

(...)

III - observar as normas legais e regulamentares;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

(...)

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

67. Por oportuno, cabe observar que as eventuais irregularidades e ilegalidades sugeridas nas normas transcritas acima podem até mesmo ter natureza penal. Em razão disso, o servidor deve fazer um juízo sobre determinadas condutas, classificando-as como criminosas ou não. A depender de sua avaliação, adotará as providências previstas em lei.

Além das normas citadas e do art. 142, § 2º, seguem alguns outros exemplos estatutários dessa necessidade de capitulação por parte dos servidores:

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

(...)

Art. 154. Os autos da sindicância integram o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.

Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.

(...)

68. Por certo, o mencionado parágrafo único do art. 154 da Lei n.º 8.112/90 ao estabelecer que no relatório da sindicância pode haver a capitulação da infração disciplinar também como crime evidencia a possibilidade de tipificação pela Administração.

69. Assim, percebe-se que essa avaliação da tipicidade penal pelos servidores públicos é admitida e até mesmo estimulada pela legislação administrativa em vigor.

70. Neste momento, deve-se indicar o princípio da independência relativa entre as instâncias administrativa e penal como um outro forte argumento para apoiar a tese pela prescindibilidade de persecução criminal para utilização do art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90 pela Administração.

71. Tal princípio resulta da conjugação dos arts. 121, 125 e 126 do Estatuto dos Servidores, que assim dispõem:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

(...)

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

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

72. Além do relevo dado ao princípio da independência das instâncias pelo Superior Tribunal de Justiça (Mandados de Segurança nº 20.857/DF, 20.869/DF, e 25.401/DF, e Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança nº 58.488/BA) e pelo Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31.506/DF e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.858/DF), convém ressaltar que o recente Parecer nº JL-02, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 26/05/2020, publicado no DOU de 27/05/2020 e republicado em 1º/06/2020, adotou o Parecer nº 2/2019/CNPAD/CGU/AGU, e assim também fez prevalecer o importante princípio:

(...)

13. Além dos princípios reitores do Processo Administrativo Disciplinar, essa possibilidade de examinar o Pedido de Reconsideração ou de Revisão ainda que a parte tenha ingressado em juízo, desde que cumpridos os demais requisitos legais, está alicerçado também no princípio da independência das

instâncias. Com efeito, até a prolação de decisão judicial em sentido contrário, os processos administrativos podem, via de regra, ser livremente decididos pela autoridade competente.

(...)

24. Assim, considerando os princípios reitores do Processo Administrativo Disciplinar, a tendência atual de desjudicialização das demandas administrativas, a independência das instâncias, a celeridade, a economicidade, a prevalência da coisa julgada, bem como as manifestações mais recentes da Advocacia-Geral da União, aprovadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República, entende-se que os pedidos administrativos (Reconsideração, Revisão e/ou Recurso Hierárquico) apresentados em face de penalidade disciplinar, desde que preenchidos os demais requisitos que lhes são exigidos, devem ser conhecidos pela autoridade competente ainda que o Requerente simultaneamente tenha ingressado em juízo alegando os mesmos fatos e fundamentos. Registra-se que tal conhecimento não implica, necessariamente, no provimento do Pedido.

(...)

73. Ao examinar os arts. 121 e 125 da Lei n.º 8.112/90, José dos Santos Carvalho também realça o princípio da independência relativa das instâncias:

Em virtude da independência das responsabilidades e, em consequência, das respectivas instâncias, é que o STF já decidiu, acertadamente, que pode a Administração aplicar ao servidor a pena de demissão em processo disciplinar, mesmo se ainda em curso a ação penal a que responde pelo mesmo fato. [MS nº 21.708/DF] Pode até mesmo ocorrer que a decisão penal influa na esfera administrativa, mas isso *a posteriori*. O certo é que a realização do procedimento administrativo não se sujeita ao pressuposto de haver prévia definição sobre o fato firmada na esfera judicial.

74. Outro princípio destacado pelo Superior Tribunal de Justiça foi o da segurança jurídica na medida em que o "lapso prescricional não pode variar ao talante da existência ou não de ação penal, justamente pelo fato de a prescrição estar relacionada ao vetor da segurança jurídica" (Mandado de Segurança nº 20.857/DF, por exemplo)

75. Tal constatação da mencionada Corte Superior foi precisa porque a variação do prazo prescricional da infração administrativa por influência exclusiva da existência ou não de apuração criminal realmente não garante a estabilidade requerida pelo princípio da segurança jurídica.

76. Ao comentar sobre o princípio da segurança jurídica, o Professor Alexandre Santos de Aragão demonstra a importância de se conferir clareza às normas jurídicas:

Um dos mais clássicos princípios gerais de Direito, o princípio da segurança jurídica, que junto à ideia geral de Justiça, compõe o grande binômio axiológico do Direito (justiça-segurança), também possui grande importância no Direito Administrativo.

(...)

A noção de segurança jurídica, apesar de multifacetária não é difícil de intuir, e circunscreve-se num amplo espectro que vai desde a existência das instituições garantidoras dos direitos fundamentais (Judiciário, Administração) à clareza das normas jurídicas e ao respeito aos acordos firmados. ^[10]

77. Considerando esse aspecto, a clareza deve estar presente desde a produção da norma até a sua aplicação. E, ao se formular uma interpretação mais objetiva do § 2º do art. 142, do Estatuto dos Servidores, a meta é tentar preservar o princípio da segurança jurídica.

78. Além disso, a visualização da desnecessidade de investigação policial para o emprego do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90 não traduz injustiça para o servidor faltoso. Isso porque a extensão dos prazos prescricionais penais é uma escolha legítima do legislador pautada na percepção de que as infrações administrativas também capituladas como crime são mais graves que as outras faltas disciplinares, o que recomenda a adoção de prazos prescricionais mais longos para aquelas.

79. Todavia, em algumas situações pode acontecer de a aplicação do § 2º do art. 142, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais resultar em prazo prescricional mais curto do que aquele previsto para o ilícito funcional no apropriado inciso do art. 142.

80. Escolhido o posicionamento no sentido da prescindibilidade de persecução penal para a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 e diante do fato de que os vigentes Pareceres nº AM-02 e AM-03 seguiram premissa oposta, cabe recomendar que as autoridades superiores desta Advocacia-Geral avaliem a conveniência da revogação dos referidos pareceres normativos e a adoção do presente entendimento.

81. Ademais, nota-se que a tese sustentada ao longo desta manifestação está em harmonia com os mais recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Contudo, é válido dizer que esses precedentes não gozam de efeito vinculante.

82. Por fim, devem ser lançadas algumas brevíssimas considerações sobre o ilícito disciplinar de abandono de cargo tratado no Parecer nº AM-02.

83. Seguindo a lógica demonstrada no presente estudo, a aplicação do prazo da prescrição penal para a infração disciplinar de abandono de cargo exige a avaliação, em cada caso concreto, do enquadramento da conduta como crime (art. 323 do Código Penal). Caso a Administração não vislumbre, em tese, a ocorrência de crime, terá vez a apuração da prescrição com base no critério previsto no inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

VII - Conclusão

84. Ante o exposto, com fundamento sobretudo no princípio da independência entre as instâncias, entende-se que:

a) a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais; e

b) os posicionamentos constantes dos Pareceres nº AM-02 e AM-03 devem ser superados.

À consideração superior.

Brasília, 20 de outubro de 2020.

ANTONIO DOS SANTOS NETO
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00405007812201941 e da chave de acesso d52edf30

Notas

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 837.
2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 684.
3. ARAÚJO, Edmir Netto de. A Prescrição em Abstrato no Processo Administrativo Disciplinar. Revista de Direito Administrativo, Volume 244, 2007. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42436/41182>. Acesso em 15/10/2020.
4. COUTO, Reinaldo. Curso de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. 3ª ed. Salvador: JusPODIVUM, 2017, p. 127.
5. LESSA, Sebastião José. Prescrição da ação disciplinar. Fórum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 13, nº 153, nov. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3f>
Acesso em: 10 out. 2020.
6. COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 286-289.
7. Ob. cit., p. 82.
8. Ob. cit., p. 76.
9. Ob. cit., pp. 833-834.
10. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 65-66.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 506959702 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO. Data e Hora: 27-10-2020 12:21. Número de Série: 2354148774697928242. Emissor: AC CAIXA PF v2.

(Nota: Segundo o Parecer nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU, a aplicação do entendimento exposto no Parecer AGU nº JL-6, de que a Administração pode estender o prazo prescricional para o prazo previsto para o crime funcional independentemente de procedimento na seara penal, somente é cabível para fatos conhecidos pela autoridade com competência instauradora após a data de sua publicação oficial, em 13/11/2020, e, nos casos pendentes de julgamentos, para fatos conhecidos durante a vigência do Parecer AGU nº AM-3, entre 12/04/2019 e 12/11/2020, se o novo entendimento exposto no Parecer AGU nº JL-6 for mais favorável à defesa.)

Assuntos abordados neste Parecer: Constitucionlização do Direito Administrativo Sancionador. Sendo a prescrição instituto de natureza material, rege-se pela lei vigente ao tempo do fato, não cabendo retroação, salvo se benéfica ao acusado. Aplicação dos efeitos temporais do Parecer AGU nº JL-6, que alterou entendimento exposto no Parecer AGU nº AM-3, somente se dá para fatos conhecidos pela autoridade com competência disciplinar após a publicação daquela primeira peça.

PARECER Nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO Nº 372

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00190.100440/2021-17

INTERESSADO: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO: APLICAÇÃO DO PARECER Nº JL-06

APROVO, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00518/2022/GAB/ CGU/AGU, de 30 de agosto de 2022, do Despacho nº 00402/2022/DECOR/CGU/AGU, de 29 de agosto de 2022 e do Despacho nº 00398/2022/DECOR/CGU/AGU, de 26 de agosto de 2022, a Nota nº 36/2022/DECOR/CGU/AGU, de 23 de agosto de 2022.

Restituam-se os autos à Consultoria-Geral da União, para que se expeça ofício à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil e demais providências remanescentes.

Brasília, data da assinatura eletrônica.

Bruno Bianco Leal
29/11/2022

DESPACHO n. 00518/2022/GAB/CGU/AGU

NUP: 00190.100440/2021-17

INTERESSADA: Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União

ASSUNTO: Aplicação do Parecer n.º JL-06

Exmo. Senhor Advogado-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do DESPACHO nº 402/2022/DECOR/CGU/AGU, o DESPACHO nº 398/2022/DECOR/CGU/AGU e a NOTA nº 36/2022/DECOR/CGU/AGU.
2. Caso acolhido, oficie-se, pelo Gab/CGU, à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Após, restitua-se o feito ao DECOR/CGU para cumprimentos das providências remanescentes.

Brasília, 30 de agosto de 2022.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190100440202117 e da chave de acesso c77ebe36

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 975640159 e chave de acesso c77ebe36 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 30-08-2022 15:25. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00402/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00190.100440/2021-17

INTERESSADA: Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União

ASSUNTO: Aplicação do Parecer n.º JL-06

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho n. 398/2022/DECOR/CGU/AGU, a Nota n. 36/2022/DECOR/CGU/AGU.

2. Caso acolhido, **(a)** restitua-se o feito para ciência da Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União; **(b)** cientifique-se o Coordenador da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União; **(c)** junte-se cópia da Nota n. 36/2022/DECOR/CGU/AGU e do subsequentes Despachos de aprovação ao NUP 00688.000720/2019-10; e **(d)** promova-se ciência à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, à Procuradoria-Geral Federal, ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas e ao Departamento de Assuntos Jurídicos Internos da Consultoria-Geral da União, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no Município de São José dos Campos.

Brasília, 29 de agosto de 2022.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190100440202117 e da chave de acesso c77ebe36

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 974130780 e chave de acesso c77ebe36 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 29-08-2022 08:45. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00398/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00190.100440/2021-17

INTERESSADOS: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU E OUTROS

ASSUNTO: APLICAÇÃO DO PARECER n.º JL-06

1. Ponho-me de acordo com a **NOTA n.º 36/2022/DECOR/CGU/AGU**, da lavra do Advogado da União ANTONIO DOS SANTOS NETO, que se manifesta no seguinte sentido:

Ante o exposto, concorda-se com a conclusão firmada pela Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares no Parecer n.º 3/2022/CNPAD/CGU/AGU no sentido da aplicação prospectiva do Parecer n.º JL-06, nos seguintes termos:

a) o Parecer n.º JL-06 deve ser aplicado aos fatos conhecidos pelas autoridades competentes para instaurar o processo disciplinar a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União;

b) o Parecer n.º JL-06 não alcança os casos já julgados; e

c) nos casos pendentes de julgamento cuja ciência ocorreu na vigência do Parecer n.º AM-03, o Parecer n.º JL-06 só pode produzir efeitos quando o novo entendimento beneficiar o acusado.

2. Caso acolhido o entendimento acima, **(a)** restitua-se o feito à Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU) ; **(b)** cientifique-se a Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União (CONJUR/CGU) e à Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD/DECOR/CGU); e **(c)** promova-se ciência à Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBACEN), à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/AGU), ao Departamento de Informações Jurídico Estratégicas (DEINF/CGU/AGU) e ao Departamento de Assuntos Jurídicos Internos (DAJI/CGU/AGU) da Consultoria-Geral da União, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no Município de São José dos Campos.

À consideração superior.

Brasília, 26 de agosto de 2022.

ALINE VELOSO DOS PASSOS
Advogada da União
Coordenadora
DECOR/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190100440202117 e da chave de acesso c77ebe36

Documento assinado eletronicamente por ALINE VELOSO DOS PASSOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 973008729 e chave de acesso c77ebe36 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ALINE VELOSO DOS PASSOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 26-08-2022 16:16. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

NOTA n.º 36/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00190.100440/2021-17

INTERESSADA: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO: APLICAÇÃO DO PARECER n.º JL-06

Senhora Coordenadora,

1. Versa o presente processo sobre a produção dos efeitos do Parecer n.º JL-06, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em 12/11/2020 e publicado no Diário Oficial da União de 13/11/2020.
2. A Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União manifestou-se pela aplicação do novo entendimento somente aos processos disciplinares iniciados após a publicação do Parecer n.º JL-06 nos seguintes termos (seq. 3):

PARECER n.º 310/2021/CONJUR-CGU/CGU/AGU

(...)

1. Trata-se de consulta da Corregedoria da FUNAI, repassada a esta Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União pela Corregedoria-Geral da União por meio da NOTA TÉCNICA Nº 578/2021/CGUNE/CRG (SEI nº 1863370).

2. A indagação refere-se à mudança de entendimento quanto à desnecessidade da persecução penal para adoção do prazo prescricional criminal nos processos administrativos disciplinares. Com efeito, até novembro de 2020 adotava-se o Parecer Vinculante da AGU nº AM-03 que dizia que somente se houvesse ação penal ou inquérito policial poder-se-ia utilizar os prazos prescricionais penais nos processos administrativos disciplinares nas hipóteses em que se identificasse que a conduta ilícita administrativa também fosse um ilícito penal. Contudo, após o despacho presidencial publicado no DOU do dia 13/11/2020, edição 217, seção 1, página 3, veio a lume um novo Parecer Vinculante, o AGU JL-06, de 10 de novembro de 2020 e publicado no D.O.U em 13 de novembro de 2020, o qual revogou o entendimento anteriormente adotado no bojo do Parecer AGU AM-03, de 9 de abril de 2019, publicado em 12 de abril de 2019 no D.O.U. e definiu ser possível a utilização do prazo prescricional penal às infrações disciplinares, nos termos do artigo 142, §2º, Lei nº.8.112/1990, independentemente da existência de inquérito policial ou de ação penal, por se entender agora que tal juízo acerca do enquadramento penal da conduta disciplinar se trataria de atividade eminentemente administrativa que não implicaria em intromissão indevida da Administração na jurisdição penal.

3. Com isso, como o referido parecer vinculante não entrou em detalhes acerca do marco temporal a partir de quando se aplicaria o novo entendimento, a FUNAI e a Corregedoria-Geral da União nos indagam o seguinte:

'1. O novel entendimento aplica-se apenas aos processos que se iniciarem posteriormente à publicação? Já que, caso contrário, seria prejudicial ao investigado.

2. Quanto aos processos que já estavam em trâmite na Unidade Correcional, cujo prazo prescricional previsto na Lei nº 8.112/90 já havia sido alcançado, mas ainda não julgado, antes do despacho presidencial, aplica-se a prescrição penal, mesmo que não deflagrada a persecução penal?'

(...)

6. Com se percebe, tal parecer não responde as indagações quanto à sua aplicação temporal.

7. O entendimento do anterior Parecer AGU AM-03, vinculante para toda a Administração Pública, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº.73/1993, vigorou no período de 12 de abril de 2019 a 12 de novembro de 2020, passando o novo entendimento a vigor a partir de 13 de novembro de 2020, data de publicação do Parecer AGU JL-06.

8. Nos termos da Lei Complementar nº 73/1993, o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Ou seja, a partir da publicação do parecer, o entendimento passa a ser obrigatório para a Administração Pública.

9. Assim, em tese, a partir de 13 de novembro de 2020 - data de publicação do Parecer AGU JL-6, nos processos correccionais acusatórios que apurem fatos que possam ser capitulados como infrações penais e que não tenham sido encerrados por decisão definitiva, a Comissão ou autoridade deve adotar o prazo prescricional penal independentemente da existência de inquérito ou ação penal.

10. Entretanto, não se pode olvidar da máxima do *tempus regit actum* que rege o Direito. No âmbito do Direito Sancionador ou de qualquer esfera do Direito está consolidado o entendimento de que matéria envolvendo a prescrição refere-se ao mérito do processo, pois afeta diretamente o prazo para o Estado exercer seu poder-dever de apuração das irregularidades. Nesse sentido, normas ou entendimentos que ampliam o prazo para apuração seriam prejudiciais aos acusados e aquelas que reduzem seriam benéficas.

11. Por essa ótica, o entendimento albergado pelo Parecer AGU JL-06 é prejudicial ao acusado, uma vez que, via de regra, os prazos prescricionais penais são maiores do que aqueles previstos pela Lei nº 8.112/1990, de modo que a Administração terá mais tempo para apurar e eventualmente apenar a conduta do agente.

12. Por sua vez, naqueles processos disciplinares que foram encerrados antes de 13 de novembro de 2020, a Comissão somente poderia adotar o prazo prescricional penal caso fosse comprovada a existência de inquérito policial ou ação penal relativa aos mesmos fatos, nos moldes do Parecer AGU AM-03. Caso contrário, o processo deveria observar os prazos impostos pela Lei nº 8.112/1990, conferindo assim menos tempo para a Administração realizar a apuração, resultando em uma situação mais favorável ao acusado.

13. Dessa forma, apresenta-se a possibilidade de ocorrência de tratamento díspar entre agentes que tenham cometido fatos que possam ser enquadrados na lei penal, a depender da celeridade da Administração Pública na condução do processo, gerando tratamentos diferenciados em relação a processos iniciados antes do novo Parecer, mas concluídos em prazos diferentes.

14. Assim, naqueles processos que foram encerrados anteriormente à publicação do Parecer AGU JL-06 a utilização do prazo penal estava condicionada à deflagração da seara penal, entendimento mais benéfico ao acusado. **Já aqueles processos que permaneceram em andamento passariam, no caso de aplicação imediata do novo Parecer JL-06, a poder utilizar o prazo penal, independentemente da existência de inquérito ou ação penal relativo aos mesmos fatos, o que pode criar insegurança jurídica no tocante à correta aplicação do entendimento externado pela Advocacia-Geral da União e uma evidente injustiça e afronta à isonomia,**

pois quem teve seu processo disciplinar concluído e julgado rapidamente seria beneficiado e quem teve seu processo delongado seria prejudicado com a incidência do novo entendimento, mesmo quando a prática dos fatos tenha ocorrido na mesma data.

15. Considerando que não consta do Parecer JL-06 menção sobre como regular situações concretas afetadas pela mudança de entendimento externada pelo órgão jurídico, desde já sugerimos a remessa da questão à Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União para que esta sane a omissão da parecer e se manifeste acerca de qual marco temporal deve ser adotado para aplicar o referido entendimento aos processos disciplinares em curso na Administração Pública federal.

16. De qualquer modo, **apresentamos agora nosso entendimento sobre a questão.**

17. A nosso sentir, considerando que a questão da prescrição atinge a esfera dos direitos subjetivos do acusado, é matéria de ordem pública e pode prejudicar ou beneficiar o acusado conforme sua forma de cálculo, entendemos que não seria justo tratar desigualmente situações semelhantes, muito menos retroagir um novo entendimento administrativo em prejuízo do acusado.

18. Assim, entendemos que o novo **Parecer Vinculante, o AGU JL-06**, de 13 de novembro de 2020, só pode ser aplicável aos processos disciplinares **instaurados** após o seu advento (que se deu com a publicação do despacho presidencial no DOU do dia 13/11/2020, edição 217, seção 1, página 3). Ou seja, **os processos que já estavam em curso no momento do seu advento continuam a seguir o entendimento do Parecer AGU AM-03, de 12 de abril de 2019 em respeito ao princípio da isonomia** (evitando-se que processos mais céleres cheguem a resultados diferentes dos processos mais demorados) e também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da irretroatividade dos entendimentos menos benéficos.

19. Em relação ao princípio da **segurança jurídica** impõe-se igualmente a fixação do marco temporal da aplicação do **Parecer Vinculante, o AGU JL-06** no momento da instauração do processo disciplinar, porque neste momento o acusado inicia a sua estratégia de defesa se baseando também nos marcos prescricionais conhecidos à época da instauração. Ora, se na época da instauração a regra adotada pela Administração era a do Parecer AGU AM-03 era natural que o acusado, eventualmente, nem mesmo se empenhasse na defesa, pois já vislumbrava a prescrição da pretensão punitiva com base nos parâmetros do Parecer AGU AM-03. Não é justo que no meio o processo, ou quiçá no seu crepúsculo, a regra mude e o atinja de surpresa.

20. Noutro giro, a regra adotada pelo ordenamento jurídico é de que **a norma não poderá retroagir para prejudicar**, ou seja, a lei nova não será aplicada às situações constituídas sobre a vigência da lei revogada ou modificada (princípio da irretroatividade).

21. **Tal princípio da irretroatividade também se aplica às decisões administrativas sobre interpretação jurídica**, como é o presente caso.

22. Calha transcrever aqui o art. 23 e 24 da nova LINDB (Decreto-Lei nº 4.657 - Lei de Introdução às Normas do Direito) que deixa claro que **a mudança de entendimentos administrativos não pode prejudicar o administrado em relação a fatos praticados anteriormente à nova**

orientação e, no mínimo, seria necessária a criação de regras de transição que não foram trazidas pelo Parecer Vinculante AGU JL-06.

(...)

23. Assim, salvo melhor juízo, com base nos argumentos acima expendidos, respondemos às indagações da presente consulta no seguinte sentido a seguir exposto.

24. **O novel entendimento** quanto à desnecessidade da existência de persecução penal para ser possível a adoção do prazo prescricional criminal nos processos administrativos disciplinares **aplica-se apenas aos processos que se iniciarem posteriormente à publicação do Parecer Vinculante AGU JL-06**, de 10 de novembro de 2020, publicado no DOU do dia 13/11/2020, edição 217, seção 1, página 3, em respeito aos princípios da irretroatividade das decisões administrativas em prejuízo do administrado, do princípio da isonomia e do princípio do respeito à segurança jurídica.

25. Quanto aos processos que já estavam em trâmite na Unidade Correcional, se já tiverem sido formalmente instaurados, obviamente, o foram antes do **Parecer Vinculante, o AGU JL-06**, de 10 de novembro de 2020, portanto, também a eles não se aplica este novo parecer, pois o entendimento de tal parecer só deve ser aplicado aos processos disciplinares *iniciados* após **sua publicação** no DOU do dia 13/11/2020, edição 217, seção 1, página 3.

26. Se, por algum motivo, houver procedimentos correccionais apenas em análise na Unidade Correcional, mas ainda não formalmente instaurados como Sindicância punitiva ou Processo Administrativo Disciplinar formal (ou seja, não tiver se iniciado o contraditório), deverá o corregedor analisar a viabilidade da instauração com base no novo entendimento sobre os prazos prescricionais e instaurar o processo conforme o caso, devendo o prazo prescricional seguir o entendimento do novo parecer Parecer Vinculante AGU JL-06, de 10 de novembro de 2020, publicado no DOU do dia 13/11/2020, edição 217, seção 1, página 3.

27. Considerando, contudo, que quem veicula o **Parecer Vinculante AGU JL-06**, de 13 de novembro de 2020, é o Advogado-Geral da União, sugerimos o **encaminhamento do presente parecer à Consultoria-Geral da União** para analisar a questão e para que seja dada a palavra final sobre o tema, suprindo-se a omissão quanto ao marco temporal de aplicação desse novel Parecer Vinculante.

28. Dê-se ciência à Corregedoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União.

(...)

3. Nesta data, foi dada ciência ao subscritor da presente peça jurídica acerca da submissão do Parecer n.º 3/2022/CNPAD/CGU/AGU, elaborado pela Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares, ao Exmo. Senhor Diretor deste DECOR (Processo n.º 00688.000720/2019 - seqs. 571/573). A citada manifestação opinou pela aplicação do Parecer n.º JL-06 quando o conhecimento da falta disciplinar pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar ocorrer a partir da publicação do mencionado parecer normativo:

CONSULTA. DIREITO ADMINISTRATIVO. EFEITOS DO PARECER Nº JL - 06, de 2020. REVOGAÇÃO DO PARECER AM-03. EXTENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL. ÀS APURAÇÕES ADMINISTRATIVO DISCIPLINARES. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.PRESCRIÇÃO. DIREITO MATERIAL. REVOGAÇÃO. EFEITOS FUTUROS.APLICAÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS A PARTIR DA DATA DA PUBLICAÇÃO DO PARECER Nº JL - 06, DE 2020, NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS.

1. Consulta a que se responde que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, sob o pálio de sua constitucionalização, devendo os direitos e garantias fundamentais pautar o núcleo punitivo estatal, em qualquer de suas esferas, ainda que com suas especificidades próprias;

2. A prescrição é instituto de Direito material, aplicando-se, pois, o entendimento fixado no art.189 do Código Civil, a saber: 'violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição'

3. A revogação no Direito Administrativo tem efeitos exclusivamente prospectivos;

4. Na esfera do Direito Sancionador disciplinar, considerando-se remansosa jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é a data do conhecimento do fato pela Autoridade competente para deflagrar o procedimento sancionador disciplinar que fixa o prazo da prescrição do ilícito, aplicando-se retroativamente, por excepcionalidade constitucional, prazo material ulteriormente fixado, mas somente para beneficiar o acusado;

5. O entendimento aprovado pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, no sentido de que a Administração independe de procedimento na seara penal para reconhecer a extensão do prazo prescricional aos apuratórios disciplinares, somente se aplica a fatos conhecidos pelas Autoridades competentes instauradoras a partir de 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado, e, assim, tornado vinculante para a Administração Pública Federal aquele entendimento.

6. Conclusões propostas para submissão ao Consultor-Geral da União, e, posteriormente, a Sua Excelência o Advogado-Geral da União.

(...)

9. Dessa forma, então, este Opinitivo tratará da aplicabilidade dos efeitos temporais dos entendimentos fixados pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, o qual também passou a ser vinculante a toda a Administração Federal.

(...)

15. O Direito Administrativo Sancionador, pois, é fruto do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, no qual a persecução estatal tem um núcleo de direitos e de garantias fundamentais comuns a serem observados, em quaisquer que sejam as espécies de persecução.

(...)

18. Assim, pois, sem prejuízo dos demais direitos fundamentais aplicáveis à espécie, as disposições constantes do art. 5º dão um norte de garantismo ao processo administrativo

(...)

23. Nessa toada, sobre a valorização da segurança jurídica, tenha-se, inicialmente, o disposto no inciso XIII do art. 2º da Lei nº 9784, de 1999: 'interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.'

24. Nesse mesmo sentido, o disposto no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: 'A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais'.

25. Também, sobre a aplicação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais ao Direito Administrativo, é dizer que o processo administrativo não deve ser visto mais somente como uma regularidade formal, senão, também, e principalmente, com observância àqueles, em um sentido de respeito material à principiologia constitucional do Direito Administrativo. Assim, pois, também ganham relevo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação do Direito Administrativo. (...)

28. São, pois, os direitos fundamentais essenciais à interpretação do Direito Administrativo aplicável à Administração Pública. E a atuação estatal somente se torna legítima com a internalização da interpretação constitucionalizada daquele ramo jurídico, aplicável a esta.

(...)

32. E a própria Advocacia-Geral da União, no PARECER N. 005/2016/CGU/AGU, aprovado pelo Parecer nº GMF – 03, de 2016, de Sua Excelência a Advogada-Geral da União, mereceu o aprovo de Sua Excelência o Presidente da República em 19 de dezembro de 2016, e, também tornou vinculante a toda a Administração Pública Federal o entendimento de que as garantias penais contidas na Carga Magna não alcançam somente o processo penal, senão o processo sancionador como um todo, e, aí, inclusive, o processo administrativo sancionador. A saber:

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal. Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves conseqüências no plano jurídico – ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição –, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado. (grifos no original)

33. E, também, do PARECER N. 005/2016/CGU/AGU, aprovado pelo Parecer nº GMF – 03, de 2016 (...) tomaram-se as lições contidas no Acórdão do Mandado de Segurança nº 23.262, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, sendo decorrente de regra sancionadora, também a prescrição deve obediência aos direitos fundamentais, mormente à segurança jurídica, ou seja, à expectativa dos cidadãos quando da prática de seus atos que, eventualmente, venham a ser apurados posteriormente. (...)

(...)

38. Ou seja: é do início da violação ao Direito que se inicia o prazo prescricional. E mais: o instituto da prescrição é regulado pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual.

39. Nesse sentido, também a Doutrina é uníssona em reconhecer que a prescrição é instituto de direito material. (...)

40. Na jurisprudência, também é assente que o instituto da prescrição é 'instituto de direito material, tendo prazos e conseqüências próprias.' (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 149767/MG), Relator MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 08/03/2000)

41. E, assim, sendo, pois, instituto de direito material, não se aplicam as disposições atinentes aos institutos processuais, que se aplicam aos fatos pendentes quando da alteração normativa/legislativa. A propósito, assim, a aplicação dos institutos normativos processuais, conforme previsão contida no art. 14 do Código de Processo Civil : 'A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.' (grifo apostro)

42. Logo, pois, não sendo o instituto da prescrição norma processual, e sim, material, não se aplicam suas normas de regência aos processos em curso. Ao contrário: é o instituto da prescrição de direito material, logo, respeitando a lei da época do fato, nos termos do art. 189 do Código Civil, a saber: 'violado o direito, nasce a pretensão, que se encobre pela prescrição'. Assim, pois, a legislação de regência do prazo prescricional à época da violação do Direito é a que se aplica ao seu prazo prescricional, não importando a alteração ulterior deste, salvo, por exceção constitucional prevista no inciso XL do seu art. 5º a saber: 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'.

43. Nesse sentido, para fins de exemplificação de que as sanções mais gravosas não podem retroagir (incluindo aumento de tempo prescricional, haja vista, estes, muito maiores no processo penal do que no processo administrativo disciplinar), tenha-se a tese de Repercussão Geral nº 59, do Egrégio Supremo Tribunal Federal: "A Lei nº11.464/07, que majorou o tempo necessário paraprogressão no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime hediondo ou equiparado cometido em momento anterior à respectiva vigência." (grifo apostro)

44. E, aqui, pela construção do Direito Administrativo sancionador, equalizando-se as sanções penais e outras, como as demais sancionatórias materiais, também tal retroação é possível quando lei material ulterior venha a beneficiar o réu/acusado, em qualquer processo sancionador.

(...)

47. Assim, caracterizado o instituto da prescrição como de Direito material, lhe é, pois, aplicável a regência da época do fato violador, sendo, excepcionalmente retroativa disposição material posterior, mas tão-somente para beneficiar o acusado/réu.

(...)

49. A propósito, tenha-se, inicialmente, que é fixado que o início do prazo prescricional se inicia 'da data em que o fato se tornou conhecido.' [art. 142, § 1º, da Lei n.º 8.112/90]

Nesse sentido, na atualidade, temos assente, junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça que o início do prazo prescricional administrativo disciplinar se inicia com o conhecimento do fato pela Autoridade competente. É saber:

No tocante à prescrição, é uníssona a jurisprudência dominante, no sentido de que o prazo prescricional somente começa a correr com a ciência inequívoca da autoridade competente para a instauração do procedimento disciplinar. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no MS n. 23.582/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 4/12/2018; MS n. 21.692/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel.p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 18/3/2019; AgInt nos EDcl no MS n. 22.966/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe 28/8/2018. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS 54740 / SP, Relator MINISTRO FRANCISCO FALCÃO. SEGUNDA TURMA, DJe de 24/09/2019) - grifos apostos.

51. Logo, é, pois, inconteste, na seara administrativo-disciplinar, que o preceito trazido no art. 189 do Código Civil de que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição" significa, então, que, com o conhecimento do fato pela Autoridade competente nasce o direito de punir do Estado, e, conseqüentemente, inicia o curso do prazo prescricional, a fim de garantir a apuração do fato dentro dos cânones constitucionais e do devido processo sancionador.

52. Assim, pois, quando do conhecimento do fato pela Autoridade competente inicia-se o prazo prescricional. Pelo já exposto, no sentido de que o instituto da prescrição é de Direito material, a sua alteração não impacta o prazo prescricional, salvo, como obediência às normas constitucionais de procedibilidade, se esse prazo for diminuído, a fim de beneficiar o réu/acusado, tanto na seara penal, quanto administrativo-punitiva. Tudo dentro das máximas já trazidas neste Opinativo do Direito Sancionador, em quaisquer de suas vertentes.

53. Assim, como aspecto intertemporal, o PARECER Nº JL - 06, de 2020, vinculante para a Administração Pública Federal, aprova entendimento no sentido de que 'decorre a conclusão no sentido de que eventual enquadramento de infração disciplinar como crime para os fins do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, é atividade tipicamente administrativa, realizada em estrito cumprimento de expresso comando legal e para a exclusiva finalidade de determinar o prazo prescricional aplicável à persecução disciplinar, não representando, portanto, interferência, nem tampouco indevida intromissão da Administração na atuação da jurisdição penal'. Ou seja, com seu efeito vinculante, para a Administração Pública Federal, fixa entendimento diametralmente oposto do então vinculado pelo PARECER Nº AM – 03, de 2019, mas somente para o conhecimento dos fatos pelas Autoridades competentes que se sucederem ao dia 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado no Diário Oficial da União o 'Adoto' de Sua Excelência o Presidente da República ao referido Parecer.

54. Não se poderia, pois, sequer cogitar que tal entendimento, que vem a, de regra, aumentar os prazos prescricionais de apuração disciplinar, poderia valer retroativamente, com base em todo o exposto no presente Opinativo, concluindo-se, pois, pelo fato de as regras de prescrição, por serem de Direito material, serem as regentes, nos termos do art. 189 do Código Civil (...) Ora, o início da fluência do prazo prescricional da pretensão em análise vai depender do momento em que a violação ao direito se deu. E esse

prazo prescricional é fixado no momento do conhecimento do fato violador pela Autoridade competente para a instauração do processo disciplinar.

55. A tal entendimento, agregamos que, no sancionatório disciplinar, o Egrégio STJ já tem posicionamento firme no sentido de que é o conhecimento da Autoridade competente, e não a prática do fato em si, que marca o início do prazo prescricional. Assim, pois, inserimos tal entendimento no sentido de que a prescrição do fato violador do sistema administrativo-disciplinar é dada quando do conhecimento por essa Autoridade, não se alterando, pois, posteriormente, por mudança normativa, salvo, por expressa previsão constitucional, quando for para beneficiar o réu/acusado, em quaisquer processos sancionadores, dentro de toda a sistemática do Direito Sancionador estatal, com seus preceitos em comum.

56. É o conhecimento, pois, do fato violador pela Autoridade competente que marca o início do prazo prescricional para sua apuração disciplinar, não podendo tal prazo ser alterado por norma ulterior, salvo se for para beneficiar o acusado.

57. Ao final, gize-se que o DESPACHO nº 00916/2020/GAB/CGU/AGU, do Sr. Consultor-Geral da União expressamente assim deixou consignado pela revogação do entendimento anteriormente adotado pela Administração, ao remeter o seu entendimento à apreciação do Exmo. Advogado-Geral da União: (...) recomenda-se a submissão do Parecer ora aprovado à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e posterior publicação no Diário Oficial da União, de maneira que o entendimento adotado vincule toda a Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, revogando-se o Parecer nº AM-02 e o Parecer nº AM-03. (grifos apostos)

58. Nesse sentido, tenha-se que os efeitos das revogações administrativas não podem ter efeitos retroativos, senão prospectivos. Bem assim da boa Doutrina de CARVALHO FILHO (...)

59. Assim, pois, a revogação não pode retroagir de modo a afetar os efeitos do ato revogado, razão pela qual o novo entendimento fixado no PARECER Nº JL - 06, de 2020, relativamente aos prazos prescricionais penais trazidos ao processo administrativo disciplinar, não pode afetar os ilícitos funcionais que ainda não tenham chegado ao conhecimento da autoridade competente para instauração antes da publicação no Diário Oficial da União daquele Opinativo acolhido pelo Exmo. Presidente da República, o que lhe deu efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal.

(...)

60. A revogação no Direito Administrativo, pois, opera com efeitos exclusivamente prospectivos. Com base nisso, tem-se que o PARECER Nº AM - 03, de 2019, foi revogado pelo PARECER Nº JL- 06, de 2020, ficando fixado, após sua publicação, entendimento diametralmente oposto àquele outro, a firmar tese de que a própria Administração Pública poderá aplicar o prazo prescricional penal, objeto do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, sem qualquer dependência de apuração do mesmo fato, ainda que em Inquérito Policial, na esfera penal

62. Diante de todo o exposto, conclui-se que o entendimento aprovado pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, no sentido de que a Administração independe de procedimento na seara penal para reconhecer a extensão do

prazo prescricional aos apuratórios disciplinares, somente se aplica a fatos conhecidos pelas Autoridades competentes instauradoras a partir de 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado, e, assim, tornado vinculante para a Administração Pública Federal aquele entendimento.

63. É nossa conclusão, à submissão dos demais Membros da Comissão Nacional de Processos Administrativos Disciplinares, e, após, em caso de sua aprovação, à conclusão para o Sr. Consultor-Geral da União.

É o relatório. Passa-se a opinar.

4. Desde logo, vale dizer que o Parecer n.º 81/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Parecer n.º JL-06, realmente não abordou a questão da produção de seus efeitos no tempo. Embora essa omissão seja normalmente resolvida no campo do Direito Administrativo com a utilização do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, parte final, da Lei nº 9.784/99, o que afirmaria os efeitos prospectivos da nova interpretação conferida ao art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, as nuances do processo administrativo disciplinar recomendam uma análise mais cuidadosa.

5. A Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União sustenta a aplicação do novo entendimento somente aos processos disciplinares iniciados após a publicação do Parecer n.º JL-06.

6. Por sua vez, a Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares desta Consultoria-Geral da União defende a aplicação do Parecer n.º JL-06 quando o conhecimento da falta disciplinar pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar ocorrer a partir da publicação do mencionado parecer normativo.

7. Como se vê, os dois posicionamentos atestam que a regra é a atribuição de efeitos prospectivos ao Parecer n.º JL-06. A diferença entre eles diz respeito ao marco escolhido para modular tais efeitos.

8. A construção elaborada pela Consultoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União busca assegurar maior precisão ao escolher a data da instauração da sindicância ou do processo administrativo disciplinar como marco para aplicação do Parecer n.º JL-06. Assim, o novo entendimento somente seria aplicável aos processos administrativos disciplinares iniciados a partir da publicação do Parecer n.º JL-06.

9. Já a tese defendida pela Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares escora-se no art. 142, § 1º, da Lei n.º 8.112/90, que define que o prazo prescricional tem seu início a partir da data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar. Dessa forma, o Parecer n.º JL-06 seria aplicável às faltas conhecidas pelas autoridades competentes a partir da publicação do referido parecer normativo.

10. Diante dos entendimentos apresentados, concorda-se com o da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares desta Consultoria-Geral da União porque segue o sistema prescricional previsto na Lei n.º 8.112/90.

11. Neste momento, cabe enfatizar que esta Advocacia-Geral da União (Parecer n.º GQ-55) e o Superior Tribunal de Justiça (Agravo Interno no Recurso em Mandado de Segurança n.º 54740/SP) consideram que o prazo de prescrição começa a fluir a partir da data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade administrativa competente para a instauração do processo disciplinar (art. 142, § 1º, da Lei n.º 8.112/90).

12. Ora, se o prazo prescricional começa a fluir da data em que o fato se tornou conhecido pela autoridade administrativa competente para a instauração do processo

disciplinar, nada mais natural que esse também seja o marco para a aplicação do novo entendimento fixado pelo Parecer n.º JL-06.

13. Desse modo, via de regra, a interpretação dada pelo Parecer n.º JL-06 ao art. 142, § 2º, da Lei n.º 8.112/90, alcança os fatos conhecidos pela autoridade administrativa competente para a instauração do processo disciplinar a partir do dia 13/11/2020, data de publicação do citado parecer normativo no Diário Oficial da União.

14. Todavia, na seara disciplinar não se pode olvidar que as garantias processuais penais previstas no art. 5º da Constituição da República vêm sendo estendidas aos acusados em processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, eis a ementa e trecho do voto do relator da ADI n.º 2975/DF, julgada em 07/12/2020 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e publicada em 04/02/2021:

Ementa

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/1990. 3. Direito Administrativo Disciplinar. Sanção perpétua. Impossibilidade de retorno ao serviço público. 4. Inconstitucionalidade material. Afronta ao artigo 5º, XLVII, "b", da Constituição da República. Norma impugnada que, ao impedir o retorno ao serviço público, impõe sanção de caráter perpétuo. 5. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma questionada, sem pronúncia de nulidade. 6. Comunicação ao Congresso Nacional, para que eventualmente delibere sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público a ser aplicável nas hipóteses do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, da Lei 8.112/1990. (...)

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, em face do parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/1990.

Eis o teor do dispositivo impugnado: 'Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.'

A controvérsia em questão consiste na dúvida se o conteúdo da lei impugnada viola o artigo 5º, XLVII, 'b', da Constituição da República, ao supostamente impor pena de caráter perpétuo aos servidores públicos federais ocupantes de cargo em comissão que forem demitidos ou destituídos do cargo pela prática de crimes contra a administração pública (art. 132, I), atos de improbidade (art. 132, IV), aplicação irregular de recursos públicos (art. 132, VIII), lesão aos cofres públicos (art. 132, X) ou corrupção (art. 132, XI).

Da proibição de pena perpétua e sua aplicação no âmbito do direito administrativo sancionador

Eis o teor da norma constitucional que constitui parâmetro para a análise da alegada inconstitucionalidade:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 5º. [...]

XLVII - não haverá penas: [...]

b) de caráter perpétuo;'

É importante destacar que a norma constitucional encontra-se estabelecida enquanto garantia à aplicação de sanções penais. Não obstante, a doutrina destaca a extensão dessa e das demais garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal.

Ao tratar das semelhanças entre os ilícitos penais e administrativos, Nélson Hungria destacava que 'a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico' (HUNGRIA, Nélson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. p. 24).

Para o autor, 'não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço' (HUNGRIA, Nélson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. p. 24).

Com base nesse entendimento, defende Hungria que a diferença entre as sanções administrativas e penais é de quantidade ou grau, ou seja, na maior ou menor gravidade de uma em cotejo com a outra, de modo que o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao ilícito penal (HUNGRIA, Nélson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. p. 24).

(...)

No âmbito da jurisprudência, é possível destacar o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 24.559, *in verbis*:

'DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.

2. A teor dos arts. 615, § 1º e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado.

3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado.

4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, inobstante o duto parecer ministerial em sentido contrário'.

(RMS 24.559/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 3.12.2009, DJe 1º.2.2010)

É certo que essa transposição dos princípios e garantias penais para o direito administrativo sancionador exige adaptações, já que a extensão, à seara administrativa, de todo o rigoroso regime de procedimento e punição que envolve a restrição à liberdade de locomoção não se demonstra factível tampouco exigível.

(...)

Portanto, o ponto central dessa corrente de pensamento parece ser a questão do estabelecimento de critérios e limites para a extensão das garantias penais às normas sancionadoras da Administração Pública.

Sobre esse tema, um critério razoável para a delimitação constitucional da atividade punitiva parece ser a impossibilidade da imposição de sanções administrativas mais graves que as penas aplicadas pela prática de crimes, já que os conceitos de subsidiariedade e da intervenção penal mínima corroboram a afirmação de Nélson Hungria, quando afirma que o ilícito administrativo seria um minus em relação às infrações penais.

É nesse sentido que se conclui que a norma constante do art. 5º, XLVII, 'b', da CF/88 se aplica às sanções administrativas para impedir a imposição de pena administrativa perpétua.

(...)

15. Desse modo, no processo administrativo disciplinar, a regra estabelecida linhas acima pode ser excepcionada com fundamento no inciso XL do art. 5º da Constituição da República ("a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"), ou seja, aos casos pendentes nos quais a ciência da autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar ocorreu ainda sob a vigência do Parecer n.º AM-03 podem merecer a aplicação do novo entendimento firmado no Parecer n.º JL-06 se este for mais benéfico ao servidor acusado e ainda não julgado.

16. Por força do princípio da segurança jurídica, considera-se que o Parecer n.º JL-06 não deve alcançar os processos administrativos disciplinares já julgados. A exceção há pouco apontada diz respeito apenas aos casos pendentes de julgamento. Entender pela aplicação absoluta da regra contida no inciso XL do art. 5º da Constituição da República representaria verdadeiro caos ao permitir a desconstituição de diversas decisões tomadas com fundamento em interpretação válida e vigente ao seu tempo. Sendo importante realçar que o próprio STF sustenta na ADI n.º 2975/DF a aplicação criteriosa das garantias processuais penais ao processo administrativo disciplinar ("essa transposição dos princípios e garantias penais para o direito administrativo sancionador exige adaptações, já que a extensão, à seara administrativa, de todo o rigoroso regime de procedimento e punição que envolve a restrição à liberdade de locomoção não se demonstra factível tampouco exigível").

17. Ante o exposto, concorda-se com a conclusão firmada pela Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares no Parecer n.º 3/2022/CNPAD/CGU/AGU no sentido da aplicação prospectiva do Parecer n.º JL-06, nos seguintes termos:

a) o Parecer n.º JL-06 deve ser aplicado aos fatos conhecidos pelas autoridades competentes para instaurar o processo disciplinar a partir da data de sua publicação no Diário Oficial da União;

b) o Parecer n.º JL-06 não alcança os casos já julgados; e

c) nos casos pendentes de julgamento cuja ciência ocorreu na vigência do Parecer n.º AM-03, o Parecer n.º JL-06 só pode produzir efeitos quando o novo entendimento beneficiar o acusado.

À consideração superior.

Brasília, 24 de agosto de 2022.

ANTONIO DOS SANTOS NETO
ADVOGADO DA UNIÃO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190100440202117 e da chave de acesso c77ebe36

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 864394337 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 24-08-2022 14:23. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00390/2022/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Aplicação temporal do Parecer JL-06

1. Por meio do Despacho nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU, o Coordenador da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares deste DECOR/CGU submete à apreciação o Parecer nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU, o qual versa a respeito da aplicação temporal do entendimento consolidado pelo Parecer JL- 06.
2. Destaca referenciado Despacho, ainda, que a matéria de que trata a manifestação já é objeto de exame no âmbito deste Departamento, como se observa do NUP 00190.100440/2021-17.
3. Nestes termos, solicito ao apoio administrativo deste DECOR/CGU a abertura de tarefa de ciência deste Despacho, do Despacho nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU e do Parecer nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU ao Advogado da União Antônio dos Santos Neto, responsável pela análise do processo neste DECOR/CGU, encarecendo que a questão jurídica seja uniformizada no NUP 00190.100440/2021-17, cientificando-se deste Despacho o Coordenador da CNPAD/CGU.

Brasília, 23 de agosto de 2022.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 970261695 e chave de acesso

743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA, com certificado AI institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 23-08-2022 17:33. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

DESPACHO n. 00003/2022/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

Senhor Diretor do DECOR/CGU.

1. Submeto para conhecimento e providências desse Departamento o Parecer n. 00003/2022/CNPAD/CGU/AGU (anexo) que cuida da análise da aplicação temporal das conclusões do Parecer nº JL-06.
2. Destaco que o tema foi escolhido em função da manifestação de interesse por Advogados Públicos e Órgãos integrantes da AGU em razão de consulta formalizada por esse DECOR acerca de temas importantes a serem abordados por esta CNPAD (vide Seq. 46, 541 e 544 desta NUP).
3. Em razão das demandas de esclarecimento por órgãos consultivos desta AGU, bem como da importância da matéria, sugere-se que, ao menos, o tema seja submetido para uniformização pelo Consultor-Geral da União.
4. Na oportunidade, informo que chegou ao conhecimento desta CNPAD que há caso concreto sob análise desse Departamento referente ao mesmo assunto (NUP 00190.100440/2021-17)

Brasília, 15 de agosto de 2022.

Kleber Alexandre Balsanelli

Advogado da União

Subcorregedor de Apoio a Julgamento Disciplinar - CGAU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado AI institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 962484547 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado AI institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-08- 2022 20:59. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

PARECER Nº 3/2022/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTOS: ASSUNTOS DISCIPLINARES

CONSULTA. DIREITO ADMINISTRATIVO. EFEITOS DO PARECER Nº JL-06, de 2020. REVOGAÇÃO DO PARECER AM-03. EXTENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PENAL ÀS APURAÇÕES ADMINISTRATIVO DISCIPLINARES. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. PRESCRIÇÃO. DIREITO MATERIAL. REVOGAÇÃO. EFEITOS FUTUROS. APLICAÇÃO DE EFEITOS PROSPECTIVOS A PARTIR DA DATA DA PUBLICAÇÃO DO PARECER Nº JL-06, DE 2020, NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS.

1. Consulta a que se responde que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, sob o pálio de sua constitucionalização, devendo os direitos e garantias fundamentais pautar o núcleo punitivo estatal, em qualquer de suas esferas, ainda que com suas especificidades próprias;
2. A prescrição é instituto de Direito material, aplicando-se, pois, o entendimento fixado no art. 189 do Código Civil, a saber: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição”;
3. A revogação no Direito Administrativo tem efeitos exclusivamente prospectivos;
4. Na esfera do Direito Sancionador disciplinar, considerando-se remansosa jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, é a data do conhecimento do fato pela Autoridade competente para deflagrar o procedimento sancionador disciplinar que fixa o prazo da prescrição do ilícito, aplicando-se retroativamente, por excepcionalidade constitucional, prazo material ulteriormente fixado, mas somente para beneficiar o acusado;
5. O entendimento aprovado pelo Parecer nº JL-06, de 2020, no sentido de que a Administração independe de procedimento na seara penal para reconhecer a extensão do prazo prescricional aos apuratórios disciplinares, somente se aplica a fatos conhecidos pelas Autoridades competentes instauradoras a partir de 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado, e, assim, tornado vinculante para a Administração Pública Federal aquele entendimento;
6. Conclusões propostas para submissão ao Consultor-Geral da União, e, posteriormente, a Sua Excelência o Advogado-Geral da União.

Senhores Membros da Câmara Nacional de Processos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União:

1. RELATÓRIO:

1. A Câmara Nacional de Processos Administrativo disciplinares, instituída pela Portaria nº 03, de 14 de junho de 2019, da Consultoria-Geral da União, procedeu à seleção de temas de interesse dos Advogados Públicos Federais em relação à sua área de atuação, e, como objeto do presente Opinativo, tem-se a análise da produção dos efeitos temporais decorrentes da aplicação do Parecer JL-06, de 2020.

2. É o que há a relatar.

2. ANÁLISE JURÍDICA:

2.1 Escopo da presente manifestação jurídica:

3. Preliminarmente, é dizer que esta Advocacia-Geral da União, dentre suas funções institucionais trazidas na Lei Complementar nº 73, de 1993, tem a de fomentar a uniformização de entendimentos jurídicos no âmbito da Administração Pública Federal. E, para isso, com a publicação no Diário Oficial da União de Parecer jurídico aprovado por Sua Excelência, o Advogado-Geral da União, e adotado por Sua Excelência, o Presidente da República, passa toda Administração Federal a vincular-se às conclusões jurídicas firmadas pela Advocacia-Geral da União. Nesse sentido, assim dispõe a Lei Complementar nº 73, de 1993:

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

4. Por oportuno, pois, é necessário melhor definir o escopo do presente Opinativo, haja vista que o Parecer AM-03, de 2019, foi revogado pelo PARECER Nº JL - 06, de 10 de novembro de 2020, e aprovado pelo Exmo. Presidente da República em 12 de novembro de 2020.

5. Isso posto, tem-se que, do Parecer AM-03, de 2019, assim vinha, então, bem sumariando a temática a fundamentação do Despacho de aprovação do Diretor de Coordenação e Orientação dos Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União desta AGU, no qual foi aprovado o PARECER Nº 02/2017/CPPAD/DECOR/CGU/AGU :

Cuida-se de divergência acerca da interpretação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, segundo o qual “Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”. Há orientação do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, bem como Parecer vinculante desta Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União - (Parecer AGU GQ-164, DOU de 28.08.1998), no sentido de que o enquadramento em tese pela própria Administração da conduta em apuração disciplinar como tipo penal é fundamento bastante para ensejar a aplicação dos prazos prescricionais disciplinados na legislação criminal.

Ocorre que detido exame da jurisprudência acerca da matéria, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revela que a aplicação do § 2º do art. 142 do Estatuto do Servidor Público Federal demanda que haja, ao menos, tramitação de inquérito policial a apurar os fatos que são objeto de persecução na esfera disciplinar.

É que, diante da independência das instâncias administrativa e penal, não é cabível que a Administração enquadre, em tese, o ilícito disciplinar como crime para fins de aplicação da excepcional regra de prescrição posta no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, sendo necessário que, no âmbito da atuação das autoridades competentes para a persecução penal, haja decisão no sentido de que há indícios que ensejam uma investigação na esfera criminal, ou seja, é imprescindível que haja ao menos inquérito policial em curso para investigar os mesmos fatos para que a Administração aplique o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990.
(grifos apostos)

6. Após, então, com a aprovação do referido Despacho por Sua Excelência o Consultor-Geral da União, no seu DESPACHO n. 00234/2019/GAB/CGU/AGU, Sua Excelência o Advogado-Geral da União adotou o entendimento acima por meio do seu PARECER Nº AM - 03, de 2019, vindo, por fim, em 09 de abril de 2019, Sua Excelência o Presidente da República aprovado o referido Parecer, vindo, por força do contido no § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993, após sua publicação no Diário Oficial da União, vindo a gerar efeitos vinculantes, quanto ao entendimento acima, para toda a Administração Pública Federal.

7. **Todavia, com o PARECER nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU, foi inaugurado procedimento de revisão do PARECER Nº AM - 03, de 2019, vindo, este, a ser aprovado pelo DESPACHO nº 00732/2020/DECOR/CGU/AGU, do Diretor de Coordenação e**

Orientação dos Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União desta AGU, do qual extraímos a suma do novel entendimento:

2. Por conseguinte, consolide-se o entendimento no sentido de que a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, prescinde de persecução penal, ou seja, para a aplicação dos prazos prescricionais criminais às infrações disciplinares é suficiente que referenciadas infrações também sejam, em tese, capituladas como crime pela Administração Pública, sendo absolutamente irrelevante a existência ou não de inquérito policial ou ação penal, ressalvada a existência de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria (art. 126 da Lei nº 8.112, de 1990).

3. Conforme demonstrado no Parecer ora aprovado, do preceito da independência relativa das instâncias administrativa e criminal, de que trata os arts. 125 e 126 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, decorre a conclusão no sentido que eventual enquadramento de infração disciplinar como crime para os fins do § 2º do art. 142 da Lei nº de 1990, é atividade tipicamente administrativa, realizada em estrito cumprimento de expresso comando legal e para a exclusiva finalidade de determinar o prazo prescricional aplicável à persecução disciplinar, não representando, portanto, interferência nem tampouco indevida intromissão da Administração na atuação da jurisdição penal.

4. O entendimento ora consolidado decorre, outrossim, do princípio da segurança jurídica, uma vez que a prescrição é seu corolário e se presta justamente para consolidar situações jurídicas em virtude do lapso temporal decorrido, desta maneira é impróprio que a determinação do prazo prescricional aplicável na esfera disciplinar dependa da atuação da instância penal.

5. O posicionamento do Parecer AM-02 e do Parecer nº AM-03 decorreu, precipuamente, dos termos da jurisprudência então vigente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a qual exigia que houvesse ao menos inquérito policial em trâmite para que à Administração Pública fosse possível proceder a persecução disciplinar a partir dos prazos prescricionais penais. Observa-se, não obstante, que após a edição do Parecer nº AM-02 e do Parecer nº AM-03, aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 9 de abril de 2019, e publicados no Diário Oficial da União que circulou em 12 de abril de 2019, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido oposto, conforme bem lançado no Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU, e consoante se verifica do recente precedente que segue: (...) - grifos apostos.

8. Após, então, com a aprovação do referido Despacho por Sua Excelência o Consultor-Geral da União, no seu DESPACHO nº 00916/2020/GAB/CGU/AGU, Sua Excelência o Advogado-Geral da União adotou o entendimento acima através do seu PARECER Nº JL - 06, de 2020, vindo, por fim, em 12 de novembro de 2020, Sua Excelência o Presidente da República aprovado o referido Parecer, vindo, por força do contido no §1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993, após sua publicação no Diário Oficial da União, vindo a gerar efeitos vinculantes, quanto ao referido entendimento, para toda a Administração Pública Federal.

9. Dessa forma, então, este **Opinativo tratará da aplicabilidade dos efeitos temporais dos entendimentos fixados pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, o qual também passou a ser vinculante a toda a Administração Federal.**

10. Entretanto, são necessários fundamentos jurídicos preliminares, a fim de fixar o entendimento quanto ao aspecto temporal pretendido acima, o que, incontinenti, passamos a expor.

2.2 Da constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro:

11. É dizer que a Constituição Federal de 1988 trouxe, ao Direito Administrativo, importante marco na mudança do tratamento dessa disciplina, haja vista a Carta Magna ter inserido o seu objeto, qual seja, a Administração Pública, com capítulo próprio no seu Corpo.

12. Tal escolha constituinte não é decorrente tão-somente de posição topográfica para tratamento da matéria, senão uma verdadeira mudança de paradigma no trato das matérias afetas à Administração Pública, posto, a partir de então, a própria hermenêutica constitucional dever ser adotada para interpretação do Direito Administrativo. Ou seja, este, que, até então, era compreendido essencialmente como um conjunto de regras infraconstitucionais, passa a ostentar uma estatura constitucional, reitere-se, aplicando-se à exegese administrativista os próprios fundamentos constitucionais, posto constitucionalizada a própria matéria.

13. Bem ressaltando esse cenário, LUÍS ROBERTO BARROSO nos ensina sobre o aspecto fundante trazido pela inserção da Administração Pública no texto constitucional brasileiro:

Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do direito naquela matéria. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6.) - grifos apostos.

14. Nesse mesmo sentido, de GUSTAVO BINENBOJM trazemos a corroboração de que essa constitucionalização da Administração Pública, e, pois, do Direito Administrativo, trouxe uma verdadeira ruptura na hermenêutica anterior aplicável à matéria. Bem assim:

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Ano 4, n. 14, jul./set. 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Trimestral. ISSN: 1678-7072.1 - Direito Público - I. Fórum. CDD: 342.CDU:34.) - grifos apostos.

15. O Direito Administrativo Sancionador, pois, é fruto do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, no qual a perseguição estatal tem um núcleo de direitos e de garantias fundamentais comuns a serem observados, em quaisquer que sejam as espécies de perseguição.

2.3 Da principiologia constitucional aplicável às garantias processuais:

16. Nesse sentido, da força fundante dos princípios constitucionais à forma de interpretação do Direito Administrativo, é mister discorrermos sobre alguns princípios que dizem respeito à procedimentalização processual no âmbito da Administração Pública.

17. De início, tenha-se, como elevado a direito fundamental, diversas garantias processuais. Retiram-se do texto constitucional:

TÍTULO II
DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS
CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

18. Assim, pois, sem prejuízo dos demais direitos fundamentais aplicáveis à espécie, as disposições constantes do art. 5º dão um norte de garantismo ao processo administrativo.

19. E, como decorrência de tais garantias, os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, ganham força normativa para a aplicação do Direito Administrativo.

20. A garantia fundamental insculpida no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna não escapou à interpretação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido da vedação à retroatividade no ordenamento jurídico que possa vir a prejudicar os cidadãos. Bem assim:

Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação... **As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.**

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 205193/RS, Relator MINISTRO Celso de Mello, PRIMEIRA TURMA, DJ de 06/06/97) - grifos apostos.

21. Veja-se, então, que sequer as normas de ordem pública poderiam retroagir a fim de prejudicar os cidadãos, conforme deixou assentado o Egrégio STF.

22. Também, ganha a segurança jurídica valor fundante, para que os cidadãos (não mais administrados) possam esperar do Estado condutas previsíveis, sem surpresas ou mudanças de entendimento que possam afetar fatos já ocorridos. Propósito da segurança jurídica, assim de ALMIRO DO COUTO E SILVA:

Pois é substancialmente essa mesma concepção de que, nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a

palavra empenhada (...) que, em última análise, **dá conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado.** (Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set/ 2004, p. 7-58) - grifos apostos.

23. Nessa toada, sobre a valorização da segurança jurídica, tenha-se, inicialmente, o disposto no inciso XIII do art. 2º da Lei nº 9784, de 1999: "interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação."

24. Nesse mesmo sentido, o disposto no art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: "A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais"

25. Também, sobre a aplicação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais ao Direito Administrativo, é dizer que o processo administrativo não deve ser visto mais somente como uma regularidade formal, senão, também, e principalmente, com observância àqueles, em um sentido de respeito material à principiologia constitucional do Direito Administrativo. Assim, pois, também ganham relevo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação do Direito Administrativo. Bem assim, de WALBER AGRA:

Como a maior dificuldade se encontra em definir quais sejam os princípios delineadores do devido processo legal material, o seu direcionamento deve ser feito pelos princípios da proporcionalidade e da racionalidade. Com isso, quando uma norma afrontar valores constitucionais proeminentes, como o direito à vida, à isonomia, à dignidade da pessoa humana, ela deve deixar de ser aplicada por ferir os limites da proporcionalidade e da racionalidade. **O devido processo legal substancial tem a finalidade de proteção do conteúdo material dos direitos fundamentais.** Através de uma construção jurisprudencial, fundamentando-se em critérios de razoabilidade, constituiu-se em proteção contra o acinte arbitrário e irracional contra os direitos fundamentais. **Ao contrário do devido processo legal formal, o material não se exaure como cumprimento irrestrito dos dispositivos legais, sua finalidade é seguir da melhor forma possível os parâmetros da Justiça. Como se configura difícil encontrar um núcleo substancial do conceito de justiça, a função do devido processo material reside em garantir que os atos jurídicos sejam dotados de razoabilidade.** (AGRA, Walber. Curso de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2018, p 260) - grifos apostos.

26. Sobre a proporcionalidade, assim entendemos a aplicação de condutas da Administração Pública que não venham a restringir os direitos fundamentais mais do que o necessário para a aplicação do interesse público. Nesse sentido, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito - no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de

outro ou outros direitos fundamentais. **O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.** (DA SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798 (2002): 23-50) - grifos apostos.

27. Ademais, no art. 15 do Código de Processo Civil, dispondo que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”, faz-se, então, remissão às normas fundamentais aplicáveis no Processo Civil também ao processo administrativo. E, no ponto, destaque-se o que emana do art. 8º do CPC, aplicável, então, pois, também aos processos administrativos: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, **resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade**, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (grifos apostos)

28. São, pois, os direitos fundamentais essenciais à interpretação do Direito Administrativo aplicável à Administração Pública. E a atuação estatal somente se torna legítima com a internalização da interpretação constitucionalizada daquele ramo jurídico, aplicável a esta.

2.4 Do conceito de processo sancionador constitucionalizado:

29. Em total harmonia ao já disposto de observância, pelo Direito Administrativo, da hermenêutica constitucional e dos direitos fundamentais, não há que se cogitar mais, a partir da Constituição Cidadão, de processo meramente punitivo, senão de processo sancionador constitucionalizado.

30. É, pois, tal hermenêutica, como dissemos, ancorada em uma forma constitucionalizada de se proceder à apuração e eventual apenação no âmbito administrativo.

31. A propósito, colhermos subsídios sobre essa transformação no então processo punitivo em direção ao processo sancionador constitucionalizado, na pena de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Como resultado da feliz confluência de sucessivas etapas históricas do aperfeiçoamento convergente da noção original de Estado de Direito, avançou-se contemporaneamente para o conceito de **Estado Democrático de Direito**, que, ao agregar o esquecido elemento da **legitimidade**, subordinou a ação estatal ao atendimento do **interesse público**, bem como a inexorável observância de valores, que passaram a ser expressos como **direitos fundamentais dos cidadãos**.

Ora, essas premissas - de **contenção de arbítrio do poder** - que revelam a essência combinada do moderno Estado de Direito e do pós moderno Estado Democrático de Direito, são especialmente importantes quando se deva examinar a essência e os limites do **poder punitivo estatal**, seja decorrente da aplicação de sanções pela própria Administração (sanções administrativas), seja decorrente da aplicação direta pelo Poder Judiciário (sanções penais).

(...)

Assim, como exemplo, não se admite a existência de crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (**princípio da legalidade** - art. 5º, XXXIX); estabelece-se a previsão de que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (**princípio da irretroatividade** - art.

5º, XL); prevê-se a vedação de que a pena não passará da pessoa do condenado (**princípio da intranscendência da pena** - art. 5º, XLV) e de que qualquer indivíduo seja privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo (**princípio do devido processo legal** - art. 5º, LIV) e se afirma o direito, assegurado a todo e qualquer litigante, em processo judicial ou administrativo, de ampla defesa (**princípio da ampla defesa e do contraditório** - art. 5º, LV). (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDOFLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021)- grifos no original.

32. E a própria Advocacia-Geral da União, no PARECER N. 005/2016/CGU/AGU, aprovado pelo Parecer nº GMF - 03, de 2016, de Sua Excelência a Advogada-Geral da União, mereceu o aprovo de Sua Excelência o Presidente da República em 19 de dezembro de 2016, e, também tornou vinculante a toda a Administração Pública Federal o entendimento de que as garantias penais contidas na Carga Magna não alcançam somente o processo penal, senão o processo sancionador como um todo, e, aí, inclusive, o processo administrativo sancionador. A saber:

Nem se diga que a garantia fundamental de presunção da inocência teria pertinência e aplicabilidade unicamente restritas ao campo do direito penal e processual penal.

Torna-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a **presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não-criminais, em ordem a impedir, dentre outras graves consequências no plano jurídico - ressalvada a excepcionalidade de hipóteses previstas na própria Constituição -, que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas** (e, por isso mesmo, essencialmente instáveis) ou, então, que se imponham, ao réu, restrições a seus direitos, não obstante inexistente condenação judicial transitada em julgado. (grifos no original)

33. E, também, do PARECER N. 005/2016/CGU/AGU, aprovado pelo Parecer nº GMF - 03, de 2016, de Sua Excelência a Advogada-Geral da União, e, posteriormente adotado por Sua Excelência o Presidente da República, justamente sobre o instituto da prescrição tomaram-se as lições contidas no Acórdão do Mandado de Segurança nº 23.262, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, sendo decorrente de regra sancionadora, também a prescrição deve obediência aos direitos fundamentais, mormente à segurança jurídica, ou seja, à expectativa dos cidadãos quando da prática de seus atos que, eventualmente, venham a ser apurados posteriormente. A saber:

O instituto da prescrição, nesse sentido, ao exigir a extinção do processo em curso ou impedir a instauração de um novo procedimento, em virtude da extinção da punibilidade, garante a regularidade e a estabilidade das relações entre indivíduo e Estado, obstando, igualmente, quaisquer medidas restritivas fundadas no fato abarcado pela prescrição. **Como afirmou o Ministro Dias Toffoli em seu voto no MS 23.262, “o reconhecimento da prescrição da ação disciplinar acarreta, então, a extinção do PAD desde o exaurimento do prazo prescricional, impedindo**

que a controvérsia subsista por tempo maior que o lapso temporal estabelecido pelo legislador ordinário no art. 142 da Lei nº 8.112/90, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, que deve ser ressaltado no caso de aplicação de regras sancionadoras e da incidência de seus efeitos". (grifos apostos)

34. Assim, pois, não há mais espaço, no âmbito de atuação estatal, para que este olvide da aplicação no processo sancionador, quer na seara penal, quer na administrativo-punitiva, ainda que com suas peculiaridades, dos princípios constitucionais, da hermenêutica constitucional, e, também, da harmonização com o processo sancionador penal, das garantias próprias aos cidadãos que, até então, no modelo anterior, de processo burocrático administrativo, eram vistos como meros administrados.

2.5 Dos fundamentos do instituto da prescrição:

35. A passagem do tempo, com certeza, é fator de estabilização social, por isso merece tratamento no âmbito das relações jurídicas.

36. Acerca do instituto, recolhemos de ROGÉRIO ARAÚJO, já nos seus apontamentos introdutórios sobre a matéria, o contexto em que a prescrição se insere no ordenamento jurídico:

"O Direito não socorre aos que dormem" é o que já se deduz da vetusta expressão latina *dormientibus non succurrit jus*. A inércia do titular do direito, portanto, quando prolongada por determinado período, pode engendrar efeitos contra si, consubstanciados na perda das respectivas faculdades, que deixaram de ser exercitadas. (ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. Direito Civil brasileiro: parte geral. 2020. São Paulo: Editora Foco, p 527)

37. Digno de nota é o momento a partir do qual "corre" a prescrição, o quê nos é muito bem definido por ROGÉRIO ARAÚJO:

Bem, o artigo 189 do Código Civil afirma que, violado o direito, nasce a pretensão, que se encobre pela prescrição. Ora, o início da fluência do prazo prescricional da pretensão em análise vai depender do momento em que a violação ao direito se deu. (Op. Cit., p 538)- grifos apostos.

38. Ou seja: é do início da violação ao Direito que se inicia o prazo prescricional. E mais: o instituto da prescrição é regulado pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual.

39. Nesse sentido, também a Doutrina é uníssona em reconhecer que a prescrição é instituto de direito material. A saber dos ensinamentos de LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME e GABRIEL BARREIRA BRESSAN:

A prescrição é instituto tipicamente de direito (material) civil, contudo repercute assaz no direito processual, tanto que a modalidade intercorrente é oriunda da prática judiciária. Por isso é o Código Civil, em seu artigo 189, que define que "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição". (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-19/cpc-estipula-incicio-contagem-prescricaointercorrente>. Acesso em 15 de setembro de 2021)- grifos apostos.

40. Na jurisprudência, também é assente que o instituto da prescrição é "instituto de direito material, tendo prazos e conseqüências próprias." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 149767 / MG), Relator MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 08/03/2000)

41. E, assim, sendo, pois, instituto de direito material, não se aplicam as disposições atinentes aos institutos processuais, que se aplicam aos fatos pendentes quando da alteração normativa/legislativa. A propósito, assim, a aplicação dos institutos normativos processuais, conforme previsão contida no art. 14 do Código de Processo Civil : “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.” (grifo aposto)

42. Logo, pois, não sendo o instituto da prescrição norma processual, e sim, material, não se aplicam suas normas de regência aos processos em curso. Ao contrário: é o instituto da prescrição de direito material, logo, respeitando a lei da época do fato, nos termos do art. 189 do Código Civil, a saber: “violado o direito, nasce a pretensão, que se encobre pela prescrição”. Assim, pois, a legislação de regência do prazo prescricional à época da violação do Direito é a que se aplica ao seu prazo prescricional, não importando a alteração ulterior deste, salvo, por exceção constitucional prevista no inciso XL do seu art. 5º a saber: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

43. Nesse sentido, para fins de exemplificação de que as sanções mais gravosas não podem retroagir (incluindo aumento de tempo prescricional, haja vista, estes, muito maiores no processo penal do que no processo administrativo disciplinar), tenha-se a tese de Repercussão Geral nº 59, do Egrégio Supremo Tribunal Federal: “A Lei nº 11.464/07, que majorou o tempo necessário para progressão no cumprimento da pena, não se aplica a situações jurídicas que retratem crime hediondo ou equiparado **cometido em momento anterior à respectiva vigência.**” (grifo aposto)

44. E, aqui, pela construção do Direito Administrativo sancionador, equalizando-se as sanções penais e outras, como as demais sancionatórias materiais, também tal retroação é possível quando lei material ulterior venha a beneficiar o réu/acusado, em qualquer processo sancionador.

45. Com o escólio de MOREIRA NETO, é imprescindível que o Direito Sancionador administrativo, e, aqui, incluindo o disciplinar, ostente garantias constitucionais que prestigiem os direitos fundamentais, das quais ressalte-se a segurança jurídica, ou seja, a previsibilidade dos atos estatais. Nas suas palavras:

Em outros termos: é **direito fundamental dos administrados** que as normas que fixem **infrações** e respectivas **sanções** administrativas permitam uma **aferição objetiva de previsibilidade de modo que possa orientar assuas condutas e comportamentos.** (Op. Cit) - grifos no original.

46. Logo, normas que venham a quebrar a confiança dos cidadãos, como a das normas punitivas e, conseqüentemente, dos prazos prescricionais dos ilícitos administrativos, certamente quebrariam a harmonia e a obediência necessária aos direitos fundamentais processuais.

47. Assim, caracterizado o instituto da prescrição como de Direito material, lhe é, pois, aplicável a regência da época do fato violador, sendo, excepcionalmente retroativa disposição material posterior, mas tão-somente para beneficiar o acusado/réu.

2.6 Os fundamentos da prescrição no Estatuto Funcional Federal e os seus efeitos no PARECER Nº JL - 06, de 2020, que revogou o Parecer AM-03:

48. Assentados, então, os pontos acima, cumpre-nos, finalmente, trazer da Lei nº 8112, de 1990, os delineamentos sobre a prescrição no Direito sancionador administrativo disciplinar. A saber:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

49. A propósito, tenha-se, inicialmente, que é fixado que o início do prazo prescricional se inicia “da data em que o fato se tornou conhecido.”

50. Nesse sentido, na atualidade, temos assente, junto ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça que o **início do prazo prescricional administrativo disciplinar se inicia com o conhecimento do fato pela Autoridade competente.** É saber:

No tocante à prescrição, é uníssona a jurisprudência dominante, no sentido de que o prazo prescricional somente começa a correr com a ciência inequívoca da autoridade competente para a instauração do procedimento disciplinar. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no MS n. 23.582/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 4/12/2018; MS n. 21.692/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 18/3/2019; AgInt nos EDcl no MS n. 22.966/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/8/2018, DJe 28/8/2018.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no RMS 54740 / SP, Relator MINISTRO FRANCISCO FALCÃO. SEGUNDA TURMA, DJe de 24/09/2019) - grifos apostos.

51. Logo, é, pois, inconteste, na seara administrativo-disciplinar, que o preceito trazido no art. 189 do Código Civil de que “*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição*” significa, então, que, com o conhecimento do fato pela Autoridade competente nasce o direito de punir do Estado, e, conseqüentemente, inicia o curso do prazo prescricional, a fim de garantir a apuração do fato dentro dos cânones constitucionais e do devido processo sancionador.

52. Assim, pois, quando do conhecimento do fato pela Autoridade competente inicia-se o prazo prescricional. Pelo já exposto, no sentido de que o instituto da prescrição é de Direito material, a sua alteração não impacta o prazo prescricional, salvo, como obediência às normas constitucionais de procedibilidade, se esse prazo for diminuído, a fim de beneficiar o réu/acusado, tanto na seara penal, quanto administrativo-punitiva. Tudo dentro das máximas já trazidas neste Opinativo do Direito Sancionador, em quaisquer de suas vertentes.

53. Assim, como aspecto intertemporal, o PARECER Nº JL - 06, de 2020, vinculante para a Administração Pública Federal, aprova entendimento no sentido de que “**decorre a conclusão no sentido de que eventual enquadramento de infração disciplinar como crime para os fins do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, é atividade tipicamente administrativa, realizada em estrito cumprimento de expresso comando legal e para a exclusiva finalidade de determinar o prazo prescricional aplicável à persecução disciplinar,**

não representando, portanto, interferência, nem tampouco indevida intromissão da Administração na atuação da jurisdição penal, “. Ou seja, com seu efeito vinculante, para a Administração Pública Federal, fixa entendimento diametralmente oposto do então vinculado pelo PARECER Nº AM - 03, de 2019, mas somente para o conhecimento dos fatos pelas Autoridades competentes que se sucederem ao dia 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado no Diário Oficial da União o “Adoto” de Sua Excelência o Presidente da República ao referido Parecer.

54. Não se poderia, pois, sequer cogitar que tal entendimento, que vem a, de regra, aumentar os prazos prescricionais de apuração disciplinar, poderia valer retroativamente, com base em todo o exposto no presente Opinativo, concluindo-se, pois, pelo fato de as regras de prescrição, por serem de Direito material, serem as regentes, nos termos do art. 189 do Código Civil, que assim prevê: “violado o direito, nasce a pretensão, que se encobre pela prescrição.” Ora, o início da fluência do prazo prescricional da pretensão em análise vai depender do momento em que a violação ao direito se deu. E esse prazo prescricional é fixado no momento do conhecimento do fato violador pela Autoridade competente para a instauração do processo disciplinar.

55. A tal entendimento, agregamos que, no sancionatório disciplinar, o Egrégio STJ já tem posicionamento firme no sentido de que é o conhecimento da Autoridade competente, e não a prática do fato em si, que marca o início do prazo prescricional. Assim, pois, inserimos tal entendimento no sentido de que a prescrição do fato violador do sistema administrativo-disciplinar é dada quando do conhecimento por essa Autoridade, não se alterando, pois, posteriormente, por mudança normativa, salvo, por expressa previsão constitucional, quando for para beneficiar o réu/acusado, em quaisquer processos sancionadores, dentro de toda a sistemática do Direito Sancionador estatal, com seus preceitos em comum.

56. É o conhecimento, pois, do fato violador pela Autoridade competente que marca o início do prazo prescricional para sua apuração disciplinar, não podendo tal prazo ser alterado por norma ulterior, salvo se for para beneficiar o acusado

57. Ao final, gize-se que o DESPACHO nº 00916/2020/GAB/CGU/AGU, do Sr. Consultor-Geral da União expressamente assim deixou consignado pela revogação do entendimento anteriormente adotado pela Administração, ao remeter o seu entendimento à apreciação do Exmo. Advogado-Geral da União:

(...) recomenda-se a submissão do Parecer ora aprovado à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e posterior publicação no Diário Oficial da União, de maneira que o entendimento adotado vincule toda a Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, **revogando-se o Parecer nº AM-02 e o Parecer nº AM-03.** (grifos apostos)

58. Nesse sentido, tenha-se que os efeitos das revogações administrativas não podem ter efeitos retroativos, senão prospectivos. Bem assim da boa Doutrina de CARVALHO FILHO:

Para bem entender os efeitos do ato revogador, é preciso ter em mente que sua incidência abrange os atos válidos, atos que, a despeito disso, precisam ser retirados do universo jurídico. A hipótese de conter o ato vícios de legalidade leva não à revogação, mas à invalidação ou anulação, como visto anteriormente.

Ora, se o ato revogado tinha validade, o ato de revogação só pode produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir de sua vigência, de modo que os efeitos produzidos pelo ato revogado devem ser inteiramente respeitados. Atua para o futuro (...). De tudo ressaí a conclusão de que os efeitos do ato revogado não podem ser atingidos pelo ato revogador. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017., p p 133 e 134) - grifos apostos.

59. Assim, pois, a revogação não pode retroagir de modo a afetar os efeitos do ato revogado, razão pela qual o novo entendimento fixado no PARECER Nº JL - 06, de 2020, relativamente aos prazos prescricionais penais trazidos ao processo administrativo disciplinar, não pode afetar os ilícitos funcionais que ainda não tenham chegado ao conhecimento da autoridade competente para instauração antes da publicação no Diário Oficial da União daquele Opinitivo acolhido pelo Exmo. Presidente da República, o que lhe deu efeitos vinculantes no âmbito da Administração Pública Federal.

60. A revogação no Direito Administrativo, pois, opera com efeitos exclusivamente prospectivos.

61. Com base nisso, tem-se que o PARECER Nº AM - 03, de 2019, foi revogado pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, ficando fixado, após sua publicação, entendimento diametralmente oposto àquele outro, a firmar tese de que a própria Administração Pública poderá aplicar o prazo prescricional penal, objeto do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, sem qualquer dependência de apuração do mesmo fato, ainda que em Inquérito Policial, na esfera penal

3. CONCLUSÃO:

62. Diante de todo o exposto, conclui-se que o entendimento aprovado pelo PARECER Nº JL - 06, de 2020, no sentido de que a Administração independe de procedimento na seara penal para reconhecer a extensão do prazo prescricional aos apuratórios disciplinares, somente se aplica a fatos conhecidos pelas Autoridades competentes instauradoras a partir de 13 de novembro de 2020, data na qual foi publicado, e, assim, tornado vinculante para a Administração Pública Federal aquele entendimento.

63. É nossa conclusão, à submissão dos demais Membros da Comissão Nacional de Processos Administrativos Disciplinares, e, após, em caso de sua aprovação, à conclusão para o Sr. Consultor-Geral da União.

Brasília, 13 de julho de 2022.

RUI MAGALHÃES PISCITELLI
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-07-2022 10:11. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-07-2022 10:11. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-07-2022 10:31. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 15-07-2022 11:14. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT'ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT'ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 19-07-2022 16:23. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-07-2022 14:34. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GISELLE CIBILLA SILVA FAVETTI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 20-07-2022 14:34. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 13-07-2022 16:11. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por PRISCILLA ROLIM DE ALMEIDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PRISCILLA ROLIM DE ALMEIDA. Data e Hora: 18-07-2022 17:48. Número de Série: 50664036668109330647376418496. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 911665394 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 25-07-2022 11:48. Número de Série: 77218269410488336199396275606. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-108, no tópico CONSULTORIA JURÍDICA; PARECER Nº GM-14, no tópico IN DUBIO PRO REO; e PARECERES AGU Nº GQ-10 e GQ-55, no tópico NULIDADE.

19 - NECESSIDADE DE PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL E DE RELAÇÃO COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO

Assuntos abordados neste Parecer: O ordenamento vigente não prevê que consultorias jurídicas proponham reexame de Parecer vinculante da Advocacia-Geral da União (AGU). Ratificação do Parecer AGU nº GQ-35, à luz dos princípios da moralidade e da legalidade, de que aplicação de penalidade requer prévia cominação. Irretroatividade da lei mais severa. Ato vinculado e ato discricionário e conformação deste à lei. Regime disciplinar prevê responsabilização para servidor ativo, inativo ou exonerado.

PARECER AGU Nº GQ-91

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 14.12.95”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 00830.005043/89-41

ASSUNTO: Reexame de parecer emitido por esta Advocacia-Geral da União.

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-5/95, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 14 de dezembro de 1995

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-5/95 (Anexo ao Parecer nº GQ-91)

EMENTA: A disciplina da competência atribuída ao Advogado-Geral da União para emitir parecer de caráter normativo, vinculando os órgãos e entidades da Administração Federal, não autoriza os órgãos de execução da AGU a formularem pedidos de seu reexame, em vista de excepcionalidade, qualificada a juízo de hermeneutas neles em exercício. Há de ser mantido o entendimento isento de erro, de fato ou de direito, e caracterizado pela razoabilidade do resultado interpretativo.

PARECER

Verificadas divergências de ordem interpretativa entre a Consultoria Jurídica da antiga Secretaria da Administração Federal (sucédida em suas atividades pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado) e de comissão de inquérito designada com o objetivo de apurar irregularidades havidas na antiga Secretaria da Administração Pública, a pedido da Presidência da República, esta Instituição emitiu o Parecer nº GQ-35, de 30 de outubro de 1994, sufragado pelo Presidente da República em 7 de novembro de 1994, o qual adotou o Parecer nº AGU/WM-9/94, publicados ambos no Diário Oficial de 16 de novembro de 1994.

2. Tornam os autos a esta AGU, encaminhados, de ordem, pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, em vista de solicitação do Titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, formulada nos seguintes termos:

“Na AGU, foi emitido o Parecer GQ-35, pelo qual é defendida a tese principal de que é impossível converter-se em pena de destituição do cargo em comissão a exoneração de servidor que cometeu ilícitos administrativos antes da vigência da Lei nº 8.112/90.

A Consultoria Jurídica deste Ministério está a demonstrar, em parecer, que a pré-falada tese não merece prosperar e conclui o seu trabalho dizendo que ‘objetivando a defesa dos sagrados interesses da Administração Pública, é imperioso sugerir-se ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República que considere a hipótese de solicitar ao Douto Advogado-Geral da União novo pronunciamento sobre a matéria’.” (v. a Exposição de Motivos nº 108/GAB/MARE, de 5 de abril de 1995)

3. Afigura-se desprovido de propriedade asserir-se que a proposição desta Instituição, consubstanciada em parecer aprovado pelo Presidente da República e publicado em órgão oficial de divulgação, *“não merece prosperar”*, porquanto já se constituiu em orientação acabada, insuscetível, portanto, de observar qualquer outra formalidade para se caracterizar como de orientação normativa e surtir efeitos, face ao disposto nos arts. 4º, item X, e 40, *caput* e § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993, os quais são reproduzidos, a seguir, em vista de sua pertinência com o pedido de reexame, sob comento.

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

.....
X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal.

.....
Art. 40 - Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º - O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

.....

4. Dessume-se que a positividade das normas de regência do assunto não contempla competência, atribuída aos órgãos de execução da AGU, para propor o reexame de entendimento final da Instituição, *“em caráter excepcional”*, assim considerado ao talante de jurista para justificar a exceção, mormente em se considerando que o juízo formado a respeito da excepcionalidade provém de convicção jurídica baseada em opiniões doutrinárias e normas aplicadas de forma impertinente com os aspectos enfocados, bem assim em ilações resultantes de meras idealizações incompatíveis com as expressões de Direito submetidas a exame.

5. De qualquer sorte, no entendimento desta AGU, com o qual não se conforma o douto Órgão Jurídico do Ministério, supramencionado, não se vislumbra erro, de fato ou direito, ou resultado não condizente com o senso da razoabilidade. Ao invés de demonstrar a inadequação do resultado exegético obtido por esta AGU, no pronunciamento contestado, às normas pertinentes à temática objeto de exame, as asserções e idéias, contidas no Parecer Conjur/MARE nº 77/95, são de molde a reafirmar a convicção de que os Pareceres contra os quais se insurgem expressam conclusões jurídicas mais consentâneas com o sentido dos comandos examinados.

6. Senão, veja-se que, no Parecer nº AGU/WM-9/94, em decorrência de sua adoção pelo douto Advogado-Geral da União, ficou firmada a orientação normativa de que:

“a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão;

b) em se tratando de infrações anteriores à promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, que prevê essa conversão, apenas se procede à apuração dos fatos, sem indicição ou defesa, mas se anota o resultado nos assentamentos do ex-servidor e se remete traslado do processo disciplinar ao Ministério Público da União, no caso de constatar-se responsabilidade civil ou penal;

c) a comissão de inquérito somente indicia aquele que comprovadamente tenha praticado a infração, podendo exculpar o indiciado pelos mesmos fatos em processo anterior, inacabado em razão do decurso do prazo fixado para o apuratório;

d) a comissão efetua a apuração na fase instrutória, de forma a elucidar a responsabilidade de cada envolvido, o que dá azo à apenação, não obstante o aspecto de superior hierárquico envolvido não haver sido indiciado, porque inviável a penalidade administrativa;

e) não constitui nulidade do processo a falta de indicação dos fatos objeto do processo no ato de designação da comissão de inquérito, ou a composição desta com servidores de situação funcional inferior à dos envolvidos.”

7. Com o intuito de proporcionar se firme convicção a respeito da juridicidade dessas asserções, provenientes da positividade da ordem jurídica, são enfatizadas as alegações do Ministério contestante, consideradas de maior relevo jurídico, e, de forma seqüencial, efetuados enfoques tendentes a demonstrar sua inadequação às normas e doutrina de regência.

8. Após reproduzir os entendimentos a que se refere o penúltimo item deste Parecer, reconheceu-se a compulsoriedade da observância da orientação emanada desta Instituição, todavia foram consignadas ponderações, nos seguintes termos:

a) “... no presente caso, em caráter excepcional, e sob a forte inspiração de que o princípio da moralidade, inserto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, é irrenunciável por quantos militam na Administração Pública, é de se sugerir, respeitosamente, ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Administração e da Reforma do Estado que considere a hipótese de solicitar ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República que submeta novamente ao Douto Advogado-Geral da União o assunto objeto da E.M. nº 247/GAB/SAF/PR, de 07.06.94, objetivando exclusivamente, deixar-se imune de quaisquer dúvidas que o Executivo Federal buscou no universo do Direito tudo o que lhe foi possível encontrar para defender os sagrados interesses da Administração Pública diante da ação nefasta de quantos a título de servi-la, dela se servem para enodá-la e desmerecê-la no conceito dos destinatários dos seus serviços;

b) o princípio da legalidade sofreu nas últimas décadas grande transformação. Hoje, não mais se deve compreendê-lo restritivamente como simples conformidade com a lei. Há que ser entendido, com apoio nos ensinamentos de administrativas de nomeada, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Toshio Mukai e Vedel entre outros, como ‘conforme o direito’, onde a expressão legalidade adquire um sentido mais amplo do que ‘conforme a lei’.

Com isso, impõe-se ao Administrador Público, em especial quando se depara com apuração de ilícito administrativo, o dever de atender o superior interesse do Estado e da moral administrativa afetada, valendo-se das letras da lei, se existentes, e, na falta dessas, das luzes do Direito invocável à espécie ainda que acesas através da hermenêutica.”

9. Afigurou-se conveniente *“destacar determinados dispositivos das Leis 1711/52, 4027, de 12.04.90 e 8.112, de 11.12.90, e comentá-los, objetivando provar-se que o ilustre autor do Parecer nº AGU/WM-9/94 não observou o melhor Direito, ‘data maxima venia’, ao permitir com o seu trabalho, caso venha a perdurar, que os senhores (...), (...), (...) e (...), entre outros servidores e ex-servidores, fiquem alforriados, imunes das devidas sanções administrativas disciplinares”*.

10. O exame percuciente das proposições supra e outras a serem ainda apreciadas, neste expediente, admitem inferir que são elas pertinentes à orientação firmada por esta Advocacia-Geral, no sentido de que *“a incidência do disposto no parágrafo único do art. 135 (autoriza se converta em destituição de cargo de provimento em comissão a exoneração de ocupante, tão-só, desse cargo, que tenha praticada infração a que a lei comina a penalidade de suspensão ou de demissão), supramencionado, é restrita às infrações praticadas após sua vigência, dada a impossibilidade de a norma surtir efeitos de forma a alcançar situações pretéritas. A legislação precedente não contemplava a conversão, em comento”*.

11. Em síntese, pretende-se apenas, mediante a edição de ato administrativo, pessoas que possivelmente terão praticado infrações na oportunidade em que exerciam, apenas, cargos em comissão e deles foram exonerados, mas sem previsão legal à época da provável prática das infrações e desinvestidura dos cargos. Para tanto, invoca-se o princípio da moralidade administrativa como de suporte jurídico e afirma-se que, hodiernamente, ao princípio da legalidade se atribui sentido diverso daquele em que se entende o ato administrativo editado somente à vista de previsão legal.

12. Afigura-se perfeitamente escusável a invocação do aludido princípio, com esse propósito, pois, no entendimento de Celso Ribeiro Bastos, não *“é fácil dizer-se em que consiste este princípio da moralidade”* (Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 1992, 3º vol, tomo III, p. 36).

13. A seguir, esse doutrinador expõe sua maneira de pensar a respeito do tema, asseverando o aspecto de os tratadistas se colocarem *“de acordo em admitir que não se trata de moral comum ou geral, mas, sim, daquela que se extrai da própria disciplina interna da Administração Pública”* e reproduz a opinião de Hauriou, externada no sentido de que a moralidade administrativa seria *“o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”*.

14. O Autor prossegue na sua manifestação e enfatiza que, *“além do mais, quando já se viu que a afronta à moralidade administrativa pode causar responsabilidades muito sérias para o agente administrativo, seria de todo conveniente que editada fosse uma legislação que precisasse melhor os critérios pelos quais se pudesse identificar quando se está diante de uma regra integradora da moralidade administrativa. Embora, repitamos, louvável esta procura de repelir os desmandos administrativos, quer assumam eles as formas de frontal violação à norma, quer revistam a indumentária sutil da lesão sub-reptícia aos próprios princípios da boa e justa administração, ainda assim estamos firmemente convictos de que*

esta empreitada só pode ser levada a bom termo se acompanhada de critérios objetivos que sirvam não só de pauta segura para o próprio administrador, que, obviamente, na grande maioria dos casos está totalmente inclinado a aplicar o direito...”.

15. Invoca Clóvis Beviláqua, quando, no âmbito do Direito Civil, assere que *“a declaração da vontade deve ser conforme aos fins éticos do direito, que não pode dar apoio a intuições imorais, cercar de garantias combinações contrárias aos seus preceitos fundamentais”*, para salientar, em decorrência, a impossibilidade de o direito reconhecer validade ao ato se o respectivo objeto for ofensivo à moral e às leis. Ainda, pontifica: *“Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”*.

16. O aspecto da contrariedade ao direito, para se caracterizar o desrespeito ao princípio, sob comento, é destacado também por Sérgio de Andréa Ferreira, ao concitar à lembrança de que *“a imoralidade, como fator de ilicitude, sempre esteve presente, inclusive, na noção de objeto ilícito (art. 115, II, do Código Civil): a contrariedade à moral está incluída na contrariedade a direito. Diz Pontes que o ‘ato é contrário à moral, se a opinião mais generalizada o não tolera... Há de contentar-se o juiz com o que é a moral usual nos negócios jurídicos, conforme o ramo de direito’ (Comentários à Constituição, Ed. Freitas Bastos, 1991, 3º vol, p. 90).”*

17. Não se concebe ínsito ao senso da razoabilidade, harmônico com o direito e à moral administrativa o propósito de, numa atuação legiferante, aplicar penalidade inexistente no ordenamento jurídico à época em que os fatos ocorreram ou imprimir efeitos retroativos à norma cominativa da mesma pena, quando elidido, por atos administrativos (os que efetivaram a exoneração dos envolvidos nas irregularidades), elemento da tipificação da nova penalidade, anteriormente à lei nova, autorizadora da punição.

18. Aproveitam-se ao regime disciplinar as preleções dos doutrinadores, relativas ao Direito Penal, em vista da finalidade corretiva, restabeecedora da ordem social, e o caráter de recuperação das punições, nas áreas penal e administrativa, com o objetivo, tão-só, de evidenciar a necessidade de preservar a atuação dos órgãos administrativos nos limites da lei, sem valorações subjetivas que possam induzir à edição de atos isolados e com efeitos que só podem advir da lei, em sentido formal.

19. A prévia cominação de penalidade administrativa em lei se compatibiliza com as assertivas compreendidas na doutrina pertinente ao Direito Penal, na faceta de que a *“lei incidente à época do delito, não só no que diz respeito aos pressupostos do crime, como também à qualidade e quantidade (extensão, intensidade, o ‘quantum’) da pena, é direito que assiste ao infrator, que tem o direito subjetivo público a que lhe seja aplicada a lei mais benéfica anterior, ou seja, o princípio da vedação da lei penal material ‘ex post facto’*. A lei penal material é a do momento da consumação do crime ou do fato punível”. (Comentários à Constituição de 1988 - José Cretella Júnior, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 475)

20. A Lei nº 8.112, de 1990, instituiu a penalidade de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão, em relação à qual se perquire se incide sobre fatos pretéritos. Oportuno lembrar a manifestação desse doutrinador, consistente na afirmação de que, em sendo a lei nova *“mais benéfica (mais branda, mais benigna, mais favorável), ou quando não mais capitula o fato como crime, ocorre a retroatividade; quando a lei nova é mais severa, isto é, comina pena maior do que a lei anterior, ocorre a irretroatividade, ou o que é o mesmo, prevalece a ‘contrario sensu’, a ultra-atividade da lei vigente, dotada de eficácia, quando ocorreu o fato”*. (op. cit.)

21. São perceptíveis a sapiência e o tino jurídicos fluentes do resultado das reflexões de Nélson Hungria, sobre o assunto:

“Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do ‘minimum’ de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente à parte ‘objecti’ e à parte ‘subjecti’, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas ‘in abstracto’ pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal. Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de Von Liszt, são a ‘Magna Charta libertatum’ dos delinquentes. O princípio central de quase todos eles é o da legalidade rígida: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente. *‘Permittitur quod non prohibetur’*.”

Antes de ser um critério jurídico-penal, o ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’ é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado.” (Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, 1955, vol. I, tomo I, pp. 11/2).

22. Prossegue o Jurista nas suas reflexões ultimadas: *“Com a eliminação do ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, estará truncado um dos próprios fins políticos da pena, qual o da prevenção geral (ou da coação psicológica, segundo a fórmula de Feuerbach), pois seria absurdo cogitar-se do caráter preventivo de penas sem o momento de expressos textos legais, isto é, penas que não se conhecem, a serem editadas para fatos ainda não definidos como crimes para ciência e governo dos cidadãos. Se a norma penal é uma norma de conduta, rematado despropósito será exigir-se que os indivíduos se ajustem a uma norma penal inexistente”*. (op. cit.)

23. Ainda, pondera a respeito da inconveniência de elidir-se esse princípio e viabilizar-se o arbítrio jurídico ou a analogia na incriminação de fatos e irrogação de penas, eis que daria azo a que os julgadores fossem *“naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira. O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cuja anti-sociabilidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juízes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um juízo de reprovação muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento”*.

24. O legislador constituinte observou essas proposições e prescreveu que *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* (art. 5º, XXXIX) e *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (art. 5º, II).

25. É de clareza meridiana a noção de que se pauta pela conformidade ao direito, proveniente da lei, à razoabilidade e ao bom senso acolher-se o resultado interpretativo de que não cabe infligir penalidade disciplinar sem previsão legal ou aplicá-la em relação a fatos anteriores à sua instituição, dimanando, daí, consonância do princípio da moralidade administrativa com as asserções desta Advocacia-Geral, reproduzidas no item 6 deste expediente.

26. Conclusão contrária representaria a configuração da hipótese alvitada no sentido de que, em sendo a lei *“posterior ao ato incriminado, já aqui de direito não se trata, mas sim de mera vingança”* (Comentários à Constituição do Brasil - Celso Ribeiro Bastos, Ed. Saraiva, 1992, 3º vol, tomo III, p. 211).

27. Consoante asserido no item 8 deste Parecer, as explanações efetuadas no pronunciamento contestante induzem a que se infira a afirmação de que se baseia em Celso Antônio Bandeira de Mello, Toshio Mukai e Vedel a proposição de que o princípio da legalidade, na atualidade, assume a seguinte conotação: inexistente lei que discipline o fato social, é admissível ao exegeta valer do “Direito invocável à espécie”, com o que se tornaria viável, sob o ponto de vista jurídico, estabelecer, por via interpretativa, modalidade de pena disciplinar.

28. Foram mencionados os tratadistas a que alude o item anterior, mas não indicaram as respectivas obras. De qualquer sorte, o primeiro doutrinador (Celso A. B. de Mello), mencionado com de suporte para a assertiva contida no item anterior, em mais de uma oportunidade, de forma fundamentada e consistente, expressou suas idéias quanto ao sentido desse princípio, prelecionando, *verbis*:

“No Estado de Direito, a Administração só pode agir, em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa.

Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.

No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa.

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Não se há de pensar - advertiu a sabendas André Gonçalves Pereira - que a discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.

Assenta à fiveleta pôr em curso cita literal do magistério devido ao profundo e famigerado mestre português: ‘O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação’.

Discricionariedade, pois, é a margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que este exercite o dever de integrar-lhe, in concreto, o

conteúdo rarefeito mediante um critério subjetivo próprio, com vistas a satisfazer a finalidade insculpada no preceito normativo.

Ocorre, portanto, possibilidade de ação discricionária quando a norma antecipadamente legitima o juízo ou a vontade que vier a ser produzida pela Administração, desde que expendida dentro dos limites de liberdade contidos nos marcos ou referenciais constantes da lei e manifestada em ordem a implementar o específico objetivo público nela consagrado". (Elementos de Direito Administrativo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed, pp. 301, 303/4)

29. Noutra produção de cunho jurídico, esse jurista reafirma suas proposições:

"No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris - cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante - viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.

Nos termos do art. 5º, II, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Aí não se diz 'em virtude de' decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se 'em virtude de lei'. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se, em lei, já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

Além dos arts. 5º, II, e 84, IV, donde resulta a compostura do princípio da legalidade no Brasil, o art. 37 faz sua expressa proclamação como cânone regente da Administração Pública, estatuidando: 'A Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade...'.

Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros." (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 1994, 5ª ed, pp. 49/50)

30. Emerge de forma incontestada e estreme de dúvidas que o doutrinador concebe o princípio da legalidade como pautado pela previsão em lei, em sentido estrito, de modo a condicionar a atuação do administrador público. Assim, constata-se desprovida de veracidade a assertiva de que os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello autorizariam a ilação de que *"impõe-se ao Administrador Público, em especial quando se depara com apuração de ilícito administrativo, o dever de atender o superior interesse do Estado e da moral administrativa afetada, valendo-se das letras da lei, se existente, e, na falta dessas, das luzes do Direito invocável à espécie, ainda que acesas através da hermenêutica"*.

31. De forma idêntica, se bem entendido, Georges Vedel não oferece suporte para conclusão diversa da asserção de que, aplicado “à Administração, o princípio da legalidade expressa a regra segundo a qual a Administração deve agir de acordo com o direito. Poder-se-ia pensar que não há aí nenhuma sujeição particularmente original e que a Administração, nesse ponto, não está submetida a regime diferente daquele a que se subordinam os particulares. Elaboraria em erro, porém, quem assim pensasse, porque, historicamente, houve períodos em que se admitiu que o Estado pairava acima do direito e em que os governantes estavam desvinculados da obediência às regras jurídicas” (Citação feita por J. Cretella Jr. - Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, p. 2.143).

32. Também, Toshio Mukai não expôs pensamentos que admitam a criação e aplicação de penalidade, mediante ato administrativo, sob a alegação de que o administrador público estaria em conformidade com o Direito, dissociado da ordem jurídica. Senão, vejam-se suas afirmações, *verbis*:

“Quanto ao princípio da legalidade, significa que o administrador público só pode fazer aquilo que estiver expressamente autorizado em lei. No ensinamento de Hely Lopes Meirelles, ‘na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’.

Dissemos nós que atualmente este princípio sofreu grande transformação. O Estado pode fazer apenas aquilo que estiver de acordo com o direito. Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Vedel, também observou esse aspecto: ‘A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como ‘conforme ao direito’, adquirindo, então, um sentido mais extenso’.” (Administração Pública na Constituição de 1988, Editora Saraiva, 1989, p. 49)

Ao referir-se a Bandeira de Mello e a Vedel, admite Toshio Mukai a conclusão de que comunga na proposição desses doutrinadores.

33. A conformidade ao direito, sentido a ser atribuído à expressão “princípio da legalidade”, tem a acepção de que a atividade estatal deve encontrar-se contemplada não somente de forma expressa, mas deve dimanar das normas que compõem o direito. Este promana de forma explícita ou implícita da ordem jurídica. Toshio Mukai, Celso A. B. de Mello e Vedel, como visto, não asserem que a autoridade administrativa, de maneira subjetiva e discricionária, pode criar o direito originariamente, sob uma inexata asserção de que assim o faz “*para defender os sagrados interesses da Administração Pública*”.

34. Essa discricionariedade assim apregoada não se recomenda, em vista de nossa cultura jurídica que o ordenamento jurídico rigorosamente adstringe à positividade das normas. “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina” (op. cit.). A doutrina do direito livre implicaria resultados administrativos não desejados e incompatíveis com o direito e a liberdade, individuais, e ensejaria atuação político-administrativa inspirada no livre arbítrio dos agentes públicos, num juízo subjetivo. Não se coadunaria com o controle e fiscalização contábil, orçamentária, financeira, operacional e patrimonial a que aludem os arts. 70 e 74 da Constituição.

35. No artigo intitulado Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, publicado na Revista de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, 1974, novembro e dezembro, p. 19, Celso A. B. de Mello permitiu-se enfocar o tema do princípio da legalidade, com a habitual proficiência jurídica, e reproduziu excertos dos pensamentos de Fritz Fleiner

(*“Administração legal, então, é aquela posta em movimento pela lei e exercida dentro dos limites de suas disposições”*), Seabra Fagundes (*“Administrar é aplicar a lei de ofício”*) e Cirne Lima (*“Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação que deve enunciar a regra de direito”*).

36. Os demais juristas compilados posicionam-se de forma símile:

“A supressão do princípio da legalidade subverteria a própria noção da culpabilidade, que não pode existir sem a consciência da violação do dever jurídico, ou possibilidade dessa consciência.” (Nélson Hungria, Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, 1955, vol. I, tomo I, pp. 13/4)

“O princípio da legalidade, assim denominado por Léon Duguit e enunciado, em resumo, nas seguintes proposições: a) no Estado de direito, ou seja, que se admite ser governado pelo direito, nenhuma autoridade pode tomar decisão individual que não se contenha nos limites fixados por disposição geral, isto é, por lei no sentido material; b) para que um país possua o Estado de direito, é preciso que nele exista alta jurisdição, que reúna todas as qualidades de independência, imparcialidade e competência, diante da qual possa ser apresentado recurso de anulação contra toda decisão que tenha violado ou pareça ter violado o direito.

Nenhum ato jurídico é válido a não ser que seja conforme às regras editadas pelo Estado. Nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes pode tomar decisões que contrariem normas válidas do sistema jurídico em que se encontram. Mesmo a mais alta das autoridades deve ‘suportar a lei que editou’, até que esta seja derogada por outra mais recente.

O princípio da legalidade, que informa todos os recantos da ciência do direito, não somente assume particular relevância no âmbito do direito constitucional, como no do direito administrativo, ou seja, informa todo o setor publicístico. É o grande princípio que domina a atividade do Estado - o da submissão à legalidade *‘lato sensu’* -, sentido em que é tomado hoje, na linha tradicional da antiga fórmula do Estado legal ou Estado de direito.

Aceito expressamente pelo nosso direito positivo que, sob várias formas, o exprime na proposição consagrada *‘ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei’*, o princípio da legalidade paira sobranceiro sobre os sistemas jurídicos do Estado de direito de nossa época, informando-os como base e diretriz fundamental.

Em segundo lugar, o que caracteriza o princípio da legalidade, aplicado à Administração, é que ele não exprime apenas a submissão desta às regras vigentes. ‘Este princípio, escreve Charles Debbsch, está ligado ao Estado liberal. Significa a sujeição da Administração às regras de direito em vigor. Os particulares têm assim a garantia de que a ação administrativa será conduzida objetivamente e não com parcialidade. A terminologia empregada refere-se à legalidade porque, na tradição do direito público francês, a obrigação para a Administração de respeitar a lei apareceu como garantia necessária e suficiente da submissão ao direito, concepção que se explica pela tradicional fé na lei, encarnação da vontade geral. Apóia-se também na impossibilidade, pela Administração, instrumento do Poder Executivo, de modificar a lei, fruto do Parlamento. O princípio da legalidade é, desse modo, o meio de realizar a subordinação da Administração ao Parlamento e, pois, de proteger os cidadãos contra as iniciativas arbitrárias da Administração’ (Droit Administratif, 1963, p. 295). Acentua Jacques Dembour que *‘a Administração é titular de privilégios, de direitos e de poderes exorbitantes em relação àqueles de que dispõem os particulares, o*

que não quer dizer que a autoridade administrativa possa mostrar-se despótica e agir arbitrariamente. A Administração belga - como a Administração francesa - é submetida ao direito ou àquilo que se denomina de princípio da legalidade. Os poderes da Administração são limitados pela obrigação em que ela se encontra de respeitar determinadas regras' (Droit Administratif, 1970, p. 23).

O Estado de direito existe, conforme ensina Balladore Pallieri, (Diritto Costituzionale, 3ª ed., p. 80 e seguintes), onde (a) o Estado se submeta à jurisdição; (b) a jurisdição aplique a lei existente ao caso concreto; (c) a jurisdição se exerça por juízes imparciais com todas as garantias; (d) o Estado se submeta à jurisdição, como parte, em igualdade de condições com a outra parte." (J. Cretella Jr. - Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense Universitária, 1988, vol. I, pp. 2142/4)

"Por outro lado, está presente a noção de que tudo que o administrador público faz é intrajurídico: em outras palavras, nada pode ele fazer, nada faz ele, que não esteja inserido no Direito. Mesmo a margem de opção, a discricionariedade, que se encontra, muitas vezes, aberta para ele, é um branco interior em relação ao Direito, cercada de tipicidade por todos os lados, advindo, daí, a figuração gráfica dos dois círculos concêntricos, o externo representativo daquela tipicidade, e o interno da discricionariedade. Nada existe, pois, que seja extrajurídico, parajurídico, metajurídico, não nos esquecendo, ademais, das numerosas hipóteses em que toda a atuação administrativa está preestabelecida na lei." (Sergio de Andréa Ferreira - Comentários à Constituição, Ed. Freitas Bastos, 1991, 3ª vol, p. 68)

37. As normas constitucionais de regência da matéria, acima especificadas, e a doutrina demonstram, à saciedade, que se harmoniza com o ordenamento jurídico e, especificamente, com os princípios da moralidade administrativa e legalidade o resultado interpretativo que obsta a instituição de penalidade e sua aplicação, sem lei autorizativa à época dos fatos considerados ilícitos, e não acolhe a tese da retroação dos efeitos de lei que crie modalidade de penalidade disciplinar.

38. Carece de relevo a assertiva de que *"outros servidores e ex-servidores, fiquem alforriados, imunes das devidas sanções administrativas disciplinares"*, porque se impõe a verificação da responsabilidade civil e penal, nos termos da orientação firmada por esta Instituição (cfr. o item 22, letra b, do Parecer nº AGU/WM-9/94).

39. Ademais, mesmo que se verifique a impossibilidade de qualquer responsabilização, o *"inconveniente temporário da impunidade de tais fatos seria indubitavelmente menor que o da substituição do legislador pelo juiz, em desfavor de elementar garantia da liberdade individual"* (Nélson Hungria, op.cit.).

40. É impertinente aos aspectos examinados, a invocação de Cretella Júnior e Egberto Maia Luz, como efetuada para embasar a pretensão de instituir penalidade administrativamente, ou justificar a retroatividade de norma que a criou, pois esses doutrinadores referem-se especificamente às faltas disciplinares e aos direitos e deveres funcionais, cuja enumeração não se esgotaria na lei (v. as transcrições de suas opiniões no aludido Parecer Conj/MARE nº 77/95, f. 4).

41. Num esforço exegético tendente a demonstrar a juridicidade da aplicação de penalidade inexistente na oportunidade em que possivelmente ocorreram infrações disciplinares, é asserido, de forma genérica, que *"a apuração e responsabilização do servidor, por ilícitos praticados quando no exercício de cargo público, efetivar-se-ão como se estivesse em pleno exercício do cargo, mesmo que no momento da aprovação não mais se*

encontre no efetivo exercício do cargo no qual praticou o ilícito, seja por ter sido exonerado, aposentado ou posto em disponibilidade”, bem assim são transcritos os arts. 2º, 196, 199, 201, 206 e 210 da Lei nº 1.711, de 1952; 1º, 8º, caput e § 6º, da Lei nº 8.027, de 1990; e 2º, 121, 124, 127, V e VI, e 135 da Lei nº 8.112, de 1990.

42. Eis o entendimento esposado pela AGU, de forma análoga, mas pertinentes aos fatos verificados quando vige lei que comina a inflição de penalidade: *“é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão”.*

43. Observe-se que a apuração das irregularidades administrativas é compulsoriamente feita através de sindicância ou processo administrativo disciplinar, obedecendo ao princípio do contraditório e assegurando-se ampla defesa, atividade em que a comissão de inquérito atua com independência e imparcialidade, de modo a obter a completa elucidação dos fatos. A responsabilidade a apurar-se é a do servidor que tenha praticado infração no exercício de suas atribuições ou tenha relação com as do cargo em que se encontre investido (cfr. os arts. 143, 148, 150 e 153 da Lei nº 8.112, de 1990). Inexiste regramento específico para efetuar-se apuração de ilícito administrativo como se o servidor *“estivesse em pleno exercício do cargo, mesmo que no momento da aprovação não mais se encontre no efetivo exercício do cargo no qual praticou o ilícito”*, conforme se realça. A apuração das irregularidades, em si, tem disciplina legal adstrita a aspectos éticos e morais, abstraídos de regramento especial para os casos de os cargos estarem ocupados, ou não, pelos infratores.

44. Em se tratando *“de infrações anteriores à promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, que prevê essa conversão, apenas se procede à apuração dos fatos, sem indicição ou defesa, mas se anota o resultado nos assentamentos do ex-servidor e se remete traslado do processo disciplinar ao Ministério Público da União, no caso de constatar-se responsabilidade civil ou penal”*: é a regra ínsita ao Parecer nº AGU/WM-9/94. Se, na data da prática das irregularidades, inexistia a penalidade, seriam inócuas a indicição e defesa, face às suas finalidades.

45. Ressalvado o parágrafo único do art. 135 da Lei nº 8.112, de 1990, os preceptivos enumerados no item 41 deste expediente compreendem temática diversa do assunto da espécie, inaproveitáveis assim à fundamentação da tese defendida pela Secretaria de Estado, que solicitou o reexame do pronunciamento desta Instituição.

46. Com efeito, seguem indicados os assuntos versados naqueles dispositivos:

I - Lei nº 1.711, de 1952:

a) art. 2º: estabelece o conceito de funcionário;

b) art. 196: preceitua que o funcionário responde civil, penal e administrativamente no caso de exercer suas atribuições, de forma irregular;

c) art. 199: estatui que a responsabilidade administrativa advém de omissões e atos praticados no exercício do cargo ou função;

d) art. 201: especifica as modalidades de penas disciplinares, mas não relaciona a de conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão;

e) art. 206: indica o caso em que se aplica a penalidade de destituição de função;

f) art. 210: atribui competência para a aplicação de penalidades;

II - Lei nº 8.027, de 1990:

a) art. 1º: fixa o conceito de servidor público;

b) art. 8º, *caput*: determina a responsabilização civil, penal e administrativa do servidor público e a acumulação das cominações civis, penais e disciplinares;

c) art. 8º, § 6º: determina a incompatibilização do servidor demitido ou destituído de cargo em comissão para nova investidura em cargo público;

III - Lei nº 8.112, de 1990:

a) art. 2º: cuida do conceito de servidor público;

b) art. 121: trata da responsabilização civil, penal e administrativa do servidor público;

c) art. 124: reafirma que a responsabilidade civil e administrativa é oriunda de ato omissivo ou comissivo praticado no exercício do cargo;

d) art. 127, incisos V e VI: inclui a destituição de cargo em comissão e de função comissionada dentre as penalidades disciplinares;

e) art. 135, parágrafo único: determina a conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão, mas já afirmou esta AGU que se trata de preceituação desprovida de efeito retroativo, em decorrência de revestir-se do caráter de penalidade. É entendimento consentâneo com a ordem jurídica e a sedimentada doutrina.

47. Transcreveram-se os seguintes excertos do Parecer nº AGU/WM-9/94, e efetuaram considerações a respeito, a fim de externarem dissensões:

“Impende elucidar que a incidência do disposto no parágrafo único do art. 135, supramencionado, é restrita às infrações praticadas após sua vigência, dada a impossibilidade de a norma surtir efeitos de forma a alcançar situações pretéritas. A legislação precedente não contemplava a conversão, em comento.

A impossibilidade da responsabilização administrativa decorrente da desvinculação do titular apenas de cargo em comissão, como pode verificar-se com a extinção ou reclassificação de cargo que requeira novo ato de provimento, não obsta a anotação do resultado da apuração nos assentamentos do ex-servidor a quem se atribua a prática do ilícito administrativo, bem assim a remessa de traslado do processo ao Ministério Público da União, se este implicar responsabilidade civil ou penal, observado o disposto no parágrafo único do art. 154 da Lei nº 8.112, de 1990.

Nos casos dos autos, a desvinculação dos denominados ‘ordenadores de despesas’ se verificou em decorrência da extinção da Secretaria da Administração Pública, inclusive foi extinto o cargo de Ministro Extraordinário para Assuntos de Administração, por força dos arts. 1º, 2º e 5º da Lei nº 7.739, de 16 de março de 1989, anteriormente, destarte, à promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, cujo art. 135 prevê a conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão. Assim, faltando a condição de servidor e dada a irretroatividade dos efeitos desse preceptivo estatutário, far-se-iam inócuas a indicição e defesa, face à impossibilidade jurídica da apenação.”

48. A contradita se baseia, quanto a seus aspectos de maior relevo, na asserção de que “*deve ser dito que a apuração dos fatos se operou com base na Lei nº 8.112, de 11.12.90, o*

que em não se tendo essa lei como aplicável, há que se ter o processo como imprestável. Em se tendo como aplicável a 8.112, não pode ser aceito o argumento de 'impossibilidade de norma surtir efeitos de forma a alcançar situações pretéritas'.

Os demais argumentos expedidos pelo ilustre parecerista, trazidos à colação, não podem ser aceitos, considerando que o correto é em nome de um sadio controle administrativo de provimento e desprovimento de cargos públicos, a exoneração de ocupantes de cargos em comissão mesmo que em razão de extinção de órgão ou cargo.

O 'assim, faltando a condição de servidor' nunca falta, porque o ex-servidor que cometeu ilícitos no exercício de um cargo, responda pelos mesmos como se no cargo estivesse."

49. A pretensão de considerar-se o processo disciplinar "como imprestável" pelo só fato de, em relação a determinados envolvidos nas irregularidades, não se aplicar o disposto no art. 135, parágrafo único, da Lei nº 8.112, de 1990, por serem os fatos e sua exoneração anteriores a esse Diploma Legal, expressa uma abstração do contexto processual em que figuram infrações e autores diversificados, sendo imprescindível determinarem-se as responsabilidades civis, administrativas e penais, considerados os envolvidos de per si e individualizados os ilícitos, para exculpar ou inflingir as penalidades, na conformidade das normas constitucionais e legais. Denota-se que não atentaram para o entendimento desta AGU, consistente em que "em se tratando de infrações anteriores à promulgação da Lei nº 8.112, de 1990, que prevê essa conversão, apenas se procede à apuração dos fatos, sem indicição ou defesa, mas se anota o resultado nos assentamentos do ex-servidor e se remete traslado do processo disciplinar ao Ministério Público da União, no caso de constatar-se responsabilidade civil ou penal... a comissão efetua a apuração na fase instrutória, de forma a elucidar a responsabilidade de cada envolvido, o que dá azo à apenação, não obstante o aspecto de superior hierárquico envolvido não haver sido indiciado, porque inviável a penalidade administrativa" (v. Parecer nº AGU/WM-9/94). Se se tratasse de fato verificado previamente à designação de comissão de inquérito, como incapaz de ensejar a penalidade, o processo não haveria de ser instaurado. Não seria de considerá-lo "como imprestável", após a apuração dos fatos.

50. Não se vislumbra embasamento jurídico para a ilação de que "o correto é em nome de um sadio controle administrativo de provimento e desprovimento de cargos públicos, a exoneração de ocupantes de cargos em comissão mesmo que em razão de extinção de órgão ou cargo."

51. Trata-se de mera idealização sem apoio em lei. Bem ao contrário do que se assevera, o cargo público, por uma ficção legal, é criado e extinto através de lei. Di-lo o art. 48 da Carta, *verbis*:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

.....
X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;
.....

52. A exigência de lei para proceder-se à criação de cargos encontra-se inserida, também, nos arts. 3º da Lei nº 8.112, de 1990, e 61, § 1º, II, a, da C.F.

53. O provimento e a exoneração pressupõem a existência do cargo e geram situações fáticas e jurídicas distintas. Com o provimento, são criados direitos e se submete o servidor a

obrigações, como é o caso da retribuição e o dever de prestar serviços, sendo que a exoneração implica cessação dessa situação funcional.

54. O art. 33 da Lei nº 8.112 não proporciona tergiversações relativas à necessidade de existir o cargo para efetivar-se sua vacância, através da exoneração do servidor, quando estatui:

Art. 33. A vacância do cargo decorrerá de:

I - exoneração;

.....

55. Não há possibilidade jurídica de desinvestir o servidor de cargo inexistente, uma vez que deste não é ocupante.

56. Já a extinção do órgão ou entidade, em si, não implica necessariamente a do quadro, composto de cargos.

57. Foi visto que a extinção de cargo não prescinde da edição de lei (v. o art. 48, X, da C.F.) e, para que isso ocorra, a norma disciplinadora de reorganização administrativa haverá de efetuar-la, indubitavelmente. Em regra, nas reformas administrativas têm-se mantido os cargos e previsto o remanejamento dos respectivos titulares, a fim de assegurar a continuidade dos serviços. A experiência tem demonstrado que a extinção dos cargos e a conseqüente decretação da disponibilidade remunerada dos servidores, prevista no art. 41, § 3º, da Carta, não surtem efeitos condizentes com os interesses do Estado.

58. Mesmo na hipótese de extinguirem-se órgãos e cargos, persistiria a inadequação da exoneração do servidor: não seria ocupante de cargo, dada a extinção.

59. Enfatiza-se que *“o ex-servidor que cometeu ilícitos no exercício de um cargo, responda pelos mesmos como se no cargo estivesse”*, para contestar a orientação desta Instituição, consistente em que *“faltando a condição de servidor e dada a irretroatividade dos efeitos desse preceptivo estatutário, far-se-iam inócuas a indicição e defesa, face à impossibilidade jurídica da apenação”*.

60. Não se indica o fundamento legal de tal proposição pelo simples motivo de que inexistente.

61. O regramento da ação saneadora do Estado contempla a punição dos titulares de cargos públicos de forma diferente daqueles que não detêm essa condição e o faz em decorrência de se encontrarem em situações fáticas e jurídicas distintas.

62. A Lei nº 8.112/90, arts. 127 e 147, comina penalidade de demissão para o ocupante de cargo efetivo, a destituição de cargo em comissão ou o afastamento preventivo, pois é pertinente, no particular, aos servidores ativos. Em relação aos desinvestidos dos cargos, mediante exoneração ou aposentadoria, preceitua a conversão da exoneração em destituição de cargo em comissão (sem efeitos retroativos) ou a cassação da aposentadoria, numa inequívoca demonstração de que são situações diferenciadas (arts. 127 e 135).

63. A apuração das faltas disciplinares é efetuada nos moldes da Lei nº 8.112, mas sem intercomunicação explícita das condições de servidor em atividade e inativo, ou desvinculado do Serviço Público (exonerado). Subsiste, *de lege lata*, a responsabilidade administrativa do servidor que se aposenta ou se desvincula mediante a exoneração ou extinção do cargo de provimento em comissão, mas não *“como se no cargo estivesse”*.

64. O último aspecto que, pela sua relevância, merece exame é concernente à afirmação de que *“a apuração de ilícitos administrativos pode ser feita com base na lei vigente à data da apuração, se esta regulou por igual a matéria disciplinada pela lei vigente à data dos fatos”*.

65. Em tese, impende dilucidar, referentemente aos efeitos de lei nova que discipline o processo administrativo:

a) os processos já encerrados na data de vigência da lei nova não sofrem repercussão quanto aos efeitos desta, eis que aqueles se constituem em fato consumado e o novo diploma legal preceitua para o futuro;

b) no respeitante aos processos pendentes na data da promulgação das novas normas processuais, os atos já praticados subsistem como válidos e eficazes e, os posteriores, se regem pela nova disciplina;

c) os processos a serem iniciados se desenvolvem na conformidade da lei nova.

66. Em princípio, é a orientação a ser observada, sem prejuízo do exame de outros aspectos que se verifiquem necessários.

67. O reexame efetuado demonstra a total improcedência das alegações aduzidas pelo Ministério, impondo-se, em consequência, a manutenção do entendimento desta Instituição, por seus fundamentos jurídicos.

Sub censura.

Brasília-DF, 22 de junho de 1995

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Compulsoriedade de se apurar irregularidades e de se aplicar pena caso configurada a materialidade e a autoria. A responsabilidade administrativa está associada ao exercício das atribuições do cargo, o que não inclui irregularidade praticada em entidade de direito privado. Princípio da legalidade. Aplicação de penalidade requer prévia cominação legal.

PARECER AGU Nº GQ-153

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 25.6.98”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 12100.008960/97-93

ORIGEM: Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Aplicação de penalidade a servidor.

Adoto, para os fins e efeitos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-5/98, de 19 de fevereiro de 1998, da lavra do Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 25 de junho de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO,
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-5/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-153)

EMENTA: Incabível a responsabilização administrativa se a infração é praticada no exercício de cargo de confiança de entidade representativa de classe de servidor federal, portanto, em regra, sem relação com o desempenho do cargo e o Serviço Público.

PARECER

Detectadas irregularidades na Associação dos Servidores do Banco Central (ASBAC), o Diretor do Banco Central do Brasil para Assuntos de Administração designou comissão de processo administrativo disciplinar, com o intuito de apurá-las, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990.

2. A comissão de inquérito concluiu pela responsabilização de servidor efetivo do quadro de pessoal do aludido Banco, por entender transgredidos dispositivos do Diploma Legal supra, advindo, destarte, o Parecer PGFN/CJU/nº 1682/97, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Exposição de Motivos nº 663, de 24 de novembro transato, do Ministro de Estado da Fazenda, um e outra preconizando a demissão do servidor, com base nos arts. 132, IV (improbidade administrativa), da Lei nº 8.112, de 1990, e 11 da Lei nº 8.429, de 1992.
3. Seguem reproduzidas as proposições do Ministério da Fazenda:

“Contudo, o indiciado alega em sua defesa que os atos a ele imputados não foram praticados nos moldes estabelecidos no art. 148 da Lei 8.112/90, ou seja: ‘no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.’

Deve-se enfatizar nesse passo, um trecho do Voto DIRAD - 89/035, da lavra do Senhor Diretor de Administração (doc. fls. 452/461), onde, ao tratar do

‘Relacionamento com as entidades constituídas pelo funcionalismo’, esclareceu:

‘8. No que diz respeito ao relacionamento entre o Banco Central e a ASBAC, é de considerar-se a existência de contratos de comodato firmados entre as partes, pelos quais o Banco, em algumas praças, cedeu instalações para o desenvolvimento de atividades a cargo da Associação - que se inserem no contexto da administração de recursos humanos, visando ao bem-estar e ao conagração dos funcionários associados e de seus familiares.

.....

11. Ainda com relação à ASBAC, assinalamos que, atualmente, 22 funcionários encontram-se formalmente à disposição da Associação, com ônus para o Banco, o que poderia estar infringindo, em princípio, o disposto no inciso I do artigo 3º do Decreto nº 95.904/88. Deve ser ponderado, contudo, que a presença de funcionários do Banco na administração da ASBAC se torna necessária, não só em função dos bens patrimoniais do Banco à disposição da entidade, mas também em razão do papel a ela reservado na condução das atividades assistências, conforme já ressaltado. Não é demais lembrar que as cessões se processam segundo normas referendadas pelo Conselho Monetário Nacional, no uso de competência originária da Lei nº 4.595/64’.

Por força do contido no item 19 do Voto BCB nº 668/93, aprovado pelo Conselho Monetário Nacional por meio do Voto CMN nº 142/93, observe-se em que situação os servidores do Banco Central do Brasil são afastados para o exercício de cargo eletivo na ASBAC:

‘19. O afastamento do funcionário eleito para cargo de Presidente Nacional, Diretor Financeiro e Diretor Regional da ASBAC dar-se-á com ônus para o Banco, assegurado durante o cumprimento do mandato o adicional de função que detinha à data da inscrição da candidatura ou, alternativamente, de percentual da função de Chefe Adjunto de Departamento, sendo:’

De forma a demonstrar a submissão da conduta do servidor aos ditames da Lei nº 8.112/90, a Comissão, ao discorrer sobre o assunto no Despacho de Instrução e Indiciação, invocou, também, os dispositivos contidos no Código de Ética Profissional do Serviço Público Civil do Poder Executivo Federal, instituído pelo Decreto nº 1.171, de 22 de julho de 1994, conforme documentos de fls. 630/633.

Outra norma que trata do assunto e que merece ser observada é a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que ‘dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou funcional’:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidades que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido

ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial a repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Verifica-se, assim, que frente aos dispositivos legais acima transcritos, e diante do entendimento sobre o assunto constante dos votos do Banco Central e do Conselho Monetário, não se vislumbra qualquer possibilidade de que a conduta do servidor, ora indiciado, tenha fugido à natureza da Lei nº 8.112/90.

O servidor, durante todo o período em que exerceu o cargo de Diretor na ASBAC, foi mantido no quadro funcional do Banco e fazendo jus, inclusive, à percepção do adicional de função que recebia à época da eleição.

O argumento da defesa de que 'O Erário nunca concorreu para a criação da ASBAC, nem com mais de 50% para a formação de suas receitas', encontra resposta na afirmação feita em seguida por ele mesmo de que 'tendo suspenso o repasse de qualquer recurso, mantendo apenas os regulares contratos de concessão de uso de imóveis firmados com a Associação'.

Note-se, que o erário já contribuiu financeiramente para a formação da ASBAC, tendo suspenso esta contribuição por força de lei, mantendo até hoje, inclusive, contratos de comodato com aquela entidade, em razão da ocupação de imóveis de sua propriedade.

A leitura atenta do texto da Lei nº 8.429/92, e da explanação dos fatos, feita nos artigos 27, 28 e 29, não deixa dúvidas sobre a aplicação da Lei nº 8.112/90, no caso vertente. O tipo descrito na norma e a situação fática se encaixam como uma luva, haja vista que o dispositivo prevê 'para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual'.

4. Dissentiu dessa proposição a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (Nota nº 4610/97-SAJ/PR-JM), onde ficou realçado, como transcrito a seguir, que as faltas foram praticadas na titularidade de cargo de confiança de entidade não integrante do Serviço Público, impondo-se, assim, o arquivamento do presente processo, motivo pelo qual foi remetido a esta Instituição:

"O indigitado servidor, quando eleito para a função de Diretor Regional da Associação dos Servidores do Banco Central - ASBAC, em Belém/PA, para o mandato de dois anos, a partir de janeiro de 1995, afastou-se do exercício do cargo público, quando deixou de exercer suas funções regulamentares, dedicando-se exclusivamente ao desempenho de uma atividade privada, perante pessoa jurídica de direito privado.

E é o que se infere do disposto no artigo 1º do Estatuto Social da Associação dos Servidores do Banco Central - ASBAC, cujos objetivos, de cunho social, estão elencados em seu art. 3º, não se vislumbrando nenhuma hipótese de atividade voltada ao interesse de entidade de direito público.

Ademais, os associados daquela entidade privada, na forma do disposto no art. 5º do sobredito Estatuto, não são necessariamente servidores públicos, podendo, inclusive, outras pessoas concorrerem a cargos eletivos da Associação, tais como os funcionários aposentados do Banco Central, as

viúvas ou viúvos de servidores ou aposentados e suas respectivas companheiras ou companheiros, assim reconhecidos na forma da lei, conforme previsto no art. 7º, inc. II, do mesmo documento.

Os diretores eleitos para a diretoria da Associação, na forma regimental, responderão pelos atos e obrigações que por ventura derem causa (art. 35 do Estatuto) e serão penalizados na forma da graduação prevista no art. 12 do Regimento Interno daquela entidade, não sem antes responderem a processos internos de sindicância ou inquérito, conforme determinado no art. 15, do mesmo Regimento.

Tanto o Estatuto quanto o Regimento Interno da sobredita Associação encontram-se por cópias autenticadas, às fls. 160 'usque' 209, do volume 02, destes autos.

Pelo que se apurou nos autos, as irregularidades praticadas contra o patrimônio da Associação foram de autoria do indigitado servidor ... quando no exercício da função de Diretor Regional em Belém/PA.

Na forma do art. 15, da Lei nº 8.112/90, o exercício do cargo público é o efetivo desempenho das suas atribuições. Nestas circunstâncias, tem-se que o servidor em questão não estava no exercício de cargo ou função pública quando perpetrou as irregularidades apuradas, 'ipso facto', não praticou qualquer das proibições capituladas no artigo 117, do mesmo diploma legal, não devendo responder pelo exercício irregular de suas atribuições públicas (art. 121).

Consoante o disposto no art. 143, da Lei nº 8.112/90, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo. As irregularidades de que tratam estes autos não foram praticadas no serviço público.

Assim, acatando a arguição da defesa, concluo que o servidor (...) não transgrediu nenhuma disposição do Regime Jurídico Único, nem tão pouco causou qualquer prejuízo ao erário, motivo pelo qual deverá ser absolvido da acusação que lhe pesa, com o conseqüente arquivamento processual.

Caberá a ASBAC, na forma de seus atos constitutivos, se ainda não o fez, proceder a apuração e responsabilização do ex-diretor (...) pelos prejuízos que causou ao seu patrimônio, respondendo civil e criminalmente, se o caso."

5. A averiguação das irregularidades verificadas no Serviço Público configura um poder-dever de que as autoridades competentes não podem se esquivar, tal é o jaez do comando do art. 143 da Lei nº 8.112, de 1990, *verbis*:

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

6. Também dever indeclinável é a inflicção de penalidade, apuradas a falta e a autoria, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem os arts. 129, 130, 132, 134 e 135 do Estatuto dos servidores públicos civis federais, mencionado no item anterior. Veja-se o caráter peremptório desses preceptivos, *ipsis litteris*:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º. Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

.....
Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

.....
Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.

7. Portanto, a ordem jurídica é indene de qualquer discricionariedade de que possa se valer a autoridade administrativa para omitir-se na investigação e aplicação de penalidade, em caso de comprovada infração disciplinar.

8. No entanto, essa temática é necessariamente pautada por regramento compreendido na lei, em sentido estrito.

9. A delimitação da responsabilidade administrativa é feita, de maneira satisfatória, no art. 124 da Lei nº 8.112: *“resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”*. Já a finalidade do processo disciplinar adstringe-se à apuração de responsabilidade de servidor por haver praticado ilícito *“no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”* (art. 148 da Lei nº 8.112). As acepções dos vocábulos “servidor” e “cargo” defluem dos arts. 2º e 3º do mesmo Diploma, donde se extrai a conclusão de que o cargo (essa denominação é utilizada no Estatuto da Associação, arts. 26 e 32, exemplificativamente - fls. 160 a 174) de Diretor Regional da ASBAC e a respectiva titularidade, por parte do interessado, nelas não se inserem.

10. Não se concebe ínsito ao senso da razoabilidade e harmônico com o direito estender-se a incidência de preceituação regrente de apuração de ilícito ou punitiva, por via regulamentar ou interpretativa, com o fito de alcançar irregularidades não adnumeradas na Lei nº 8.112, e nas extravagantes, e praticadas em entidade de direito privado, estranha à Administração Federal, mormente em se considerando que os preceptivos estatutários especificam os elementos constitutivos das faltas disciplinares com a abrangência necessária ao fim colimado pelo legislador, incluído o da Lei nº 8.429, de 1992, qual seja, o restabelecimento da ordem jurídica com a apenação do servidor faltoso e a preservação do bem público.

11. Isto porque, se assim não fosse, estar-se-ia inobservando o princípio da legalidade de que cuida o art. 37 da Carta, de par com o aspecto de que aproveitam-se ao regime disciplinar as preleções dos doutrinadores, relativas ao Direito Penal, em vista da finalidade corretiva, reestabelecidora da ordem social, e o caráter de recuperação das punições, nas áreas penal e administrativa, com o objetivo, tão-só, de evidenciar a necessidade de preservar a atuação dos órgãos administrativos nos limites da lei, sem valorações subjetivas

que possam induzir à edição de atos isolados e com efeitos que só podem advir da lei, no seu sentido formal.

12. Há de se anuir ao pensamento de Nelson Hungria, que assim expressou suas reflexões sobre assunto desse teor:

“Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do ‘*minimum*’ de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente à parte ‘*objecti*’ e à parte ‘*subjecti*’, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas ‘*in abstracto*’ pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal. Os Códigos Penais modernos, segundo um conceito aparentemente paradoxal de Von Liszt, são a ‘*Magna Charta libertatum*’ dos delinqüentes. O princípio central de quase todos eles é o da legalidade rígida: o que em seus textos não se proíbe é penalmente lícito ou indiferente ‘*permittitur quod non prohibetur*’.

Antes de ser um critério jurídico-penal, o ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’ é um princípio político (político-liberal), pois representa um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado” (Comentários ao Código Penal, Ed. Revista Forense, 1955, vol. I, tomo I, pp. 11/2).

13. Prossegue o Jurista nas suas reflexões ultimadas: “Com a eliminação do ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’, estará truncado um dos próprios fins políticos da pena, qual seja o da prevenção geral (ou da coação psicológica, segundo a fórmula de Feuerbach), pois seria absurdo cogitar-se do caráter preventivo de penas sem o momento de expressos textos legais, isto é, penas que não se conhecem, a serem editadas para fatos ainda não definidos como crimes para ciência e governo dos cidadãos. Se a norma penal é uma norma de conduta, rematado despropósito será exigir-se que os indivíduos se ajustem a uma normal pena inexistente” (op. cit.).

14. Ainda, pondera a respeito da inconveniência de elidir-se esse princípio e viabilizar-se o arbítrio jurídico ou a analogia na incriminação de fatos e irrogação de penas, eis que daria azo a que os julgadores fossem “normalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira. O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cuja anti-sociabilidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juízes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um juízo de reprovação muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento”.

15. O legislador constituinte observou essas proposições e prescreveu que “não há crime sem lei anterior que a defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX) e “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II).

16. É razoável e consentâneo com a noção de que se pauta pela conformidade ao direito acolher-se o resultado interpretativo de que não cabe infligir penalidade disciplinar em relação a fatos que extrapolam o elenco da lei, ainda que o autor reputa-se servidor público, mas esteja afastado do desempenho do cargo por motivo de desempenho de mandato eletivo em entidade de direito privado, representativa de classe de agente público (art. 92 da Lei nº 8.112, de 1990, alterado pela Lei nº 9.527, de 1997).

17. O art. 124 regula a responsabilidade administrativa como resultante de *“ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função”*, referindo-se a fatos ilícitos e, portanto, ao exercício real do cargo público, não se compadecendo de idealizações tendentes a ficticiamente considerar o titular deste como se no seu exercício, estivesse, em se encontrando afastado na forma aludida no item anterior, como é o caso do interessado. Estando assim licenciado o servidor, somente por ficção jurídica da Lei nº 8.112, art. 102, VIII, “c”, é que se concebe o efetivo exercício estivesse inaproveitável para a imputação de falta disciplinar.

18. O art. 1º da Lei nº 8.429, de 1992, ao delimitar a área de aplicação de penalidade pela prática de atos de improbidade, com maior elasticidade que a demarcada pelos arts. 124 e 148 da Lei nº 8.112, não ab-rogou esses dispositivos estatutários.

19. Tampouco a primeira norma se aplica à espécie, uma vez que não ficou demonstrado, com a indicação do fundamento legal permissivo, que, em relação à criação ou custeio da ASBAC, o Erário *“haja concorrido concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”*, de modo a tipificar a ação anti-social do interessado como improbidade, a teor do art. 1º da Lei nº 8.429.

20. Não demonstrado que incide, na espécie, o art. 1º da Lei nº 8.429, e por força do disposto nos arts. 124, 143 e 148 da Lei nº 8.112, entende-se o presente processo como carecedor de motivação e atípica a conduta do interessado, pois os fatos relatados ocorreram no âmbito da empresa privada, sem relação com o Serviço Público Federal ou o exercício do cargo, afigurando-se incabível a penalidade alvitada.

21. Noticia-se, como registrado no item 5 deste expediente, que há vinte e dois servidores do Banco Central do Brasil à disposição da ASBAC, com ônus para o primeiro, situação a ser examinada face ao disposto no art. 92 da Lei nº 8.112 e ao princípio constitucional da legalidade (há necessidade de previsão legal para a manutenção dessas cessões).

Sub censura.

Brasília, 19 de fevereiro de 1997.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Espécies de agentes públicos. Regime jurídico dos empregados públicos celetistas. Devido processo legal necessário e penas aplicáveis aos empregados públicos celetistas. Possibilidade de aplicação de pena de suspensão a empregados públicos de entidades da administração indireta cedidos à União, desde que os regulamentos internos das empresas e acordos coletivos de trabalho prevejam as hipóteses e impossibilidade de aplicação aos demais empregados.

PARECER Nº 1/2018/CPPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000541/2017-11

INTERESSADOS: UNIÃO

ASSUNTO: PRESCRIÇÃO DO ABANDONO DE CARGO

ENUNCIADO

I - Aos empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional aplicam-se as penas previstas na CLT ou em lei específica, podendo, subsidiariamente, ser utilizado o rito da Lei nº 8.112, de 1990, ou o da Lei nº 9.784, de 1999.

II - As penalidades aplicáveis aos empregados públicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado que estejam cedidos à União, suas autarquias e fundações de direito público são aquelas previstas na legislação trabalhista (CLT e leis específicas), em normas internas e acordos coletivos de trabalho, não se lhes aplicando as da Lei nº 8.112, de 1990.

Indexação: Empregados públicos. Penalidade. Aplicação. Regime jurídico.

FUNDAMENTAÇÃO

1. O presente estudo se propõe a analisar o tema relativo à possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão, com base na Lei nº 8.112, de 1990, ao empregado público, por irregularidades praticadas no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional.
2. Antes disso, porém, faz-se necessário apresentar alguns conceitos e classificações comumente utilizados pela doutrina.
3. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), em seu artigo 2º, conceitua **agente público** como “aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”
4. Os doutrinadores apresentam diversas classificações para distinguir as *espécies de agentes públicos*. Para o que aqui nos interessa, passamos a apresentar a classificação do doutrinador José Santos Carvalho Filho (1), que se baseia no critério da natureza do vínculo jurídico que liga o servidor ao Poder Público, distribuindo esses agentes públicos em três categorias: 1) os *estatutários*, vinculados a entidades de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público), regidos por leis específicas (2); 2) os *contratados*, conforme prevê o art. 37, IX, da CF, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público e por tempo determinado, regidos por lei própria (3); 3) os *empregados públicos* ou *celetistas*, contratados pela legislação trabalhista, ocupantes de emprego público na administração direta, autarquias e fundações, nos termos da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, e os ocupantes de emprego público nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado (4).

5. Saliente-se, nesse ponto, que o mencionado doutrinador não considera *servidores públicos* os empregados das entidades privadas da Administração Indireta, caso das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado. Segundo o referido autor, “Todos são sempre regidos pelo regime trabalhista, integrando a categoria profissional a que estiver vinculada a entidade, como a de bancários, economiários, securitários etc. Além do mais, o art. 173, § 1º, da CF estabelece que empresas públicas e sociedades de economia mista devem sujeitar-se às regras de direito privado quanto às obrigações trabalhistas. São, portanto, empregados normais.”(5)

6. O que nos interessa é analisar a situação dos empregados públicos que cometem infrações disciplinares quando ocupantes de emprego público na administração direta, em autarquias e em fundações, submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A título exemplificativo, podemos citar aqueles que se submetem às normas previstas na Lei nº 9.962, de 2000 (6); os contratados sob a égide da Constituição anterior que não foram contemplados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (7) e pelo disposto no art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990 (8); os contratados após a alteração perpetrada no art. 39 da CF pela EC nº 19, de 1998 (9); os anistiados de que trata a Lei nº 8.878, de 1994 (10) e os agentes comunitários de saúde e de combate às endemias previstos no art. 198, § 4º, da CF, com a redação dada pela EC nº 51, de 2006 (11), que, nos termos do art. 8º da Lei nº 11.350, de 2006 (12), também estão regidos pela CLT.

7. O regime jurídico aplicável aos empregados públicos é o do **direito do trabalho**, com as modificações próprias do regime de direito público, ou seja, é um regime jurídico *híbrido*. É o que se depreende do art. 37, II, da CF (13), do artigo 327, § 1º do Código Penal (14) e da Lei Federal nº 8.429/92 (15).

8. Conforme preceitua José Santos Carvalho Filho, esse regime regulamenta relação jurídica de *natureza contratual*, o que “significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para disciplina das relações gerais entre capital e trabalho”. (16)

9. Outra característica desse regime é a *unicidade normativa*, ou seja, o conjunto integral das normas reguladoras encontra-se em um único diploma legal, no caso, a CLT. Assim, “tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma.” (17)

10. Além disso, “como se trata de relação jurídica de *natureza contratual*, formalizada por *contrato de trabalho*, adequada é a justiça trabalhista para enfrentar e dirimir litígios que dela se originem.” (18)

11. É preciso ressaltar, contudo, sem embargo da circunstância de que a relação jurídica trabalhista é eminentemente privada, que, quando o empregador é o Poder Público, pode sofrer o influxo de algumas normas de direito público. Quer isto dizer que o sistema trabalhista, que traça direitos e deveres do empregado e do empregador, na execução do contrato de trabalho e dos efeitos decorrentes da extinção do mesmo, convive com regras atinentes ao sistema da administração pública que impõe regras como impessoalidade, publicidade, legalidade, moralidade administrativa, oportunidade, bem como motivação dos atos administrativos.

12. “Assim é que os empregados públicos possuem carteira assinada, FGTS, seguro desemprego e todos os demais elementos que caracterizam uma relação empregatícia. Todavia, por expressa disposição constitucional, submetem-se às restrições que, em regra, alcançam apenas as relações de direito público. Como exemplo, podemos citar a necessidade de passar pelo concurso público, a obediência às regras de acumulação de

cargos, empregos e funções (art. 37, XVI da CF); a observância do regramento previsto na Lei nº 8.429/1992; a sujeição aos limites remuneratórios se a estatal receber recursos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios para pagamento de seu pessoal ou custeio em geral, conforme o art. 37, § 9º, da Constituição Federal; dentre outros.” (19)

13. Sendo o liame existente entre o poder público e seus empregados de índole contratual, com disciplina na CLT, conclui-se que “é imutável por ato unilateral de qualquer das partes, passando os direitos e obrigações recíprocos a constituir o patrimônio jurídico dos contraentes, aplicando-se os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica que regem as relações de Trabalho.” (20)

14. No que tange à *estabilidade*, o entendimento do TST consagrado na Súmula nº 390, inciso I, é o de que somente o empregado celetista da administração direta, autárquica e fundacional, admitido por concurso público, é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF. Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF. Eis o teor da referida Súmula:

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJs nºs 265 da SBDI-1 - inserida em 27.09.2002 - e 22 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000)

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

15. O TST também firmou o entendimento, por meio da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 247 da SBDI-1/TST, de que “a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”. Contudo, ressaltou que “A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ETC) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.” (21)

16. Entretanto, o STF, no RE 589998, com repercussão geral reconhecida, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 12/9/2013, decidiu o que se segue:

“Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do

ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.”

17. Consoante se depreende do Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais, elaborado pela Controladoria-Geral da União, a decisão proferida no mencionado RE 589998/PI pelo STF leva-nos a concluir que “ao menos as estatais prestadoras de serviço público devem sempre motivar seus atos de dispensa. Apesar de não configurar uma estabilidade propriamente dita, a Suprema Corte garantiu um direito aos empregados de não serem demitidos sem a devida explícita motivação por parte das estatais.” (22)

18. Assim, “o entendimento mais recente sobre o assunto é no sentido de que a exceção anteriormente aplicável só a ECT, agora deve ser estendida a todas as empresas estatais que prestam serviços públicos”, vale dizer, “ainda que não revista pelo TST, entende-se que a OJ nº 247 da SDI-I deve ser aplicada à luz da nova decisão da Suprema Corte, devendo ser seu item II ampliado a todas estatais prestadoras de serviços públicos.” (23)

19. É o que vem decidindo o Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende da decisão proferida no AIRR - 1000971-68.2015.5.02.0322, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, DEJT 11/04/2017:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE GUARULHOS S.A. - PROGUARU. DISPENSA DE EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RE Nº 589.998/PI, EM QUE FORA RECONHECIDA A REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA. I - O cerne da controvérsia posta nos autos cinge-se em saber se a PROGRESSO E DESENVOLVIMENTO DE GUARULHOS S.A. - PROGUARU, sociedade de economia mista prestadora de serviço público, pode ou não dispensar seus empregados, sem a respectiva motivação do ato. II - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, no qual fora reconhecida repercussão geral da matéria, decidiu que, conquanto não tenham jus à estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição, os empregados concursados de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos não podem ser dispensados sem que o ato seja devidamente motivado, em atenção aos princípios da impessoalidade e isonomia que regem a admissão por concurso público. III - Isso para assegurar que tais princípios, observados no momento da admissão, sejam também respeitados por ocasião da rescisão contratual, resguardando-se "o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir". IV - Diante desse entendimento acerca da obrigatoriedade de motivação quando da dispensa dos empregados concursados das sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, conclui-se pela inaplicabilidade da Orientação Jurisprudencial nº 247, I, da SBDI-1 deste Tribunal, em razão da flagrante contrariedade à decisão da Suprema Corte, cujo efeito é vinculante. Precedentes. V - Desse modo, tendo sido eleita na decisão recorrida a premissa da imprescindibilidade da motivação do ato de dispensa de empregado de sociedade de economia mista, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, sobressai a convicção de que o recurso

de revista efetivamente não lograva admissibilidade, por óbice do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333/TST, pela qual os precedentes da SBDI-1 e de Turmas do TST foram erigidos à condição de requisitos negativos de admissibilidade do apelo. **VI** - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

20. No que se refere às *sanções disciplinares* aplicáveis às relações celetistas, tem-se que seu rol é mais reduzido do que o estabelecido para os estatutários. Segundo André Magalhães Pessoa (24):

“Além da dispensa por justa causa prevista em seu art. 482, a CLT somente faz referência expressa a outra sanção: a suspensão. Sobre ela, apenas dispõe em seu art. 474 que se for superior a trinta dias ‘importa na rescisão injusta do contrato de trabalho’. Com efeito, ressalvada a dispensa por justa causa prevista em dispositivo próprio, o preceptivo em causa impõe como limite a ser observado na aplicação de sanções pelo empregador a suspensão de 30 (trinta) dias, do que se infere que podem ser aplicadas suspensões por lapso inferior ou advertência.

Quanto ao elenco de infrações e às balizas para aplicação das sanções trabalhistas, a CLT pouco disciplina, listando apenas os comportamentos do empregado que autorizam a sua dispensa por justa causa (art. 482). Noutro falar, a CLT nada menciona acerca das condutas que autorizam a aplicação de sanções trabalhistas mais brandas, cabendo, nessa seara, aos regulamentos das empresas estabelecer o conjunto de deveres e proibições a ser observado pelos empregados, nos limites juridicamente permitidos.”

21. Cumpre assinalar, ainda, que, na seara trabalhista, o poder disciplinar do empregador é uma faculdade jurídica, um direito potestativo, com conteúdo discricionário. O mesmo não acontece em relação às entidades de direito privado integrantes da Administração Pública, tendo em vista o princípio da impessoalidade que deve nortear a conduta do gestor público.

22. Vimos que o empregado celetista da administração direta, autárquica e fundacional, admitido por concurso público, é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF. O art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000 (25), que regulamenta o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, dispõe que o contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido por ato unilateral da Administração pública nas seguintes hipóteses: 1) prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da CLT; 2) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; 3) necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da CF; 4) insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

23. Assim, à luz do art. 41 da CF e do disposto na Lei nº 9.962, de 2000, apenas pode haver dispensa do empregado público da administração direta, autárquica e fundacional pelas seguintes formas: 1) sentença judicial transitada em julgado; 2) processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; 3) procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa; 4) necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da CF.

24. Sobre o tema, o Parecer nº 0323 – 3.20.1/2013/KNN/CONJUR/MP, da lavra da Dra. Kátia Naomi Narita fixou a impossibilidade de se promover a dispensa injustificada de

empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, tendo em vista o disposto no art. 3º da Lei nº 9.962, de 2000, que dispõe, de forma taxativa, as hipóteses de rescisão unilateral dos contratos de trabalho por tempo indeterminado dos empregados públicos.

25. Para a apuração de prática de falta grave prevista no art. 482 da CLT e para a apuração de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas é necessário, pois, processo administrativo, por meio do qual serão assegurados ao empregado o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, decisão do Tribunal Superior do Trabalho, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, no RO 5997-27.2012.5.07.0000, data de julgamento 28/3/2017, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira:

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 5.869/1973. 1. AÇÃO RESCISÓRIA. MUNICÍPIO DE CARIÚS. ANULAÇÃO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ART. 485, V, DO CPC/73. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CARACTERIZAÇÃO. 1.1. A validade do ato de despedida de servidor público celetista da administração pública direta, autárquica ou fundacional, admitido por concurso público, impescinde de motivação. 1.2. A observância do princípio constitucional da motivação visa a resguardar o empregado de possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido no poder de dispensar. 1.3. Sob o viés da impessoalidade, clara manifestação se verifica no art. 37, II, da Carta Maior, ao exigir que o ingresso em cargo, função ou emprego público dependa de concurso público, exatamente para que todos possam disputar o certame em condições de igualdade. Entende-se que, com igual razão, em atenção à diretriz da motivação dos atos administrativos, para a despedida de empregados públicos concursados, deve-se exigir ato motivado para sua validade. 1.4. Nesse contexto, compreende-se pela necessidade de ato motivado para dispensa do servidor público celetista concursado. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 1.5. Contudo, à evidencia de que a reclamante não é detentora da estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, impõe-se o parcial provimento do recurso ordinário, para, em juízo rescisório, fixar-se o restabelecimento do contrato de trabalho, com o pagamento das parcelas salariais durante o período de afastamento, sem prejuízo de que o Município promova a dispensa da empregada, se entender cabível, desde que observado o regular procedimento administrativo em que garantidos o contraditório e a ampla defesa. **2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Nos termos do item II da Súmula 219 desta Corte, "é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista". Recurso ordinário em ação rescisória conhecido e parcialmente provido.

26. Consoante assinala André Magalhães Pessoa (26), o processo administrativo por meio do qual se apura as infrações cometidas por empregados públicos da Administração direta, autárquica e fundacional deve seguir as regras gerais da Lei nº 9.784/99, porém, desde que não traga nenhum prejuízo à defesa, é possível a aplicação das regras previstas na Lei nº 8.112, de 1990, apesar de não ser a mais adequada, pois deverão ser aplicadas as sanções previstas na CLT, e não as previstas nesta última lei:

"Não se trata, porém, do processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 1990, aplicável aos agentes estatutários, mas de processo administrativo que, à míngua de legislação específica, siga os ditames gerais da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Pouco importa o nome que se dê

a esse processo (sindicância, procedimento, apuração ou outro similar), o que é necessário é assegurar a participação do investigado nos atos nele praticados, exercendo o contraditório e a ampla defesa, com atenção aos contornos legais fixados.

Não obstante, na ausência de norma específica de regência do processo (tem-se apenas as regras gerais da Lei nº 9.784, de 1999), por analogia, é possível a utilização, no que for cabível, de regras processuais da Lei nº 8.112, de 1990, desde que não cause prejuízo à defesa. A adoção dessas regras (repita-se, caso não haja rito próprio fixado em legislação específica) não tem o condão de gerar nulidade do processo apuratório, por se tratar de rito, em geral, mais garantista que o previsto de modo geral na Lei nº 9.784, de 1990, sendo, portanto, mais benéfico ao investigado. Nesse ponto, cabe invocar o princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não deve ser pronunciada a nulidade de um ato por vício de forma, desde que dela não resulte prejuízo para aquele que a alega.

(...)

Considerando a consequência dele advinda em caso de confirmação da irregularidade investigada (aplicação de uma das sanções previstas na Lei nº 8.112, de 1990), como regra não é um instrumento adequado para apurar ilícito administrativo praticado por empregado público, pois as sanções trabalhistas não se confundem com as previstas na Lei nº 8.112, de 1990. Noutro falar, se as penalidades administrativas previstas no Estatuto dos Servidores não podem ser aplicadas ao empregado público, diminui-se de modo significativo a utilidade da instauração de processo administrativo disciplinar.”

27. O Parecer nº 43/2015-DECOR/CGU/AGU, de 20 de março de 2015, da lavra da Dra. Neide Marcos da Silva, enfrentou a questão e assentou que “se a dispensa simples exige motivação, com mais razão assiste a dispensa que imputa responsabilidade ao empregado público acusado de praticar irregularidade no serviço.” Nos termos do referido Parecer, “é possível e recomendável que se utilize **por analogia os ritos previstos na Lei nº 8.112, de 1990**. Observe-se que momento algum há determinação ou obrigação para que se adote o procedimento administrativo disciplinar para a apuração de responsabilidade de empregado público, há sim, no nível do que foi consultado, e diante da ausência de lei que discipline o assunto, recomendação de possível adoção dos ritos previsto no Regime Jurídico Único.” (negrito no original)

28. Adote-se o rito previsto na Lei nº 8.112, de 1990 ou o da Lei nº 9.784, de 1999, o certo é que se exige motivação do ato de dispensa, precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório e à ampla defesa, principalmente quando lhe seja imputada conduta capitulada como ilícito, possibilitando ao celetista contrastar, seja no âmbito administrativo ou no judicial, o ato demissório à luz das normas legais pertinentes.

29. E quando se trata de empregado público de empresas públicas ou sociedades de economia mista cedidos à União, suas autarquias e fundações de direito público, nos termos do art. 93, § 6º, da Lei nº 8.112, de 1990 (27)? Nesses casos, deve ser seguida a orientação da Súmula nº 77 do TST, segundo a qual “Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar.”

30. Nos termos do Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais da Controladoria-Geral da União, “uma vez prevista em regulamento interno a necessidade de realização de prévio processo para a aplicação de pena disciplinar, a estatal não poderá

dispensá-lo e aplicar sanção a um empregado alegando que a legislação trabalhista não prevê esta garantia. Terá ela que realizar o procedimento previsto em seus regulamentos, sempre que verificar a necessidade de exercício do poder disciplinar.” (p. 37)

31. Assim, para aplicação de penalidade aos empregados das entidades de direito privado da Administração Indireta que estejam cedidos à Administração direta, autárquica e fundacional, é imprescindível a instauração de processo administrativo, o qual “deverá tramitar no âmbito da respectiva entidade empregadora, na forma prevista em lei específica, norma interna ou acordo coletivo de trabalho.” (28)

32. Se o ilícito administrativo for praticado por empregado público em coautoria com servidor estatutário ou se tiver conexão com irregularidade cometida por servidor estatutário, recomenda-se “assegurar a participação do empregado na instrução probatória, exercendo as garantias concernentes ao direito de defesa.” (29)

33. Conforme esclarece André Magalhães Pessoa (30):

“Uma apuração bem conduzida no âmbito do próprio órgão ou entidade onde ocorreu a ilicitude, além de se beneficiar com a relação de imediatidade entre a apuração e os fatos investigados, encontra maior facilidade para acesso a dependências, coleta de provas, investigação em sistemas informatizados e acesso a dados sensíveis e sigilosos a que incumbe, por lei, ao próprio órgão ou entidade guarnecer. Ao final, o resultado e as provas coletadas serão enviados à entidade de origem do empregado, para as apurações necessárias em sua esfera de atuação, ou, caso já tenha sido instaurado processo disciplinar na entidade de origem do servidor, para adunar as novas provas coletadas.”

34. Repise-se: “Mesmo à míngua de previsão em norma interna ou acordo coletivo, o processo apuratório deve ser observado pelos entes de direito privado da Administração Pública antes da aplicação de sanções trabalhistas, pois, além de garantir o exercício do direito de defesa ao empregado, evitam-se conclusões e dispensas equivocadas, com possibilidade de reversão judicial da dispensa, além de melhor esclarecer a real extensão da irregularidade praticada, assegurando o resguardo do interesse público, da impessoalidade e da transparência que devem nortear a atuação estatal, ainda que em suas projeções de direito privado. Assim, trata-se de processo de tramitação necessária na empresa pública ou sociedade de economia mista a que está vinculado o empregado.” (31)

35. No que se refere às *penalidades*, cumpre assinalar que “A CLT não enumera os tipos de penalidades a serem aplicadas aos trabalhadores, mas ao dispor que determinadas faltas constituem justa causa para a demissão (arts. 482 e 493) e que ‘a suspensão do empregado por mais de 30 dias importa na rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 474)’, dá o rumo a ser seguido.” (32)

36. A advertência não está prevista na CLT, mas sua aplicação é tida como pacífica, posto que oriunda dos costumes trabalhistas, conforme artigo 8º do aludido diploma legal, sendo até mesmo referida por alguns instrumentos convencionais coletivos.

37. A suspensão encontra-se prevista no art. 474 da CLT, nos seguintes termos: “A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.”

38. Já a penalidade máxima trabalhista encontra-se prevista no artigo 482 da CLT, de forma taxativa (33):

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)

39. Pergunta-se: é possível aplicar penalidade de suspensão ao servidor celetista, no âmbito dos entes federais de direito público?

40. Em relação aos empregados das entidades de direito privado da Administração Indireta que estejam cedidos à Administração direta, autárquica e fundacional, o Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais da Controladoria-Geral da União orienta que (p. 66):

“Não há limite mínimo, mas, apenas máximo, tal que, acima de 30 dias, a suspensão é considerada ilícita, caracterizando falta grave cometida pelo empregador (art. 483 da CLT). As condições e formas da suspensão disciplinar são geralmente previstas em instrumentos coletivos ou no regimento interno da empresa. Sua duração deverá ser proporcional à falta cometida, conforme entendimento da autoridade julgadora.

Necessário pontuar aqui outra diferenciação ao regime aplicável aos servidores estatutários. Enquanto a Lei nº 8.112/90 prevê a possibilidade de converter a penalidade de suspensão em multa de 50% do salário, ao empregador não é permitido impor a sanção de multa (art. 462 da CLT), salvo no caso de atletas profissionais ou para fins de reparação de dano causado dolosamente.”

41. Vale dizer, o Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais da Controladoria-Geral da União parece adotar o entendimento de que é possível aplicar a penalidade de suspensão, naqueles casos em que os regulamentos internos das empresas disponham acerca das condutas dos empregados e que prevejam de forma clara quais as sanções decorrentes da transgressão de tais normativos, uma vez que os regulamentos de pessoal têm força de cláusula contratual, ou seja, integram o contrato de trabalho dos empregados.

42. Já em relação aos demais empregados das entidades de direito público, como é o caso dos que se submetem à Lei nº 9.962, de 2000, ou o caso dos anistiados em decorrência

da Lei nº 8.878, de 1994, cumpre deixar assentado que, nessas hipóteses, não há regulamentos internos ou acordos coletivos do trabalho que prevejam as condutas e sanções aplicáveis aos aludidos empregados.

43. A questão foi apreciada pelo já mencionado Parecer nº 0323 - 3.20.1/2013/KNM/CONJUR/MP, que concluiu que os empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional estão sujeitos somente às sanções de advertência e suspensão se houver prévia cominação legal que estabeleça de forma objetiva as condutas e que dariam ensejo à aplicação de cada uma delas, caso em que, na falta de tal previsão, não é possível que o empregado público se submeta a tais sanções. Eis o que consta do mencionado Parecer:

“45. No que se refere à possibilidade de aplicação de penalidades de advertência e suspensão, observa-se que a CLT não trata taxativamente delas, mas no seu art. 474 é prevista a impossibilidade de suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias, caso em que importaria na rescisão injusta do contrato de trabalho. Ademais, no art. 489 foi regulamentada a hipótese de afastamento preventivo das funções até decisão final do inquérito quando houver indícios de falta grave.

(...)

47. Entende-se, no entanto, que para a aplicação de tais sanções, necessária prévia previsão legal, com parâmetros objetivos das faltas/circunstâncias em que lhes serão aplicadas, caso em que, inexistindo tal previsão, não é possível que o empregado público se submeta a tais sanções. Até porque a Administração Pública não poderia aplicar sanção sem que seus contornos estejam previamente previstos em lei, ainda que seja para substituição de outra penalidade prevista, *in casu*, demissão por justa causa.”

44. O Parecer nº 0323 - 3.20.1/2013/KNM/CONJUR/MP foi, inclusive, utilizado como fundamento para elaboração do Parecer nº 027/2013/DECOR/CGU/AGU, de 5 de julho de 2013, da lavra do Dr. João Gustavo de Almeida Seixas, que deixou assentado que:

“26. Por fim, irretorquível é, ao meu aviso, a ilação respeitante à impossibilidade de aplicação das penas de advertência e suspensão aos empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. É cediço que o direito administrativo disciplinar guarda um certo paralelismo com o direito penal que torna aplicável ao primeiro certos princípios peculiares ao segundo. Um deles, ao meu aviso, é o da necessidade de prévia cominação da conduta ilícita em lei para que ela possa ser sancionada pelo Poder Público, princípio este que, no direito criminal, é bem sintetizado pelo brocardo *nullum crimen sine praevia lege*. Outro é o da vedação de se valer da analogia em prejuízo do acusado, ou seja, da analogia *in malam partem*.

27. Aplicando-se esses dois princípios à espécie, desvela-se evidente que, à míngua de lei que especifique as condutas dos empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional passíveis de punição com as sanções de advertência e suspensão (sequer a CLT o faz, frise-se), indevida é a sua aplicação, mesmo que por analogia ao disposto na Lei nº 8.112/1990. Assim, tais agentes públicos são passíveis apenas de demissão, e isso quando se realizar alguma das hipóteses arroladas no art. 3º, da Lei nº 9.962/2000 (...).”

45. Este último Parecer reafirma o princípio da tipicidade das infrações que ensejam a rescisão por justa causa, concluindo que não se pode enquadrar como infração ato ou

omissão que escape efetivamente à previsão contida na lei laboral, sendo, portanto, indevida a aplicação de sanções como advertência e suspensão aos empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

46. Em suma, em razão da natureza contratual da relação jurídica entre o Estado e seu servidor trabalhista e do fato de que os empregados públicos regidos pela CLT não estão abarcados pelo regime jurídico da Lei nº 8.112, de 1990, as infrações e penalidades aplicáveis aos empregados públicos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional necessitam de prévia e expressa cominação legal, não se lhes aplicando, portanto, aquelas previstas na mencionada Lei nº 8.112, de 1990.

47. Em relação aos empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado que estejam cedidos à União, suas autarquias e fundações de direito público, é possível aplicar a penalidade de suspensão, naqueles casos em que os regulamentos internos das empresas e acordos coletivos de trabalho disponham acerca das condutas dos empregados, prevendo de forma clara quais as sanções decorrentes da transgressão de tais normativos.

48. À vista do exposto, proponho a apreciação do enunciado pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares – CPPAD.

Andréa Karla Ferraz
Procuradora da Fazenda Nacional
Relatora

1. Filho, José Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo. Revista, Ampliada e Atualizada até 31-12-2014*, disponível em <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2015/09/direito-administrativo-28c2aa-ed-2015-josc3a9-dos-santos-carvalho-filho.pdf>, consulta em 11/9/2017.

2. *Em relação aos servidores públicos estatutários os instrumentos de apuração de infração disciplinar são a sindicância e o processo administrativo disciplinar, nos termos dos artigos 142 e seguintes da Lei nº 8.112/90.*

3. *No âmbito da União e suas autarquias e fundações públicas, o regime jurídico dos contratados encontra-se disposto na Lei nº 8.745, de 9/12/1993, cujo artigo 10 prevê que “As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa.” Esta lei estabelece, ainda, a aplicação de diversos dispositivos da Lei nº 8.112/90 aos servidores temporários, inclusive vários deveres e proibições aplicáveis ao servidor estatutário, bem como as penalidades compatíveis (advertência, suspensão, demissão), como se depreende do seu art. 11.*

4. *Ob. cit.*, p. 619/620.

5. *Ob. cit.*, p. 616/617.

6. *“Art. 1º O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.”*

7. *“Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.”*

8. *“Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 -*

Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação”.

9. “Art. 5º O art. 39 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos.

2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, XI.

6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.”

10. “Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido:

I - exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal;

II - despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa;

III - exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, ao servidor titular de cargo de provimento efetivo ou de emprego permanente à época da exoneração, demissão ou dispensa.”

11. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.”

12. “Art. 8º Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.”

13. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

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

1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)”

15. “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

16. Ob. cit., p. 623

17. Ob. cit., p. 623

18. Ob. cit., p. 623

19. Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais da Controladoria-Geral da União, Brasília, Nov-2015. Disponível em www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_estatais.pdf. Consulta em 13/9/2017, p. 13.

20. Pessoa, André Magalhães. Apuração disciplinar de atos praticados por servidores celetistas em atividade perante entes federais de direito público. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16111026>, consulta em 11/9/2017.

21. 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada – Res. nº 143/2007) – DJ 13.11.2007

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade;

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

22. Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais da Controladoria-Geral da União, Brasília, Nov-2015. Disponível em www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_estatais.pdf. Consulta em 13/9/2017, p. 15.

23. Manual..., p. 68/69.

24. Pessoa, André Magalhães. Apuração disciplinar de atos praticados por servidores celetistas em atividade perante entes federais de direito público. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16111026>, consulta em 11/9/2017.

25. Segundo, José Santos Carvalho Filho, a Lei nº 9.962/00 “incide apenas no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, estando excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Prevê que o regime de emprego público será regido pela CLT (Decreto-lei nº 5.452/1943) e pela legislação trabalhista correlata, considerando-as aplicáveis naquilo que a lei não dispuser em contrário (art. 1º).” (ob. cit., p. 624)

26. Apuração disciplinar de atos praticados por servidores celetistas em atividade perante entes federais de direito público. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16111026>, consulta em 11/9/2017.

27. Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses: (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91) (Regulamento) (Vide Decreto nº 4.493, de 3.12.2002) (Vide Decreto nº 5.213, de 2004) (Vide Decreto nº 9.144, de 2017) (...)

6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§ 1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado a autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada. (Incluído pela Lei nº 10.470, de 25.6.2002)

28. Pessoa, André Magalhães. Apuração disciplinar de atos praticados por servidores celetistas em atividade perante entes federais de direito público. Disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16111026>, consulta em 11/9/2017.

29. *Ibidem*.

30. *Ibidem*

31. *Ibidem*

32. Manual..., p. 13.

33. Conforme esclarecer o Manual de Direito Disciplinar para Empresas Estatais da Controladoria-Geral da União (p. 72/73), “Cumpra-se ressaltar que, apesar de em princípio se falar da existência de um rol taxativo constante do art. 482, existem outras infrações dispersas na CLT que são aplicáveis aos empregados de categorias específicas ou situados em circunstâncias especiais. A esse respeito, exemplificam-se os arts. 158, parágrafo único (hipótese de falta funcional pela inobservância das regras de medicina do trabalho), e 240, parágrafo único (recusa à execução de serviço extraordinário), ambos do referido diploma legal. Ademais, a legislação trabalhista especial, traz algumas infrações específicas, aplicáveis a determinadas categorias de trabalhadores.”

20 - PUBLICIDADE POR MEIO DE BOLETIM INTERNO

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de flexibilização nos prazos para pedido de reconsideração ou interposição de recurso, contados a partir de publicação de ato em boletim de serviço ou de pessoal.

PARECER AGU Nº GQ-38

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo, em face das informações. Em 22.11.94.”* Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 23.11.94, pg. 17677 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00002.005236/93-40

ORIGEM: Ministério das Relações Exteriores.

ASSUNTO: Aplicação de penalidade e exercício do direito de interposição de pedido de reconsideração ou de recurso.

Adoto, para os fins e efeitos dos art. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/WM-14/94, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor Wilson Teles de Macêdo, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 22 de novembro de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/WM-14/94 (Anexo ao Parecer nº GQ-38)

EMENTA: A publicação de ato decisório de que possa resultar pedido de reconsideração ou interposição de recurso, em boletim de serviço, ou de pessoal, na forma do art. 108 da Lei nº 8.112, de 1990, gera presunção de conhecimento que admite prova em contrário. O pedido de reconsideração, ou o recurso, apresentado após o decurso do prazo fixado no aludido art. 108, deve ser recebido pela autoridade competente, se plausível a ilação de que o servidor desconhecia a publicação (em boletim de serviço ou de pessoal) do ato passível de impugnação, por motivo imputado à Administração.

PARECER

O descumprimento dos deveres de ser leal à instituição a que serve, de tratar com urbanidade as pessoas e de observar as normas legais e regulamentares foi invocado como de suporte para o Sr. Secretário-Geral do Ministério das Relações Exteriores determinar que se infligisse a penalidade de advertência a (...), ocupante do cargo de Oficial de Chancelaria daquela Secretaria de Estado, em vista do disposto nos arts. 116, itens II, III e XI; e 129 da Lei nº 8.112, de 1990.

2. Ante essa penalidade, o servidor interpôs recurso ao Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores, em 6 de outubro de 1993, na conformidade de sua asserção inserta no documento de 21 de janeiro de 1994, endereçado ao Senhor Presidente da República, *verbis*:

“O signatário informa, ainda, que somente no dia de hoje, 21.01.94, tomou conhecimento daquele despacho, posto que o referido Boletim foi recebido na Divisão da América Central e Setentrional no dia 18.01.94. Como informa na sua petição inicial, ao requerente não havia sido dado conhecimento do referido despacho, apesar do seu pedido de vista formalizado em 08.11.93. O requerente, naquela data, solicitou informação sobre o seu requerimento aos setores competentes do M.R.E.. De nada porém lhe foi dado conhecimento.

As funcionárias Sras. (...), da Consultoria Jurídica, (...), da Seção de Legislação de Pessoal, e (...), do setor encarregado da publicação dos Boletins de Serviço, poderão ser chamadas a confirmar o que precede. Para não decair do prazo para requerer, o requerente submeteu recurso a Vossa Excelência pelo Memorandum DCS/47, de 10.12.94, que foi devolvido pela Sub-Secretaria Geral do Serviço Exterior sob a alegação de que ‘... a reconsideração, já foi interposta e indeferida, não podendo ser renovada...’.

Ora, o indeferimento se deu sob a alegação de ‘intempestividade’, sem que as alegações apresentadas pelo recorrente tivessem sido apreciadas. Tampouco foi o recurso julgado quando de retorno então de sua licença especial, ao tomar conhecimento da obstrução ao encaminhamento do seu requerimento a Vossa Excelência, o Oficial de Chancelaria (...) fez protocolar diretamente junto à Presidência da República sua petição, que recebeu o nº acima referido. Cabe ainda informar que, no dia 18.01.94, quando foi recebido o Boletim de Serviço nº 126 na Divisão onde está lotado o recorrente, foram também recebidos os Boletins nº 35, de 22 de maio de 1992, nº 22, de 24 de março de 1993, nº 30, de 19 de abril de 1993, etc..., o que demonstra ter aquela publicação circulação restrita’. Tal ‘restrição’ já foi, inclusive, declarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Não poderia, portanto, ficar o servidor aguardando por aquele Boletim e aí incorrer, inevitavelmente, em decadência de prazo, como quer alegar a Administração do M.R.E.”

3. Face a esse apelo recursal, o Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, de ordem, encaminhou os autos à apreciação e parecer desta Instituição.
4. O Memorandum nº 37, de 7 de março de 1994, da Sra. Assessora Diplomática do Itamarati e o contexto do presente processo admitem inferir que se formulou pedido de reconsideração a respeito da aplicação da penalidade, em exame, e se interpôs recurso ao Dirigente do aludido Ministério, onde exaurir-se-ia o assunto, os quais foram denegados considerando sua intempestividade.
5. O indeferimento do pedido de reconsideração e do recurso se fundou em que teria se verificado a decadência do direito de recorrer, conseqüente da apresentação dos requerimentos a destempo, porquanto a despacho determinando a inflicção da penalidade de advertência ao Recorrente se publicou no Boletim de Serviço nº 23, de 29 de março de 1993, quando a reconsideração foi requerida em 16 de agosto do mesmo ano.
6. A Lei nº 8.112, de 1990, no art. 108, estabelece prazo para o servidor solicitar reconsideração e interpor recursos, ou seja, para tanto, são concedidos trinta dias, contados a partir da “*publicação ou da ciência, pelo interessado, da decisão recorrida*”.
7. Na oportunidade em que esta Advocacia-Geral emitiu a Nota nº AGU/WM-5/94, constante do presente processo, em tese, foi asserido, *ipsis verbis*:

“Nos casos em que as decisões suscetíveis de pedido de reconsideração ou recurso se publicam em boletim de serviço, ou de pessoal, a Administração

deve cercar-se de alguns cuidados, tendentes a garantir a consecução do objetivo da divulgação do ato ou decisão e salvaguardar o exercício do direito de recurso. Cabe ponderar, em tese, que a realidade administrativa do País tem proporcionado, não raro:

- descompassos entre a efetiva e ampla divulgação do documento público e a data consignada no boletim de serviço;
- a circulação do exemplar não é de molde a abranger todas as unidades administrativas do órgão ou entidade;
- a circulação do boletim, no âmbito do órgão ou entidade a que o servidor pertence, pode ocorrer em datas diferentes, mormente nos casos em que há projeções administrativas regionais;
- efetuam-se tiragens de exemplares com datas pretéritas, quando se adota critério de edições periódicas;
- há órgãos ou entidades que afixam o boletim nos locais de maior acesso de suas repartições, medida não observada de maneira uniforme.

Pode-se afirmar, sem receio de errar, que ocorre divulgação parcial, sem a plenitude necessária ao tempestivo conhecimento do ato que proporcione o exercício de direitos, no prazo legal. Verificadas deficiências administrativas na plena divulgação do boletim de serviço, a autoridade deve ter o necessário discernimento para dar ciência ao interessado, com o que se proporcionará ao servidor condições de tempestivamente exercer seu direito, se lhe aprouver. Na espécie, não são presentes as informações oficiais que possibilitem o exame da veracidade das assertivas do recorrente, no que se referem à divulgação do despacho denegatório de sua pretensão pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores e do pedido de reconsideração, a fim de se examinar a possível perda do direito de ação pelo decurso do prazo estabelecido no art. 108 da Lei nº 8.112.”

8. Referida Nota alvitara o encaminhamento dos autos ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de que fossem dirimidos os aspectos enfocados pelo Recorrente na petição cujos excertos foram reproduzidos no item 2 deste Parecer, em decorrência do que a área de recursos humanos daquela Secretaria de Estado se manifestou pela inviabilidade jurídica do recurso dirigido ao respectivo Ministro de Estado, dada sua intempestividade, sem efetuar asserções quanto à data de circulação do Boletim de Serviço, supramencionado. Este tópico encontra-se dirimido no Aviso nº 74/G/DP-MRE/APES, de 30 de setembro de 1994, do Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores, interino, no teor que se segue.

“No que se refere ao Despacho publicado no Boletim de Serviço nº 23, de 29 de março de 1993, cabe ressaltar que a circulação do mesmo ocorreu rigorosamente em dia, sendo, assim, atendida a exigência de publicação contida no artigo 108, da Lei nº 8.112/90. Cabe ressaltar que o referido Oficial de Chancelaria, removido do Consulado-Geral em Los Angeles para a Secretaria de Estado, apresentou-se em 16.4.93, ainda com tempo suficiente para entrar com pedido de reconsideração e só o fez em 16.8.93, permitindo, assim, que ocorresse a perda do direito de ação pelo decurso de prazo estabelecido no citado art. 108, da Lei nº 8.112/90.”

9. Denota-se que o Boletim de Serviço, aludido, terá circulado no dia 29 de março de 1993, ou nos dias imediatamente posteriores, eis que sua tiragem ocorreu naquela data e a *“circulação do mesmo ocorreu rigorosamente em dia”*, asserção esta consignada no citado Aviso ministerial. No entanto, o servidor somente se apresentou na Secretaria de Estado em 16 de abril de 1993, dia em que já teria circulado o Boletim de Serviço, consoante as assertivas reproduzidas no item anterior. Essas circunstâncias não autorizam o

entendimento de que houve o conhecimento presumido do indeferimento contra o qual o Requerente se insurge.

10. Na falta de elementos que dilucidem os fatos, de forma inconteste, parece jurídico e judicioso o recebimento do recurso na esfera presidencial, tornando-se imperativo o exame do mérito.

11. A conduta funcional do Recorrente, objeto da sindicância, é adnumerada no relatório, com o seguinte teor (fls. 309/10):

“Do que foi possível a este Sindicante apurar, verifica-se que o Sindicato ter-se-á envolvido nos seguintes episódios:

(a) Indignidade ao fazer perante terceiros alusões pejorativas ao País em função de assuntos internos da Repartição (cf. depoimento (...));

(b) Falta de lealdade à instituição por incitar o público a que protestasse pela imprensa contra os serviços prestados pela Repartição consular (cf. depoimentos (...));

(c) Falta de lealdade à instituição ao desqualificar a competência de funcionários do Consulado-Geral perante terceiros alheios a seus quadros (cf. depoimentos (...));

(d) Falta de lealdade à instituição ao desqualificar funcionários do Consulado-Geral perante terceiros alheios a seus quadros (cf. depoimento (...));

(e) Falta de lealdade ao Chefe da Missão diante de funcionários do Consulado-Geral (cf. depoimentos (...));

(f) Falta de urbanidade com o Conselheiro (...) durante reunião havida no Setor consular (cf. depoimentos (...));

(g) Falta de urbanidade com as funcionárias Oficial de Chancelaria (...), Técnica de Promoção Comercial (...) e Assistente Técnica de Promoção Comercial (...), todas lotadas no Consulado-Geral em Los Angeles (cf. depoimentos (...));

(h) Falta de urbanidade na conduta em serviço, por ameaçar de agressão física o Auxiliar Administrativo (...) (cf. depoimentos (...));

(i) Falta de urbanidade no tratamento funcional com a servidora (...), do pessoal subalterno do Consulado-Geral (cf. depoimentos (...));

(j) Falta de urbanidade na conduta funcional com colega de serviço, ao agredir verbalmente a Assistente Técnica de Promoção Comercial (...) (cf. depoimentos (...));

(l) Adulteração de cartão de ponto (cf. telegrama 531/92 do Consulado-Geral em Los Angeles, autuado sob o nº 13 do Termo de Autuação de Documentos, às fls. 34, 62 e seguinte; memorando interno do Consulado-Geral em Los Angeles e cartão de ponto do OC (...), documentos autuados sob o nº 12 do Termo de Autuação de Documentos, fls. 34, 60 e seguinte; e depoimento de (...), fls. 114, § 19).”

12. São aspectos precípuos que induzem ao convencimento da existência das infrações e da autoria:

a) as numerosas declarações especificadas no item anterior;

b) o documento de fls. 35 e 36, que se reputa expressivo a respeito da adequação funcional do Requerente;

c) a própria defesa, apresentada pelo servidor, evidencia a existência de fatos relatados nos depoimentos indicados no item anterior, não obstante o esforço desenvolvido pelo Recorrente no sentido de negá-los ou imprimir-lhes as conotações que entende consentâneas com a verdade;

d) as conclusões extraídas da sindicância (fls. 313/4), no pertinente às considerações de ordem pessoal feitas pelo servidor que procedeu a esta investigação, *verbis*:

“Ao mesmo tempo, mas inversamente, colhi, no contacto com o servidor, nos depoimentos dos demais funcionários do Consulado-Geral e também em pequenos incidentes de menor importância ocorridos durante a Sindicância, a impressão de que o Sindicato caracteriza-se por personalidade pouco tolerante, com traços de estudada polidez, mas auto-suficiente e inclinada a atitudes autoritárias. Assim,

(a) o Sindicato tenta impor sua vontade e, se possível, dirigir a Sindicância, por dois meios distintos:

i. claramente, dizendo ao Sindicante o que deseja seja feito ou como deseja que se proceda;

ii. de forma indireta, atento à observância das mais mezinhas formalidades, o que ocorreu, por exemplo, quando se recusou, por duas vezes, a assinar os termos de seus próprios depoimentos sob pretextos julgados improcedentes por este Sindicante; quando desejou introduzir anotações de próprio punho no recibo das fotocópias (fls. 209), sob a alegação de que solicitara fotocópias no entendimento de que o Sindicante se ausentaria da cidade; quando, mais de uma vez, durante sua inquirição, tentou inverter os papéis de inquiridor e inquirido;

(b) O Sindicante verificou certo padrão recorrente nos conflitos em que se envolveu o Sindicato:

i. registraram-se habitualmente com funcionários menos graduados do que o Sindicato, em particular com os Auxiliares Administrativos;

ii. em todos eles o Sindicato coloca-se na posição de juiz e detentor da verdade e do bem, em luta contra o mal;

iii. o Sindicato procura intimidar seus interlocutores, em especial os depoentes, o mais das vezes pela citação pouco fundamentada de preceitos legais, mas também anunciando suas boas relações com figuras de projeção na vida nacional, entre elas o Senhor Ministro de Estado. No encontro informal que com ele manteve o Sindicante antes do início dos trabalhos para esclarecer a natureza dos procedimentos e informá-lo sobre os passos da Sindicância, sugeriu ao Sindicante que exortasse os depoentes para as penas da Lei em que incorrem aqueles que praticam a calúnia, a injúria e a difamação; na mesma linha de atitude, reiteradamente referiu-se à inidoneidade do processo de Sindicância (citação de jurista brasileiro alegadamente oposto ao sistema de Sindicância Prévia; comentários irônicos sobre os procedimentos da Sindicância; críticas ao caráter singular desta Sindicância); à sua intenção de levar suas queixas à Justiça comum, qualquer que fosse o resultado da Sindicância; à sua pretensa autoria do pedido de Sindicância;

(c) o Sindicato não hesita em negar o que disse, em desdizer suas próprias palavras, quer aquelas que tenham sido reduzidas a termo, quer afirmações, entendimentos ou proposições oralmente formulados (vide caso dos depoimentos não assinados e a questão do recibo, mencionada em (a) ii. mais acima);

(d) o Sindicato, quer em suas perguntas aos depoentes, algumas delas vetadas pelo Sindicante, quer no documento entregue durante seu primeiro depoimento, quer ainda em sua defesa, utiliza-se do recurso da acusação e da agressão para desmoralizar aqueles que formularam denúncias sobre seu comportamento;

(e) habilmente procura negar aquelas ocorrências de que não há testemunhas, por apenas envolverem o Sindicato e um(a) depoente, e afirma nada ter a declarar acerca daquelas ocorrências de que há testemunhas.”

13. A penação, na espécie, se harmoniza com as provas dos autos. O exame percuciente dos elementos de convicção coligidos, na sindicância, evidencia fatos que reclamavam medidas tendentes a restabelecer a ordem jurídica, pois deles emerge a conduta anti-social do Peticionário e a formação de juízo seguro quanto à veracidade das imputações feitas no relatório (fls. 308/17).

14. O exposto autoriza se conclua que:

a) as circunstâncias relativas à circulação do Boletim de Serviço consubstanciando o despacho de inflicção da penalidade ao interessado e sua remoção para a Secretaria de Estado, e conseqüente apresentação, indicam a juridicidade de receber-se o recurso interposto ao Senhor Presidente da República;

b) a penalidade de que se recorre não se afigura contrária às provas dos autos, motivo por que é suscetível de ser mantida.

Sub censura.

Brasília-DF, 7 de novembro de 1994.

Wilson Teles de Macêdo
Consultor da União

NOTA: Ver também PARECERES AGU Nº GQ-87 e GQ-138, no tópico NULIDADE.

21 - RECURSOS E REVISÃO PROCESSUAL

Assuntos abordados neste Parecer: Afronta os princípios da ampla defesa e do contraditório. Nulidade. Princípios do processo administrativo disciplinar (PAD). Fato novo e revisão processual.

PARECER AGU Nº GQ-28

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“De acordo, em face das informações. Em 30.8.94”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 01/09/94, pg. 13193 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 08200-011.859/93-18

ASSUNTO: Pedido de revisão de processo administrativo disciplinar formulado por (...).

Adoto, para os fins do art. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-7/94, da lavra do eminente Consultor da União, Doutor L. A. Paranhos Sampaio.

Brasília, 30 de agosto de 1994

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO

Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-7/94 (Anexo ao Parecer nº GQ-28)

EMENTA: Pedido de Revisão de Processo Administrativo Disciplinar para anular decreto demissório. Decisão deferitória do pedido. Comissão Revisora. Fato novo. Acatamento do Parecer CJ nº 227/93-MJ. Elididos completamente os pressupostos fáticos e jurídicos do ato demissório, e provada a inobservância por parte da Comissão de Inquérito dos princípios do contraditório e da ampla defesa em face do ordenamento jurídico vigente, impõe-se a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar nº 1/80/SR-SP, com a conseqüente reintegração do ex-Delegado Federal punido, restabelecendo-se todos os seus direitos, atingidos pelo referido ato.

Senhor Advogado-Geral da União

Nos autos do processo revisório (nº 08200-011.859/93-18), (...), com supedâneo no inciso XXXIV do artigo 5º, da Constituição da República, combinado com os artigos 429 e 431 do Dec. nº 59.310/66, 114 e 174 da Lei nº 8.112/90, requer sua reintegração ao quadro permanente do Departamento de Polícia Federal do qual foi demitido do cargo de Delegado de Polícia Federal, conforme Decreto de 03/05/82, (DOU de 05/05/82), com fundamento nos itens IX, XI, XLVIII e LXII do artigo 364, combinado com o artigo 385, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966, *“por auferir vantagem e proveito pessoal, em razão das atribuições que exerce, por cometer a pessoas estranhas à repartição o desempenho de tarefas privativas do funcionário policial, por prevalecer-se, abusivamente, da sua condição funcional e por praticar ato lesivo do patrimônio de pessoa natural, com abuso do poder”* (fls. 564 do Processo Disciplinar).

2. Referido pedido revisório, através de advogado legalmente constituído, foi endereçado em data de 21 de junho de 1993 ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça. A

argumentação apresentada pelo requerente explicita os motivos que o levaram a solicitar antedita revisão.

3. Ao fito de que se possa conhecer as razões abonatórias de sua pretensão, nos planos fático e jurídico, argüi o seguinte:

“1) - Pelo Processo Administrativo Disciplinar nº 01/80, em data de 05 de maio de 1.982, o Requerente foi demitido do serviço público por faltas disciplinares que teria cometido anteriormente, no exercício do cargo de Delegado de Polícia Federal, no Departamento de Polícia Federal.

2) - À época, as razões de defesa do Requerente foram apresentadas, sendo em parte acatadas pela Comissão de Processo Disciplinar, pelo Coordenador Central Judiciário da Polícia Federal, pelo então Diretor Geral do DPF, pelo Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, que foram, por sua vez, aceitas pelo então Ministro da Justiça, Dr. Ibrahim Abi Ackel, todos no acordo de aplicação da pena de suspensão ao Requerente, sendo que apenas o Consultor do antigo Dasp entendeu ser necessária a aplicação da pena de demissão, o que acabou prevalecendo, apesar das sérias dúvidas, contradições e carência de provas contra o Requerente. Mas ainda vivíamos à época do arbítrio, onde a vontade individual de uma autoridade prevalecia sobre o direito e a justiça.”

4. No entendimento do postulante à reintegração, surgiu fato novo, motivador, na sua ótica, para que se proceda exame no ato demissório, tendo em vista a venerável sentença judicial prolatada pela Ilustre Dra. Juíza Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas e confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (DF), ensejadora da reintegração do Dr. (...) ao cargo de Delegado de Polícia Federal.

5. Diz, então, o seguinte:

“3) - Decorridos mais de 10 anos um fato novo surge na questão. Através do Diário Oficial da União, de 03 de maio de 1.993, o Requerente tomou conhecimento da Reintegração do Dr. (...), ao cargo de Delegado de Polícia Federal, por força de sentença judicial prolatada pela Ilustre Juíza Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, e confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Distrito Federal), conforme faz certo a inclusa cópia autêntica, sentença esta, transitada em julgado, que conclui pela procedência da Ação Ordinária (nº 87.0022450-2), reconhecendo eivado de vício insanável o ato demissório, impondo por consequência a reintegração do Autor.

4) - É certo que embora o Requerente não tenha sido parte integrante dessa Ação, os fatos nela apreciados e julgados são os mesmos a que respondeu o Requerente em co-autoria com o comentado Delegado reintegrado. O processo administrativo disciplinar é o mesmo, como também os fatos e as tipificações.

5) - A R. Sentença, lúcida e justa, corrige assim grave injustiça ao Dr. (...), sem contudo atingir a pessoa do Requerente, por não ter tido a oportunidade de figurar no pólo ativo da demanda. Oportuno ressaltar que o processo disciplinar no relativo à conduta do Requerente obedeceu a mesma forma (rito) que o processo disciplinar de seu colega (...), anulado por força de decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, consoante Ementa seguinte:

‘EAC 8018/91 - SE - TRF 5ª Região: Administrativo e Constitucional. Embargos Infringentes. Agente da Polícia Federal. Inquérito Administrativo. Contraditório e Ampla Defesa. (Art. 5º, LV, da CF).

1 - A observância, da parte da Administração Pública, de processo administrativo disciplinar regulado pela Instrução Normativa 01-D da Polícia Federal, de 05.05.89, que determina em seu art. 1º a obediência, em tais procedimentos, às diretrizes ínsitas na Lei 1711/52, Lei 4878/65 e Decreto 59.310/66, com a oitiva das testemunhas antecedendo ao interrogatório do acusado e a apresentação de sua defesa, só ao final do processo, evidencia o desrespeito em tal procedimento, ao comando constitucional presente no Art. 5º, LV.

2 - O não asseguramento ao réu do contraditório e ampla defesa no processo administrativo, como a oitiva de testemunhas sem sua presença e o fato de só lhe permitir apresentar sua defesa ao final do processo disciplinar administrativo, é causa de nulidade do mesmo.

3 - Embargos Infringentes procedentes’.”

6. Sobre a admissibilidade ou não da incidência da regra prescricional, no seu entendimento, o direito à revisão do processo disciplinar não está prescrito. O art. 429 do Decreto nº 59.310/66, combinado com o art. 114 da Lei nº 8.112/90, garante esse direito a qualquer tempo, desde que eivado de ilegalidade e aduzam fatos novos. E acrescenta: *“A ilegalidade é patenteada na R. Sentença mencionada. Os fatos novos são a própria sentença, o decreto de reintegração e outros fatos posteriores que serão apresentados na fase própria da revisão”*.

7. Após tecer várias considerações sobre anulação e revogação dos atos administrativos inconvenientes, inoportunos ou ilegítimos, o requerente, alegando a falta de motivação e o desvio de finalidade do ato demissório, requer, *in fine*, a Revisão do Processo Administrativo Disciplinar nº 01/80, do Departamento de Polícia Federal, *“a fim de que grave e prolongada injustiça possa ser reparada, devolvendo ao requerente a dignidade perante colegas, os amigos e sua família, com sua reintegração ao Serviço Público Federal”* (verbis).

8. Ressalte-se que a revisão foi admitida por força da Portaria nº 370/93 - DPF, de 23 de junho de 1993, em atendimento ao Despacho exarado pelo Sr. Chefe de Gabinete do Exmo. Ministro de Estado da Justiça em 13 de junho de 1993, tendo sido designada a Comissão Revisora composta dos Srs. (...), Delegado de Polícia Federal, (...), Perito Criminal Federal e (...), Estatístico, respectivamente, Presidente e Membros.

9. Processada a revisão, referida Comissão, em seu Relatório, apresentou as suas considerações finais para, ao depois, chegar à seguinte conclusão:

“A análise aprofundada dos autos do Processo Disciplinar e dos inúmeros pareceres proferidos ao nível de Departamento de Polícia Federal-DPF, do Ministério da Justiça-MJ e do Departamento Administrativo do Serviço Público-Dasp, e baseados em fatos novos apresentados, bem como em depoimentos colhidos, esta Comissão pode, com muita segurança, observar o seguinte:

1. A Comissão de Processo Disciplinar, na fase de conclusão do Relatório, consentiu no erro de ter atribuído ao Dr. (...) a responsabilidade pela infração do item IX, do art. 364, do Decreto nº 59.310/66, não tendo este, em qualquer fase do Processo, sido indiciado, nem se defendido de tal acusação. Tal falha viria propiciar, mais tarde, a indução da nota ‘a bem do serviço público’, descabida no contexto dos autos.

2. A Comissão de Processo Disciplinar cometeu um contra-senso e foi incoerente, quando, na conclusão do seu Relatório, julgou por bem ressaltar que as ações praticadas pelo indiciado Dr. (...) revelaram sua total imaturidade, absoluta inaptidão para exercer cargo de chefia, não tendo sido observada deliberada intenção em infringir os itens enumerados,

procedendo assim em virtude da ausência total de orientação no sentido de que seus impulsos fossem contidos, e que, apesar das infrações praticadas e constatada a imaturidade profissional do indiciado, era portador de excelente disposição e interesse para o trabalho, e que, considerando que a descentralizada atuava de forma aleatória e totalmente desvinculada da SR/SP, o que propiciou a ocorrência dos fatos, mesmo assim, foi proposta a pena de demissão.

3. A pena de demissão imposta ao Dr. (...) pela Comissão de Processo Disciplinar foi considerada excessiva, a ponto de ser desclassificada para suspensão por 60 dias, visto que as provas e circunstâncias não a autorizavam.

4. A autoridade para aplicar a pena de suspensão até 60 dias era o Diretor-Geral do DPF, só não o fazendo, à época, porque um dos indiciados era apenado com Demissão, tendo o processo que ascender a decisão superior, no caso o Presidente da República.

5. O Parecer nº 09/81 do Assessor do Sepec/Dasp foi tendencioso e maldoso confirmando o enquadramento de ambos os acusados, Dr. (...) e Dr. (...), no item IX, do Art. 364, do Decreto nº 59.310/66, que permitia o acréscimo da nota 'a bem do serviço público' (fls. 476), sem que, no Processo, houvesse a indicição por tal dispositivo e defesa prévia dessa acusação.

6. Outra vez o Parecer nº 241/82 do Assessor do Sepec/Dasp faltou com a verdade, em prejuízo dos indiciados, ao alegar, com impropriedade, que a Chefia do Serviço Disciplinar e o Coordenador Central Judiciário concordaram com a conclusão oferecida pela Comissão do Processo Disciplinar, recomendando a demissão dos acusados. Não é verdade, o que pode ser confirmado às fls. 429/438, 439, 440, 487/504, 505 e 508. Este parecer induziu em erro aqueles que detinham o poder de decisão.

7. O fato novo apresentado pelo Dr. (...), qual seja, a Sentença proferida pela Justiça Federal do Amazonas, que anulou o ato punitivo de demissão a bem do serviço público do Dr. (...), e a sua reintegração ao Serviço Público, é o reconhecimento da injustiça praticada com ambos e o resgate da moralidade, da dignidade e dos direitos.

8. Os efeitos da Sentença tendem a alcançar o requerente Dr. (...), por uma questão de justiça e equidade, vez que guarda estreita consonância com a Súmula 373 do STF. Anulando o ato, não podem prevalecer seus efeitos, mesmo os relativos a terceiros. Assim entende a doutrina: 'Por força de dispositivo constitucional (art. 105) as sentenças judiciais chegam a afetar direitos de terceiros que não participam da lide'... 'Não se tira a eficácia desse ato apenas em relação ao funcionário que moveu a ação, para lhe assegurar proventos e outras vantagens. A invalidez do ato de demissão produz efeitos que abrangem até os terceiros que porventura dela tenham se aproveitado'.

9. Os depoimentos das autoridades máximas da Polícia Federal, à época, o Diretor-Geral, o Coordenador Central Judiciário, o Chefe do Serviço Disciplinar, o Superintendente Regional, foram unânimes em considerar extremo o ato punitivo de demissão 'a bem do serviço público' do Dr. (...), julgando, por conseguinte, sábia a sentença proferida pela Justiça Federal do Amazonas, anulando o ato da punição imposta ao Dr. (...), reintegrando-o ao serviço público.

Conclusão: Por tudo o que foi visto, analisado e apreciado, a Comissão conclui que a pena de demissão ‘a bem do Serviço Público’ imposta ao Dr. (...) foi excessiva e injusta, tanto é fato que a Justiça assim a considerou em relação ao Dr. (...). Não poderia a Comissão concluir pelo contrário, pois a decisão judicial, fato novo apresentado, por si só justifica o ato revisório e sugere também a nulidade do ato punitivo aplicado ao Dr. (...), indiciado juntamente com o Dr. (...), pelos mesmos fatos e circunstâncias. Desta forma, a Comissão propõe, por questão de justiça e equidade, e como forma de reconhecimento do erro, a desconstituição do ato punitivo aplicado ao Dr. (...), por entendê-lo, também, nulo, e sua conseqüente reintegração ao Serviço Público Federal, com observância aos termos do art. 436, do Decreto nº 59.310/66 e art. 182, da Lei nº 8.112/90. Queira o Sr. Secretário, após os registros e anotações de praxe, remeter o presente Processo Revisório e o Processo Disciplinar ao Senhor Diretor do Departamento de Polícia Federal, via Coordenação Central Judiciária, para as providências que entender necessárias.”

10. Instada a opinar sobre o Relatório apresentado pela Comissão Revisora, a douta Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça exarou o seguinte Parecer:

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

“Dos Fatos:

Trata-se de revisão de Processo Disciplinar nº 01/80-SR/DPF/SP, no que diz respeito à participação do ex-Delegado de Polícia Federal (...), pelo qual foi demitido por ato do Exmo. Sr. Presidente da República, publicado na Seção II, no Diário Oficial da União de 05 de maio de 1982.

02. No entanto, para melhor compreensão do presente processo revisório, faz-se, por necessário, um breve histórico das ocorrências mais importantes que foram registradas no processo disciplinar que culminou com a demissão do interessado.

Do Processo Disciplinar nº 01/80-SR/DPF/SP:

03. O apuratório acima referido tratou de averiguar irregularidades detectadas previamente na Sindicância nº 17/79-SD/CRJ/SR/DPF/SP, cuja autoria estaria atribuída aos então Delegados de Polícia Federal (...) e (...), e ao Agente Administrativo (...), conforme delineado na peça vestibular.

04. Após a fase de instrução probatória do feito, a Comissão Processante proferiu o despacho de instrução e indicição, através do qual, baseado nas provas carreadas aos autos, indiciou, entre outros, o então Delegado (...) nos itens II, IV, XI, XX, XXIX, XLVIII, LVII e LXII, todos do art. 364, do Decreto nº 59.310/66, conforme a seguir:

‘II - por propiciar ampla divulgação da sua pessoa e das operações policiais que realizava através dos jornais do Vale do Paraíba, bem como, fazer menção ao baixo salário e más condições e, ainda, dos poucos recursos com os quais contava;

IV - por ter promovido reuniões proibindo os funcionários da DPF/Lorena de acatarem ordens emanadas do Bel. (...);

XI - por ter permitido que agentes administrativos, de telecomunicações e rádio-amadores da 'faixa do cidadão-PX', bem como informantes, participassem das diligências que realizava;

XX - quando procedia diligências somente à área de entorpecentes, deixando de proceder diligências relativas a outros ilícitos de competência da Polícia Federal;

XXIX - quando realizava operações tipo 'barreira' sem prévio planejamento, sem seriedade, numa atitude de brincadeira ou exibicionismo, provocando engarrafamento nas estradas;

XXIX - quando procedia apreensão de um cigarro de maconha e autuava o portador do cigarro como traficante;

XLVIII - quando colocava placa oficial em veículo particular, abastecendo o mesmo às expensas do DPF, bem como utilizar viatura oficial e funcionários do DPF para fins particulares;

LVII - quando deteve (...), (...), (...) e (...), em poder dos quais foi localizado meio quilo de maconha, sem instauração de qualquer procedimento legal contra os mesmos, permitindo que ficassem na Delegacia por quatro a cinco dias;

LXII - quando, em março de 1979, durante operação policial, tipo 'barreira', na estrada que liga Cruzeiro/SP a Passa Quatro/MG, arrecadou de um feirante que trafegava numa kombi, caixas de gêneros alimentícios, que foram distribuídos a alguns funcionários da DPF/Lorena'. (Vide fls. 284/285 - vol. 1).

05. Citado para se defender, o então indiciado refutou todas as acusações, as quais, em parte, foram acatadas pelo d. Colegiado no seu relatório final, a saber:

Item II - A Comissão não concorda com a alegação da defesa quando nega que o acusado, contribuiu para a auto-promoção através de reportagens publicadas em jornais do Vale do Paraíba. Entendemos que a imprensa procure saber das matérias policiais para serem divulgadas, mas não entendemos que uma reportagem na intimidade do lar do acusado sem que tenha havido a intenção da auto-promoção, conforme recortes de jornais oferecidos pelo acusado, constantes de fls. 180 a 216 da Sindicância 17/79, sendo que a reportagem constante às fls. 216 é a que contém a notícia retro referida. Em vista do exposto, a Comissão mantém a indicição proferida.

Item IV - A Comissão aceita a argumentação da defesa no que tange às reuniões que teriam sido efetuadas pelo acusado, no sentido de que os funcionários lotados na DPF/Lorena não acatassem as ordens emanadas do Delegado (...). Durante depoimentos dos funcionários, nada ficou provado nesse sentido, a não ser nas declarações do Ag. Adm. (...) (fls. 72 da sindicância 17/79) e no depoimento do APF (...) (fls. 54 v.) do presente processo. Os demais servidores afirmam que nas reuniões realizadas pelo acusado eram tratados assuntos relacionados, tão somente ao interesse do serviço.

Item XI - A Comissão mantém a indicição do acusado, visto que, no depoimento do APF (...) (fls. 53 e 53 v.) o mesmo declarou que elementos não policiais como os senhores (...) e (...), além de outros que não sabe declinar os nomes, participavam das diligências. A presença de elementos estranhos à Polícia em algumas operações realizadas pelo acusado é

confirmada nos depoimentos do EPF (...) (fls. 63), EPF (...) (fls. 69) e (...) (fls. 71 e 71 v.).

Item XXIX - A Comissão aceita a argumentação apresentada pela defesa, quando dissemos que o acusado 'quando procedia à apreensão de um cigarro de maconha e autuava o portador do cigarro como traficante'. Mantemos, no entanto, a indicição quanto à falta de planejamento relativo às operações tipo barreiras, em virtude de nada existir consignado na DPF/Lorena, referente a tais planejamentos, nem tampouco ofícios, remetidos ou recebidos das polícias civis, militar, rodoviária e da fiscalização federal ou estadual, relativos a tais convocações, e, nem tampouco relatórios das diligências realizadas.

Item XLVIII - A Comissão mantém a indicição do acusado, visto que, está comprovado que o acusado colocava placa de viatura oficial da DPF/Lorena em seu automóvel particular quando a serviço daquela Delegacia, conforme comprovam os depoimentos do Delegado (...) (fls. 27), do Ag. Adm. (...) e do APF (...) (fls. 79, 81 v. e 82). No tocante ao uso de gasolina, os Mapas de Controles de gasolina (fls. 217 e 244) demonstram divergências entre os odômetros das viaturas placas GR-7190 e GA-1825 e o consumo da gasolina pelas respectivas viaturas. Ressaltamos, outrossim, que embora o indiciado alegue que as despesas de combustíveis e pedágio correram por sua conta, não apresenta comprovante dos pagamentos feitos. Apesar de sobejamente comprovadas tais acusações, há de se relevar as razões que o levaram a tomar tal atitude, tendo em vista que os recursos utilizados, visavam interesses do serviço e da administração, citando como exemplo o contido nos depoimentos do APF (...) (fls. 81 v; e 82) e do Delegado (...) (fls. 192), neste Processo Disciplinar.

Item LVII - A Comissão rejeita, de pleno, as alegações da defesa, mantendo a indicição do acusado, tendo em vista os registros do livro de ocorrências de plantão da DPF/Lorena (fls. 95 a 99 da Sind. 17/79), onde está comprovada a detenção de (...) e outros na Delegacia. Neles constam as declarações prestadas pelos detidos (fls. 273 a 276), onde confirmam a compra de um quilo e meio (1,5 Kg) de maconha, o uso da mesma e a entrega de meio quilo (1,2 Kg) da referida maconha ao acusado, não sendo encontrado procedimento que justificasse suas detenções ou qualquer exame oficial que comprovasse a inutilidade do material apreendido.

Item LXII - A Comissão mantém a indicição do acusado na apreensão e distribuição de gêneros alimentícios, distribuição essa, ocorrida entre quase todos os funcionários lotados na DPF/Lorena, tendo em vista, prova testemunhal contida neste Processo. No mais, o acusado limita-se a negar o fato, porém, não apresenta prova de que o mesmo não tenha ocorrido. Por outro lado, nenhuma das testemunhas ouvidas pode apontar, com absoluta certeza, que o autor da apreensão e distribuição dos gêneros alimentícios, tenha sido o acusado, pois muitos sabem do fato 'por ouvir dizer', o que não nos leva a uma conclusão categórica'. (Vide fls. 413/416 - vol. 2).

06. No entanto, a d. Comissão surpreendentemente, talvez por um lapso, ao concluir o relatório final, enquadrou o então Delegado (...) em dispositivo legal diverso do que constava no despacho de instrução e indicição, qual seja, o item IX, do Decreto nº 59.310/66 (receber propinas, comissões, presentes ou auferir vantagens e proveitos pessoais de qualquer espécie e sob qualquer pretexto, em razão das atribuições que exerce), cuja transgressão, acaso confirmada, ensejaria a pena de demissão, podendo ser acrescido, ainda, da nota desabonadora 'a bem do serviço público'. Confira-se:

‘Conclusão: Assim, conclui-se que:

a) - O DPF (...), com sua ação praticou as infrações disciplinares previstas nos itens II, IX, XX, XXIX, XLVIII, LVII e LXII do artigo 364 do Decreto nº 59.310/66, pelas quais deverá ser responsabilizado.

A folha funcional do indiciado, constante às fls. 297 a 304 do presente Processo, não registra nenhuma punição, sendo que contém 04 (quatro) referências elogiosas.

Considerando que as infrações disciplinares praticadas pelo indiciado são de natureza grave, esta Comissão Disciplinar, examinando os autos da sindicância 17/79, bem como o presente Processo Disciplinar, opina seja aplicada a pena de demissão.

Por outro lado esta Comissão julga por bem ressaltar que as ações praticadas pelo indiciado revelaram sua total imaturidade, absoluta inaptidão para exercer cargo de chefia, porém não observamos deliberada intenção em infringir os itens enumerados, e assim procedeu em virtude da ausência de que seus impulsos fossem contidos.

Ressaltamos, ainda, que o indiciado, em que pese as infrações praticadas e constatava a imaturidade profissional, e portador de excelente disposição e interesse para o trabalho, considerando ainda, que a descentralizada atuava, até então, de forma aleatória, totalmente desvinculada da SR/SP, o que propiciou, s.m.j., a ocorrência dos fatos apurados no presente Processo Disciplinar’. (Vide fls. 421 e 422)

07. Isto posto, subiram os autos às autoridades policiais superiores para exame.

08. No âmbito da Superintendência Regional do Estado de São Paulo, constata-se que o Serviço Disciplinar também laborou em erro ao endossar ‘in totum’ o relatório final proferido pela Comissão Processante, eis que a capitulação de dispositivo legal posterior ao despacho de instrução e indicição, e o que é pior, na fase do relatório final, configura-se cerceamento de defesa (Vide fls. 425/426).

09. Assim, os autos foram em seguida submetidos ao crivo do Coordenador Regional Judiciário que, acolhendo a manifestação do Serviço Disciplinar daquela descentralizada, submeteu o apuratório ao Superintendente Regional o qual aprovou a medida alvitrada (Vide fls. 427/428).

10. Ato contínuo, os autos foram encaminhados à Direção Geral do DPF, que, examinando o assunto, discordou, em parte, do entendimento da Superintendência Regional, propondo, afinal, a pena de demissão do Agente Administrativo e a pena de suspensão de 60 (sessenta) dias aos dois Delegados (Vide fls. 429/440).

11. Assim, subiram os autos a este Ministério para dar prosseguimento ao feito.

12. Nesta pasta, após ouvido o Departamento de pessoal, lavrou-se a Exposição de Motivos assinada pelo titular deste Ministério propondo a medida recomendada pela Direção Geral do DPF, cujos autos foram submetidos, preliminarmente, ao então Departamento Administrativo do Serviço Público-Dasp (Vide fls. 442/457).

13. No entanto, aquele Departamento, em extenso parecer, discordando do entendimento do DPF e deste Ministério, recomendou a aplicação da pena

de demissão a todos os acusados na forma sugerida pela Comissão Processante (Vide fls. 460/483).

14. Tendo em vista a divergência apontada, o então Ministro Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República restituiu os autos a este Ministério para reexame (Vide fls. 484).

15. Destarte, esta Pasta restituiu os autos ao Departamento de Polícia Federal para reexaminar a questão.

16. Citado Departamento, em novo pronunciamento, discordou do entendimento do Dasp, reafirmando 'in totum' sua manifestação anterior no sentido de que as provas dos autos não autorizariam a aplicação da pena de demissão aos dois Delegados (Vide fls. 487/508).

17. Submetido novamente a este Ministério, foram os autos remetidos a esta Consultoria Jurídica que, através do Parecer nº 165/81, devidamente aprovado pelo titular deste órgão consultivo, entendeu-se 'que as provas dos autos não autorizam a demissão dos dois Delegados, porque na interpretação mais desfavorável aos acusados, há dúvida, e in dubio pro reo'. (Vide fls. 510/522).

18. Assim, mais uma vez foram os autos remetidos ao então Departamento Administrativo do Serviço Público que, novamente e desta vez de forma definitiva, propuseram ao Exmo. Sr. Presidente da República a aplicação da pena de demissão de todos os acusados (vide fls. 529/557).

19. Em razão do exposto, consumou-se a demissão, cuja publicação do ato do Chefe Supremo da Nação efetivou-se no dia 05 de maio de 1982, na Seção II do Diário Oficial da União (vide fls. 560/565 - frente e verso).

Da Revisão:

20. Passados mais de 11 (onze) anos, o Sr. (...) interpôs perante o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça pedido de revisão do processo disciplinar que culminou com sua demissão, apresentando como fato novo o ato de reintegração do Sr. (...), no cargo de Delegado de Polícia Federal em função da decisão da Justiça Federal do Estado do Amazonas, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (vide fls. 19/49 do processo revisional).

21. Conforme despacho de fls. 68, o Ilmo. Sr. Chefe do Gabinete determinou: 'De ordem, à Secretaria de Polícia Federal, para providenciar a Revisão do Processo'.

22. Assim, procedida a revisão, a d. Comissão, após de efetivada a oitiva das testemunhas (vide fls. 93/103) concluiu no seu relatório (fls. 119):

'Por tudo o que foi visto, analisado e apreciado, a Comissão conclui que a pena de demissão 'a bem do Serviço Público' imposta ao Dr. (...) foi excessiva e injusta, tanto é fato que a justiça assim considerou em relação ao Dr. (...) Não poderia a Comissão concluir pelo contrário, pois a decisão judicial, fato novo apresentado, por si só justifica o ato revisório e sugere também a nulidade do ato punitivo aplicado ao Dr. (...), indiciado juntamente com o Dr. (...), pelos mesmos fatos e circunstâncias. Desta forma, a Comissão propõe, por questão de justiça e equidade, e como forma de reconhecimento do erro, a desconstituição do ato punitivo aplicado ao Dr. (...) por entendê-lo, também, nulo e sua conseqüente reintegração ao Serviço Público Federal, com observância aos termos do art. 436, do Decreto nº 59.310/66 e Art. 182, da Lei nº 8.112/90. É o relatório'.

Do Mérito

23. Quanto ao aspecto formal e procedimental, o processo revisional encontra-se perfeito, inexistindo, portanto, quaisquer vícios que pudessem maculá-lo.

24. Constatamos também inexistirem diligências a serem efetuadas.

25. O fato novo apresentado pelo interessado (decisão judicial determinando a reintegração do Sr. (...) - demitido à época junto com o interessado pelos mesmos motivos e circunstâncias -, e o próprio ato de reintegração do nominado, publicado no Diário Oficial da União), indubitavelmente, justificou a revisão do apuratório que consubstanciou na demissão do requerente.

26. Analisando os autos e seus apensos, constata-se realmente a excessividade da pena aplicada ao Sr. (...), como também ao próprio Sr. (...) que foi reintegrado por decisão judicial já aludido no item precedente deste parecer.

27. Aliás, diga-se de passagem, a Direção Geral do Departamento de Polícia Federal como também esta Consultoria Jurídica já se manifestaram, outrora, pelo entendimento de que as provas carreadas aos autos do processo disciplinar nº 01/80-SR/DPF/SP não comportariam a pena expulsória aos então Delegados, conforme declinado, alhures, no referido processado.

28. Os nominados somente foram suspensos à época porque existia um terceiro indiciado cuja pena de demissão se impunha, razão pela qual subiram os autos ao julgamento do Exmo. Sr. Presidente da República que acabou por aprovar a desaconselhada e injusta proposição do extinto Dasp.

29. Não poderíamos deixar de consignar, ainda, que à época do aludido apuratório, o então Delegado de Polícia, Dr. (...), foi demitido também por dispositivo legal diverso do que constava no Despacho de Instrução e Indiciação, eis que o inciso IX, do art. 364, do Decreto nº 59.310/66 (receber propinas, comissões, presentes ou auferir vantagens e proveitos pessoais de qualquer espécie e sob qualquer pretexto, em razão das atribuições que exerce) foi introduzido pela Comissão Processante na fase do relatório final.

30. Este procedimento, por descuido do d. Colegiado, caracterizou o cerceamento de defesa sem sombras de dúvidas.

31. Há que se registrar, também, que a Comissão Processante ao concluir seu relatório final laborou em contradições no enquadramento do então DPF (...) nos itens IX, XLVIII e LXII, todos do art. 364, do retromencionado decreto, cujas transgressões disciplinares ensejariam na pena expulsória. Confira-se:

a) O inciso IX dispensa maiores comentários tendo em vista as manifestações já procedidas a respeito nos itens 06, 08, 29 e 30 deste parecer;

b) O inciso XLVIII, a Comissão ao mesmo tempo que acusa o então DPF por ter colocado placa de viatura oficial da DPF/Lorena em seu automóvel particular quando a serviço daquela Delegacia, alega em seguida que 'há de se relevar as razões que o levaram a tomar tal atitude, tendo em vista que os recursos utilizados, visavam interesses do serviço e da administração...'. Estas acusações a Comissão se fundou no depoimento do Delegado (...), do Agente Administrativo (...) e do APF (...). Se compulsarmos os autos, não é

difícil de se observar que a origem do apuratório se deu em virtude da animosidade existente entre o DPF (...) e o DPF (...), tudo porque o primeiro foi removido para ocupar a Chefia da Delegacia de Polícia Federal em Lorena, onde o segundo era à época o titular. Logo constatava-se existir o grupo do Dr. (...) e o grupo do Sr. (...). Em função disso, tais acusações imputadas pela d. Comissão também não poderiam estar baseadas pelos depoimentos citados, vez que ocorria, in casu, o instituto da suspeição.

c) O inciso LXII, de igual forma, ao mesmo tempo que a Comissão acusa o DPF (...) por sua infringência, 'tendo em vista a vasta prova testemunhal...', também afirma em seguida que "nenhuma das testemunhas ouvidas pode apontar, com absoluta certeza, que o autor da apreensão e distribuição dos gêneros alimentícios, tenha sido o acusado, pois muitos sabem do fato por 'ouvir dizer', o que não nos leva a uma conclusão categórica. Perguntar-se-ia então se a Comissão tinha vasta prova testemunhal que comprovava os fatos, por que acusou o DFP (...) ao afirmar não ter conclusão categórica a respeito? Portanto, constata-se, também, que não poderia ter sido o DPF (...) demitido com base neste dispositivo.

32. Tudo isto que exposto foi constata-se no relatório final da Comissão Processante, principalmente às fls. 414, 415 e 416 - vol. 2 do apenso.

33. As testemunhas ouvidas neste processo revisional foram as mesmas pessoas que à época dos fatos participaram do Processo Disciplinar nº 01/80-SR/DPF/SP, com poder de decisão, no âmbito de competência da Polícia Federal.

34. Todas elas são unânimes em afirmar que a penalidade aplicada aos dois Delegados foram excessivas, e que, agora, em virtude da reintegração do Sr. (...), por força de decisão judicial, deveria o Sr. (...) ser também alcançado pelo ato de reintegração, até por questão de justiça, equidade e isonomia. E isto foi dito, inclusive, pelo Sr. (...), que naquela ocasião era o Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de São Paulo, autoridade instauradora do aludido processo disciplinar o qual havia acolhido a proposição da Comissão Processante.

35. Deste modo, do minucioso exame dos autos, tendo em vista a clareza dos depoimentos das testemunhas citadas no presente processo revisional, de que consta no processo disciplinar em apenso, e dos fatos novos trazidos a colação pelo interessado (decisão judicial transitada em julgado que determinou a reintegração do Sr. (...) no cargo anteriormente por ele ocupado, bem como do ato de reintegração propriamente dito, publicado no Diário Oficial da União - Seção II, de 03 de maio de 1993), provas estas coligidas no reexame do apuratório e consubstanciadas no acusado relatório da d. Comissão Revisora (vide fls. 106/120), entendemos por comprovada a inocência do Sr. (...) com relação às infringências apontadas no ato de sua demissão, razão pela qual propomos sua reintegração ao cargo de Delegado de Polícia Federal, com ressarcimento de todas as vantagens a que faz jus (art. 28, da Lei nº 8.112/90, e art. 150, do Decreto nº 58.310/66), na forma determinada pelo art. 182 do novel regime jurídico. Este é o parecer que temos a honra de submeter a superior consideração, com vistas a ulterior decisão do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça."

Convém ressaltar que o parecer CJ nº 227/93, de 30 de setembro de 1993, foi devidamente aprovado pela Dra. Rosa Maria de Guimarães Fleury, Coordenadora de Estudos em Pareceres e pelo Dr. Guilherme Magaldi Netto, à época, Consultor Jurídico de

mentionado Ministério e, finalmente, pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado, Dr. Maurício Corrêa.

11. Em 6 de outubro de 1993, por meio do Ofício nº 1548/MG, o Sr. Chefe de Gabinete do Ministério da Justiça, com esteio nas conclusões apresentadas pela Comissão de Revisão (Proc. nº 05/93 - 1ª CPD) e no Parecer CJ/nº 227/93, de sobredita Secretaria de Estado, encaminhou mencionado processo revisório à Presidência da República, juntamente com o respectivo decreto de reintegração de (...).

Em 7 de outubro de 1993, o Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República endereçou o processado juntamente com a Exposição de Motivos nº 452, de 6/10/93, à apreciação do Exmo. Sr. Ministro-Chefe da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República. Mencionada E.M. nº 452/MJ, cujo signatário foi o Exmo. Sr. Ministro da Justiça, propõe ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a reintegração do ex-servidor, inclusive dizendo que o *“procedimento revisional, orientador da cogitada reintegração, revestiu-se das formalidades legais e, no final, após as diligentes e minuciosas considerações da Comissão Revisora (processo de revisão nº 05/93 - 1ª CPD - fls. 106/120) e do exame da Consultoria Jurídica deste Ministério (Parecer CJ nº 227/93), concluiu-se por que fosse declarada sem efeito a penalidade aplicada ao ex-servidor, por decreto presidencial de 03 de maio de 1982, publicado na Seção II, do Diário Oficial da União de 05 subsequente” (in verbis).*

12. A douta Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração Federal - SAF, instada a analisar o Processo de Revisão, exarou o Parecer nº 128, datado de 15 de outubro de 1993, cujo signatário Dr. Brasilino Pereira dos Santos, ao examinar a matéria, fez minuciosa exposição dos fatos e das provas colhidas, concluindo o seguinte:

- “1) ausência de fato novo para a caracterização de ilegalidade do ato demissório;
- 2) inadmissibilidade da revisão;
- 3) prescrição quinquenal;
- 4) sentença judicial favorável a terceiro, punido por fatos diferentes, embora apurados no mesmo processo, não se considera fato novo, para fins revisionais;
- 5) parecer contrário à reintegração no cargo, proposta pela Comissão Revisora do Processo Disciplinar apoiada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça;
- 6) dissenso de entendimentos a ser dirimido pela Advocacia-Geral da União.”

13. Conseqüentemente, pondo-se de acordo com o parecer acima citado, o Exmo. Sr. Ministro-Chefe da Secretaria da Administração Federal da Presidência da República, através do Aviso nº 946/GAB/SAF/PR, de 27.10.93, remete anteditas conclusões à Presidência da República, sugerindo submeter os autos do processo à apreciação desta Instituição.

14. Desse modo, ante as divergências jurídicas constatadas entre o Ministério da Justiça e a Secretaria de Administração Federal da Presidência da República, o assunto foi submetido à audiência desta Advocacia-Geral da União, por força da disposição constante do art. 4º, inciso XI, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Feito o relatório, passo a emitir minha opinião.

15. Da percuciente leitura dos autos processuais, isto é, dos dois volumes referentes ao Processo Disciplinar nº 01/80-SR/PR, do volume alusivo do Processo Revisional nº 05/93-19

CPF/MJ, e do decreto demissório, de 3.5.82, verifica-se que (...), matrícula nº 2.416.949, foi demitido, a bem do serviço público, do Quadro Permanente do Departamento de Polícia Federal, por auferir vantagem e proveito pessoal, em razão das atribuições que exercia, por haver cometido a pessoas estranhas à repartição o desempenho de tarefas privativas do funcionário policial, por ter prevalecido, abusivamente, da sua condição funcional e por ter praticado ato lesivo ao patrimônio da pessoa natural, com abuso do poder.

16. Como se percebe pela leitura dos pareceres exarados nos autos, a matéria neles contida impõe que se observe, desde já, aspectos da maior relevância jurídica. É necessário, portanto, que seja feita a sua análise com bastante cautela, uma vez que a revisão é um novo julgamento sobre os fatos que ocasionaram a demissão do ex-servidor.

17. Vou, então, começar tecendo algumas considerações sobre a importância que se deve conferir ao procedimento apuratório como meio de que dispõe a Administração Pública para punir os servidores que hajam cometido infrações no exercício de suas atribuições.

18. Desse modo, a questão *sub examen* merece, repito, uma atenção toda especial dada a freqüência com que se repetem casos semelhantes, ocasionando, na maioria das vezes, situações injustas para determinados servidores públicos, demitidos que são sem causa plausível e legal, justificadora do ato da autoridade.

19. Examinarei, em seguida, os principais itens alusivos ao processo disciplinar, tal como se acha configurado na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, enfatizando, principalmente, suas fases, enfim como se dá sua condução em face de sobredita norma legal.

20. Ao depois, abordarei temas referentes ao cerceamento de defesa, ao fato novo, como motivador do processo de revisão, às anulações de atos administrativos eivados de vícios e, finalmente, à reintegração de servidor estável no cargo anteriormente ocupado, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial.

I - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - SUAS FASES E SEUS OBJETIVOS. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.

21. Às autoridades administrativas incumbe, indistintamente, zelar pela normalidade do serviço público. Esse zelo constitui-se, indubitavelmente, numa perene vigilância, não somente em relação às ações individuais dos servidores públicos, bem como à satisfação de suas responsabilidades e deveres ínsitos na Lei nº 8.112/90.

22. O Estado, na sua relevante tarefa de satisfazer os interesses da sociedade, utiliza-se dos órgãos e entidades públicas de sua estrutura comando para esse mister, com a colaboração efetiva de seus agentes, quer sejam públicos, quer sejam políticos. Ao investir-se no cargo, o servidor público assume obrigações e deveres, cujo descumprimento tem sanções na repressão disciplinar do Estado.

23. Não se entreveja, porém, nesse poder disciplinar, nenhum poder discricionário, muito menos ainda uma função de caráter penal, porém, uma função ordenadora, capaz de repor o equilíbrio nas relações entre a Administração Pública e o servidor público, que devem ser, sobretudo, éticas e legais.

24. Esse poder de punir é o que se conhece comumente nos estatutos sob a denominação de poder disciplinar, aplicado todas as vezes que o servidor público descumpra de suas obrigações e deveres, ou, então, quando infringe as proibições estabelecidas nas normas legais aplicáveis à espécie.

25. Assim, deve-se notar que o poder disciplinar constitui manifestação do poder administrativo, exercido por meio de decisões e atos administrativos, desprovidos do caráter penal, a não ser na forma de sua concretização, tendo por objetivo precípuo reordenar (ou recompor) a atividade administrativa, alterada por atos de indisciplina ou conturbada por ações ou inações do servidor público.

26. Não expenderei aqui, mesmo porque não é pertinente a este estudo, a gênese do poder disciplinar de que detém o Estado, tampouco sua índole, seja de ordem sociológica, seja de filosofia do direito.

27. Contudo, necessário enfatizar que a Administração Pública (*lato sensu*), como se acha continuamente submetida aos preceitos constitucionais e às regras legais que lhe são aplicáveis, não pode descuidar da sua própria razão de ser, e como organização jurídica, deve sempre buscar a reordenação (ou a regularização) de suas atividades (o que não deixa de ser também uma reorganização jurídica) utilizando-se, nessa tarefa, dos meios jurídicos pelos quais instrumentaliza o poder disciplinar, tendo como consequência imediata a aplicação de sanções aos servidores públicos que lhe servem, por ação (*facere*) ou omissão (*non facere*), ao violarem a ordem jurídica reinante no serviço público.

28. Esclareça-se, por oportuno, que o poder disciplinar não é arbitrário; dele não utiliza a autoridade quando lhe aprouver, nem segundo determinadas circunstâncias. As regras constantes do ordenamento jurídico-legal específico, no caso, as da Lei nº 8.112, de 11.12.90, estabelecem como se dá a instauração do processo administrativo disciplinar, suas fases, o inquérito, o julgamento e a sua revisão, nos casos permitidos. (Vide arts. 143 *usque* 182).

29. Torna-se conveniente, neste passo, dizer que todo processo administrativo se acha regido por cinco princípios básicos de observância quase que instintiva por parte dos administradores, caso contrário, perderá o seu aspecto jurídico formal, tão necessário à coordenação dos atos realizados e tendentes à obtenção de uma decisão justa e correta. Como assinala Hely Lopes Meirelles, o saudoso mestre de todos nós, esses princípios são: o da legalidade objetiva, o da oficialidade, o do informalismo, o da verdade material e o da garantia da defesa.

30. Em síntese, não posso deixar de transcrever os conceitos explicitados pelo insigne administrativista acerca desses princípios reitores aos quais se sujeita o processo administrativo:

“O princípio da legalidade objetiva exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Daí sustentar Giannini que o processo, como o recurso administrativo, ao mesmo tempo que ampara o particular serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando a manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração. Todo processo administrativo há que embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com legalidade objetiva, sob pena de invalidade.

O princípio da oficialidade atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular: uma vez iniciado passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete o seu impulsionamento, até a decisão final. Se a Administração o retarda, ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade, e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão. Outra consequência deste princípio é a de que a instância não perime, nem o processo se extingue pelo decurso do tempo, senão quando a lei expressamente o estabelece.

O princípio do informalismo dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargo do particular. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental. Garrido Falla lembra com oportunidade que este princípio é de ser aplicado com espírito de benignidade e sempre em benefício do administrado, para que, por defeito de forma, não se rejeitem atos de defesa e recursos mal qualificados. Realmente, o processo administrativo deve ser simples, despidido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais. Todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes.

O princípio da verdade material, também denominado da liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a 'reformatio in pejus' nos recursos administrativos, quando a reapreciação da prova, ou a nova prova conduz o julgador da segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente.

O princípio da garantia de defesa entre nós, decorre do mandamento constitucional do devido processo legal que teve origem no 'due process of law' do Direito anglo-norte-americano. Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou mais especificamente, da garantia de defesa." (cf. RT-483, janeiro/1976, pags. 11 usque 21).

31. Mais minudente do que a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), o atual Regime Jurídico dos Servidores Públicos consigna, no art. 151, quais as fases em que se desenvolve o processo disciplinar, a saber: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento.

32. Sem pretender, neste estudo, perseguir detalhes acerca das fases do processo disciplinar, devo firmar o conceito sobre duas delas, quais sejam, a defesa e o contraditório.

33. É assegurada ao servidor acusado, na conformidade do disposto no art. 153 da Lei 8.112/90, ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

34. Esmiuçando: na preservação da garantia da defesa deve-se:

1) citar o servidor para que compareça perante a comissão de inquérito, com prazo suficiente para oferecer sua defesa;

2) permitir ao servidor que acompanhe o processo em todos os seus trâmites pessoalmente ou por intermédio de procurador;

3) arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial (art. 156, da lei referida).

35. Como se nota, o exercício do direito de defesa é amplo e constitucionalmente deferido a todo cidadão contra quem se faz alguma acusação.

36. A Constituição da República vigente (a exemplo da anterior, art. 153, § 15) no art. 5º, inc. LV, reza que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

37. Desse modo, o princípio do contraditório, de índole constitucional, é o instrumento eficaz para evitar a prática da discricionariedade, pois que objetiva colocar em situações equipolentes as partes situadas em ambos os pólos, do modo a excluir o protecionismo, o favoritismo ou antagonismo entre elas.

38. Partindo do pressuposto de que a ampla defesa é fundamental para o alcance da Justiça, tem-se que a inobservância deste princípio acarreta a nulidade do processo.

39. É de se perceber que a Lei Fundamental em vigor, ao estabelecer que ambos os princípios acima explicitados - o do contraditório e da ampla defesa - se estendem aos processos administrativos, ao contrário do direito anterior que só admitia, expressamente, na instrução criminal, avançou de modo considerável no campo do direito administrativo, porque processo administrativo disciplinar sem oportunidade do contraditório e da ampla defesa, ou com defesa cerceada, é nulo.

40. Ainda, em relação ao direito à ampla defesa, a antiga Consultoria-Geral da República exarou o Parecer SR-95, datado de 27 de junho de 1989, e publicado na íntegra no D.O. de 26.6.89, com o aprova presidencial, alusivo à revisão de inquérito, no qual o ilustre parecerista Dr. Sebastião Baptista Affonso, em minucioso exame, assim escreveu (*verbis*):

“A demissão de funcionário estável só pode ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo, no qual se lhe assegure ampla defesa. A inobservância de ‘due process of law’ e o cerceamento do direito de defesa geram - pela extrema gravidade de que se reveste esse ilícito procedimento da Pública Administração - a nulidade do conseqüente ato punitivo. Trata-se, aí, de garantia constitucional destinada a proteger, de um lado, o funcionário beneficiado pela estabilidade no serviço público, e, de outro, a limitar o poder do Estado na inflicção de sanções administrativas, notadamente as de caráter expulsivo. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder disciplinar, não tem o direito de, legitimamente, impor sanções punitivas aos agentes públicos, sem antes propiciar-lhes, primeiro, a possibilidade de audiência sobre a imputação que lhes é feita (‘nemo inauditus damnari debet’) e, segundo, o ensejo de participação, crítica e ativa, no procedimento probatório.

Daí, o douto magistério de Celso Ribeiro Bastos (ver ‘Comentários à Constituição do Brasil’, v. 2, p. 268/269, 1989, Saraiva): ‘... nada obstante o fato de o procedimento administrativo disciplinar não ser guiado nos seus atos da mesma forma que o é o processo penal, algumas fases, contudo, são inafastáveis. Por exemplo, a ciência inicial da imputação ao acusado, a sua audiência e a produção de provas e contraprovas, dentre outras’.

O eminente Hely Lopes Meirelles, ao versar o tema da indeclinabilidade da defesa no processo administrativo (ver 'Direito Administrativo Brasileiro', p. 583/584, 13ª ed., RT), assevera: 'Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido, reiteradamente, nossos Tribunais Judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa', entendendo-se como tal, 'não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis'.

O 'devido processo legal', acentua José Cretella Júnior (ver 'Comentários à Constituição Brasileira de 1988', v. I, p. 530, 1989, Forense Universitária), 'é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova - desde que obtida por meio lícito'.

Ao estudar 'A Prova Administrativa' (p. 103, 1973, Saraiva), o seu autor, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, afirma que '... não há como negar o relevo da prova apresentada, para a determinação do convencimento jurídico, em razão do ato ou fato', arrematando, porém, que 'nem meios sumários dispensam a defesa'. Emerge, nítido, desse magistério doutrinário, o dever do Estado de velar pela intangibilidade do direito de defesa, que é inviolável e de observância ampla e irrestrita, sobretudo num processo administrativo, onde estará em jogo, para o funcionário público estável, a possibilidade de perda do seu cargo. A ampla defesa é necessária para a demissão do funcionário estável. Sem ela, o ato demissório é nulo, porque, em inquérito administrativo destinado a apurar a falta do funcionário e a ensejar a aplicação da pena de demissão, a ampla defesa deve ser-lhe assegurada, de modo pleno e integral (ver Súmula 20 do STF; RDA 47/108 e 73/136).

A presunção de inculpabilidade, que milita em favor de todos os imputados antes da condenação judicial definitiva, exprime outra garantia agora explicitamente assegurada na Constituição, que não se pode desconhecer (ver artigo 5º, item LVII). Ao comentar esse dispositivo constitucional, o ilustre J. Cretella Júnior (ver op. cit., p. 537), enfatiza que 'somente a sentença penal condenatória ... é razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado'.

No caso presente, mesmo estando em curso Ação Penal, nada autoriza ter-se o ex-servidor, ora interessado, como culpado, para deixá-lo punido, antecipadamente, por um fato pelo qual não foi condenado e que sequer constituiu objeto do processo administrativo referido. Em sua conclusão, o eminente Consultor da República, Doutor Sebastião Baptista Affonso, acentua esse aspecto, de inegável relevo jurídico, verbis:

'A revisão, além de não ter suprido os vícios do inquérito revisado, deixou sem necessária apuração a alegada superveniência de novos elementos, que afetariam a situação do reclamante. O sobrestamento deste processo, no aguardo de julgamento da Ação Penal pendente, não se justificaria, quer porque milita a favor do indiciado a presunção de inculpabilidade, até o trânsito em julgado da decisão condenatória, de acordo com o disposto no artigo 5º, item LVII, da Constituição, como porque a denúncia versa fato diverso do que lhe foi imputado no inquérito administrativo, cuja autoria é atribuída a outra pessoa'.

Impõe-se, assim, o acolhimento da pretensão revisional manifestada pelo interessado e, como direta consequência desse juízo, a determinação de sua reintegração, com todos os efeitos jurídico-administrativos dela decorrentes.”

41. Embora o caso suscitado no antedito parecer não guarde similitude com este que se pretende dar solução, serve como adminículo à espécie, uma vez que restou provado nos autos do processo que no inquérito instaurado originariamente houve cerceamento de defesa.

42. Com efeito, segundo pude aquilatar, procedendo uma minuciosa leitura dos fatos articulados nos relatórios oferecidos pela Comissão de Inquérito, houve cerceamento de defesa, uma vez que não foram asseguradas ao requerente o contraditório e a ampla defesa, como, por exemplo, a oitiva de testemunhas sem sua presença e, ainda, o fato considerado de suma gravidade de só lhe permitir apresentar sua defesa no final do processo disciplinar.

43. Vê-se, então, que o cerceamento de defesa é a primeira mácula que se encontra, visivelmente, nos autos do processo disciplinar. Deve-se atentar, portanto, para o fato de que uma vez não acolhido o pleno direito de defesa, esta falta acarreta manifesta ocorrência de lesão ao direito do acusado.

44. No julgamento do mandado de segurança nº 21721-9-RJ, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, em alusão ao cerceamento de defesa, emitiu venerando Acórdão, cuja Ementa contém o seguinte enunciado:

“Ementa: - Mandado e Segurança.. Processo administrativo. Cerceamento de defesa. - Em face da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da que tinha na Lei nº 1.711/52, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado, que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocamente dos artigos 151, II, 156 e 159. Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como ‘acusado’), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, ‘caput’), sendo, então, ele, já na condição de ‘indiciado’, citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, ‘caput’ e parágrafos 1º e 3º).
Mandado de segurança deferido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o mandado de segurança. Brasília, 13 de abril de 1994.”

45. No antedito Mandado de Segurança, funcionando como Relator, o Exmo. Senhor Ministro Moreira Alves, proferiu brilhante voto, cuja transcrição neste trabalho se impõe, principalmente, devido à clareza de sua exposição:

“1. Tem razão o impetrante quanto à inobservância de normas da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que asseguram a ampla defesa no inquérito administrativo de que resultou sua demissão. Em face da referida Lei, o procedimento do inquérito administrativo tem disciplina diversa da

que tinha na Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952, em que a fase de instrução se processava sem a participação do indiciado, que apenas era citado para apresentar sua defesa, com vista do processo, após ultimada a instrução. Já pela Lei atual, o inquérito administrativo tem de obedecer ao princípio do contraditório (que é assegurado ao acusado pelo seu artigo 153) também na fase instrutória, como resulta inequivocamente dos artigos 151, II, 156 e 159, *verbis*:

Art. 151 - O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

Art. 156 - É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

§ 1º - O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

§ 2º - Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato depender de conhecimento especial de perito.

Art. 159 - Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

§ 1º - No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.

§ 2º - O procurador do acusado poderá assistir o interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.

Somente depois de concluída a fase instrutória (na qual o servidor figura como acusado), é que, se for o caso, será tipificada a infração disciplinar, formulando-se a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (artigo 161, *‘caput’*), sendo, então, ele, já na condição de indiciado, citado, por mandado expedido pelo presidente da comissão, para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias (que poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis), assegurando-se-lhe vista do processo na repartição (art. 161, *‘caput’* e §§ 1º e 3º).

No caso, como se vê dos elementos constantes dos autos, na fase instrutória do inquérito administrativo em causa, o impetrante só foi intimado e ouvido como testemunha (fls. 39, 34/38 e 205), não lhe tendo sido assegurado, portanto, já que não figurava sequer como acusado, o direito de acompanhar os atos dessa fase, nos termos do artigo 156 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, nem foi interrogado, na forma do disposto no artigo 159 da mesma Lei. De testemunha passou defesa, o de que resultou sua demissão, declarando, em consequência, a nulidade do Decreto do Exmo. Sr. Presidente da República que o demitiu.

Houve, portanto, inequívoco cerceamento de defesa, uma vez que, ao contrário do que pretendem as informações (fls. 141), a ampla defesa que o artigo 153 da referida lei assegura ao acusado, com a observância do princípio do contraditório, não abarca apenas o indiciado, mas também o acusado em sentido estrito, que é a qualificação que se dá, na fase instrutória do inquérito, ao ainda não indiciado. Em outras palavras, acusado é expressão empregada no artigo 153 em sentido amplo, para

abranger o acusado em sentido estrito (o acusado ainda não indiciado, conforme resulta dos artigos 159 e 160) e o indiciado (artigos 161 a 164).

É o quanto basta para a concessão de segurança, independentemente do exame da alegação de a portaria que constituiu a comissão de inquérito ter sido genérica e não haver sido publicada, ao que parece pretender o impetrante, no Diário Oficial da União. Por outro lado, a acolhida da alegação de cerceamento de defesa, que implica a anulação do inquérito administrativo quanto ao impetrante e a conseqüente nulidade do decreto que o demitiu, prejudica o pedido - que é, em última análise, alternativo - da declaração de nulidade do referido decreto, por abuso de poder ou por desvio de finalidade do ato de demissão.

2. Em face do exposto, defiro o presente mandado de segurança, para, sem prejuízo da instauração de novo inquérito administrativo contra o impetrante, anular, por cerceamento de defesa.”

46. Vale a pena acentuar que mesmo se o Estatuto dos Funcionários, de 1952, não tivesse inserido nas fases do processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, como o fez o atual Regime Jurídico dos Servidores, é necessário lembrar que os arts. 221, 222 e 223 continham disposições que se referiam à constituição de provas, diligências convenientes, com o auxílio, se preciso, de técnicos ou peritos (art. 221), à defesa do indiciado (art. 222), à designação *ex officio*, sempre que possível, de funcionário da mesma classe e categoria para defender o indiciado caso fosse revel (art. 223).

47. E, ainda, em face do estampado no art. 230, do antigo Estatuto, em qualquer fase do processo era permitida a intervenção de defensor constituído pelo indiciado.

48. Reporta, nesta altura, a afirmação de que a Comissão de Inquérito tinha por obrigação a citação do indiciado para acompanhar os trâmites do processo e não lhe recusar terminantemente que fossem ouvidas mais testemunhas como o requerido e jamais reputar de “prescindível” a sua inquirição.

49. Pode-se até mesmo argüir que essa recusa não tenha ocasionado prejuízos à ação disciplinar instaurada àquela época. Ledo engano. Convém explicitar que o cerceamento de defesa constitui vício capaz de tornar nulo todo o processo disciplinar. Neste direcionamento, outra posição não é a minha senão a de dizer que o não asseguramento ao acusado do princípio do contraditório e da ampla defesa no Processo Disciplinar por parte da Comissão de Inquérito, bem como a oitiva de testemunhas sem a sua presença e o fato de só lhe permitir apresentar sua defesa no término do referido processo, é causa de nulidade do mesmo.

50. Ademais, a Comissão de Inquérito, extrapolando suas funções, resolveu sponte sua, enquadrar o requerente em dispositivo legal diverso do que constava no despacho de instrução e indicição, uma vez que o inciso IX, do art. 364, do Decreto nº 59.310/66, alude à transgressão disciplinar *“receber propinas, comissões, presentes ou auferir vantagens e proveitos pessoais de qualquer espécie e sob qualquer pretexto, em razão das atribuições que exerce”*, capitulação esta, incluída na parte final do Relatório.

51. Referida indicição, inquestionavelmente, ficou ao talante da Comissão processante que, na verdade, a incluiu no rol das transgressões disciplinares sem dar atenção ao contraditório e à ampla defesa.

52. Não é demais, portanto, advertir que indicição feita por puro capricho de opinião ou, ainda, por mero arbítrio, configura agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

53. Ninguém, em sã consciência, ignora que capitulação desse jaez sacrifica, impiedosamente, o acusado, às vezes, submetido (quem me dirá o contrário) às indisposições pessoais, à inveja, à ojeriza funcional, tão comum na Administração Pública, de um modo geral.

54. Para condensar, e em repetição, devo acrescentar que é próprio do contraditório e da ampla defesa facultar ao acusado debater, contestar, contraditar, apresentar provas, propor a inquirição de novas testemunhas, oferecer documentos, requerer diligências de qualquer espécie, etc. A ausência desses meios de prova e de defesa, de índole constitucional, importa em cerceamento de defesa, invalidando todo o julgamento levado a efeito.

55. Observo, então, que a Comissão de Inquérito errou ao deixar de citar o acusado, antes de ultimada a instrução, para apresentar defesa sobre a indicição feita por conta própria.

56. De conseguinte, essa falta cometida pelo colegiado inquisitorial maculou o processo disciplinar, com vício que o torna nulo.

57. Não vejo, por conseguinte, meios que possibilitem tornar válido o relatório produzido no processo disciplinar por sobredita Comissão, uma vez que o cerceamento de defesa foi patente e insanável.

58. A antiga Consultoria Geral da República, em iterativos pronunciamentos, manifestava-se no sentido do fiel acatamento às conclusões oferecidas pela Comissão de Inquérito, quando estas se achassem de acordo com a prova dos autos.

59. No caso presente, a Comissão exarcebou a sua opinião para que fosse aplicada a pena máxima (isto é, de demissão) ao acusado sem se ater para o fato de que o Decreto nº 59.310/66, no elenco das penas disciplinares, inclui a de suspensão, esta perfeitamente cabível à espécie, se se levar em consideração a natureza das transgressões, os antecedentes do servidor e, ainda, o motivo de não ser reincidente.

II - REVISÃO. FATO NOVO

60. O artigo 174, da Lei nº 8.112, de 1990, ao referir-se sobre o processo de revisão, estabelece: “O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da sua aplicada.”

61. No direito anterior, isto é, em face da Lei nº 1.711/52 (Estatuto dos Funcionários) “a qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo administrativo de que resultou pena disciplinar, quando se aduzam fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do requerente”.

62. No direito vigente (art. 174, da Lei 8.112/90), ampliou-se a possibilidade de revisão, liberalizando ao servidor público civil mais uma circunstância além daquelas contempladas no Estatuto de 52, uma vez que, agora, se permite a revisão do processo disciplinar, também, quando se verificar inadequação da pena aplicada.

63. Quando não se conformar o servidor público com a decisão da autoridade que o puniu, a Lei 8.112/90 enseja-lhe o apelo à autoridade superior, a quem se defere a competência para reexaminar o processo e até mesmo alterá-lo, ou cancelar o decidido.

64. Os administrativistas pátrios têm entendido que a revisão do processo disciplinar administrativo não se constitui num simples pedido de reconsideração da decisão proferida, nem recurso contra ela.

65. É, indubitavelmente, um novo processo, (reexame do primeiro) com novos elementos (ou subsídios) visantes à comprovação da inocência do servidor público punido.

66. Toda revisão objetiva, sobretudo, a reabilitação do servidor com todas as consequências de ordem funcional ou patrimonial dela decorrentes. Convém lembrar, no entanto, que o critério de julgamento será o mesmo do primeiro processo, porém, a apuração da falta deve ser levada em consideração ante a presença de fatos novos, ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

67. A teoria revisional baseia-se, principalmente, na circunstância de que a administração pública, mesmo sob a égide do *jus puniendi*, não poderá considerar o ciclo punitivo como encerrado ou terminado, sob pena de estar ferindo o princípio da ampla defesa.

68. No caso, sob exame, deferiu-se a revisão do Processo Administrativo Disciplinar devido à ocorrência de fato novo, qual seja a sentença prolatada pela Dra. Juíza Federal da 2ª Vara da Seção, judiciária do Estado do Amazonas que anulou o ato punitivo de demissão “a bem do serviço público” do Dr. (...), reintegrado ao cargo de Delegado de Polícia Federal e confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (DF), sentença esta tramitada em julgado, que concluiu pela procedência da Ação Ordinária nº 87.0022450-2, reconhecendo eivado de vício insanável o ato demissório.

69. Ora, levando-se em conta que o servidor reintegrado figurava no mesmo Processo Disciplinar, no qual foram apontados os mesmos fatos e as respectivas apenações, inquestionavelmente, a prolação da referida sentença se constitui fato novo, capaz de ensejar a revisão da pena aplicada ao postulante.

70. No meu modo de entender, três vertentes direcionam-se para que a Administração Pública aja no sentido de elidir a pena imposta:

- 1) a decisão da Comissão Disciplinar foi contrária às provas dos autos;
- 2) surgiram, após a demissão, fatos novos que indicam o cometimento de injustiça contra o ex-delegado;
- 3) ocorreram circunstâncias posteriores capazes de justificar a inocência do punido.

71. Não há que se falar na espécie em prescrição porquanto a Lei nº 8.112/90 diz que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo quando ocorrerem os motivos elencados no *caput* do art. 174, causadores do pedido revisional.

72. A justiça, então, sobrepaira por via da revisão, franqueada “a qualquer tempo” ao postulante para que demonstre que os julgadores erraram na compulsão das provas, exarcebaram na cominação da pena e vedaram-lhe acompanhar o processo em todos os seus trâmites.

73. A Comissão Revisora, agindo não para subtrair a imposição da pena de demissão ao ex-servidor, demonstrou até à saciedade que:

- a) a pena de demissão imposta ao Dr. (...) foi excessiva e injusta;
- b) o fato novo apresentado, isto é, a decisão judicial que determinou a reintegração do Dr. (...), sugere, também, a nulidade do ato punitivo aplicado ao requerente;
- c) em consequência, seja desconstituído o ato punitivo aplicado ao Dr. (...) por entender que o mesmo se acha eivado de vícios;
- d) e seja reintegrado ao Serviço Público Federal, com observância aos termos do art. 436, do Decreto nº 59.310/66 e art. 182, da Lei nº 8.112/90.

Conclusões:

74. Não fossem as circunstâncias especiais que o caso em foco suscita, exigindo, destarte, uma atenção redobrada no seu exame, no meu entendimento, o Parecer CJ nº 227/93 da douda Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça seria mais do que suficiente para dirimir toda a matéria, pelos argumentos fáticos e jurídicos nele aduzidos.

75. Ocorreu, todavia, que manifestações jurídicas do antigo Dasp e, ao depois, da SAF, militaram em campo adverso ao expendido pela referida Secretaria de Estado.

76. Não deixam de ser pronunciamentos louváveis e os entendo como sendo resultantes do zelo com que aqueles órgãos, ao longo do tempo, vêm produzindo orientações normativas, de caráter geral, em matéria de pessoal para a Administração Pública Federal.

77. Entretanto, no caso sob análise, embora pondo relevo em sobreditas manifestações jurídicas, não posso relegar a segundo plano os pronunciamentos dos órgãos de assessoramento jurídico do Ministério da Justiça que tiveram o condão de examinar o caso ocorrente com maior precisão, situando-o sob o pálio de indagações jurídicas identificadas com as provas dos autos.

78. Nestas condições, não encontro quaisquer óbices que me conduzam a deixar de aceitar os pareceres exarados pelos órgãos jurídicos do Ministério da Justiça, principalmente o Parecer CJ nº 227, de 30 de setembro de 1993, o qual endosso, com a firme convicção de que as imputações feitas ao requerente pela Comissão de Inquérito, apoiadas pelos pareceres do extinto Dasp e da SAF, tornaram mais acerba a penalidade a ele aplicada.

79. Em face do que acima foi dito e acatando *in totum* os argumentos fáticos e jurídicos explicitados no Parecer CJ nº 227/93, opino, salvo outra interpretação, que seja julgada procedente a revisão, declarando-se, de conseqüência, sem efeito a penalidade de demissão aplicada ao Dr. (...), restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos.

Sub censura.

Brasília, 17 de agosto de 1994.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Revisão requer prova do fato novo alegado.

PARECER AGU Nº GQ-133

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Em 10.XII.97”*. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 08200.010389/96-63 (Ref: Proc. Ad. Disc. 009/87-SR/DPF/MS e Proc. de Rev. nº 002/96-1ª CPD/CCJ).

ORIGEM: Casa Civil da Presidência da República

ASSUNTO: Proposta de reintegração de (...), no cargo de Agente de Polícia Federal.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-3/97, de 21 de outubro de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 10 de dezembro de 1997

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-3/97 (Anexo ao Parecer nº GQ-133)

EMENTA: Revisão de Processo Administrativo Disciplinar para anular ato demissório. A revisão do processo administrativo disciplinar tem, como pressuposto, a adução de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (cf. o art. 174, da Lei nº 8.112/90). Imprestável sob todos os aspectos processo de revisão que se baseia, tão somente, em pareceres antinômicos, sem o exame de elementos novos, ainda não apurados no processo originário. Devolução dos processos à origem para os fins de ser instaurado novo processo revisional.

PARECER

Com o Aviso nº 984, de 25 de junho do corrente ano, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República remeteu a esta Instituição o Processo de Revisão nº 002/96-1ª CPD/CCJ, que versa sobre proposta de reintegração de (...) no cargo de Agente de Polícia Federal em face da controvérsia entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil.

2. Antes de tudo, faz-se necessário historiar, mesmo que pela superfície, os fatos e atos constantes do Processo Administrativo Disciplinar nº 009/07-SR/MS, instaurado em desfavor de (...), matrícula 022.2021, Agente de Polícia Federal de Segunda Classe, Padrão I e (...), matrícula nº 022.1495, Agente de Polícia Federal de Segunda Classe, Padrão II, pelos motivos de que *“na data de 19 de novembro de 1986, por volta das 23:30 horas, foram flagrados na prática de transgressões disciplinares quando no serviço de segurança da DPF/PPA/MS, o primeiro, dormindo no interior de seu veículo, e o segundo, ausente do plantão para o qual ambos estavam escalados”*.

3. Para tal mister, o Sr. Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, por meio da Portaria nº 24/87-SD/CRJ, de 8 de setembro de 1987, designou a Comissão Processante integrada pelo Delegado de Polícia Federal (...), matrícula nº 2.404.838, Segunda Classe, Padrão III e pelos Agentes de Polícia Federal (...), matrícula nº 022.2320, Segunda Classe, Padrão II e (...), matrícula 022.2020, Segunda Classe,

Padrão III, para, sob a presidência do primeiro, apurar as responsabilidades dos citados agentes, bem assim, verificar a caracterização de contumácia de ambos na prática de transgressões disciplinares, conforme notícia a Sindicância nº 05/87-DPF-1/PPA/RS.

4. Registre-se, ainda, que o espesso processo inquisitivo contém 413 (quatrocentos e treze) páginas sendo, portanto, impossível efetuar o traslado para este parecer de todos os seus passos.

5. O mais que se pode fazer é transcrever abaixo o Relatório Conclusivo apresentado pela Comissão Processante no qual se verá a seqüência dos atos e fatos processuais, ordenadamente dispostos:

“Ref: Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS.

Indiciados: (...), brasileiro, branco, solteiro, natural de Ipiáu/Ba, nascido aos 28.09.60, filho de e de Agente de Polícia Federal, lotado e em exercício nesta Descentralizada, portador da matrícula nº 022.2021, residente a Av. Brasil, nº 4798, centro, Ponta Porã/MS e, (...), brasileiro, branco, casado, natural de São Paulo/SP, nascido aos 30.03.57, filho de e de residente no corredor da Rua Deputado Aral Moreira, casa 04, centro, Ponta Porã/MS, Agente de Polícia Federal, matrícula nº 022.1495, lotado e em exercício nesta Descentralizada de instrução secundária.

Transgressões: Incisos XX, XXIV, XXIV e XXXII todos do Decreto nº 59.310/66 e artigo 48, § 1º da Lei nº 4.878/65 e artigo 383, § 1º do Dec. nº 59.310/66.

Das acusações formuladas: O presente procedimento investigatório disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS foi iniciado em data de 17.09.87, teve por peça basilar a Portaria nº 24/87-SD/CRJ/SR/MS, constituidora da Comissão, baixada em data de 08.09.87, publicada no Boletim de Serviço nº 175, datado de 16.09.87, (fls. 02, 04 e 171/172) e posteriormente em Aditamento Semanal nº 39, datado de 25.09.87. (fls. 179/180). Serviram de supedâneo para os trabalhos os autos da Sindicância nº 005/87-DPF.1/PPA/MS, formal e regularmente instruída, a qual possui como apenso os autos da Sindicância nº 052/86-DPF.1/PPA/MS, processada de forma imprestável, face a erros formais irreparáveis. (fls. 05/104 e 105/150). A Sindicância supracitada noticia transgressões disciplinares praticadas pelos Senhores acusados, cujas descrições legais encontram respaldo nos textos dos incisos XXIV, XXIX e XXXII, todos do artigo 364 do Decreto nº 59.310/66.

Apreciada pelo Senhor Superintendente Regional em razão do ‘quantum’ de pena a ser aplicada, este propugnou pela instauração de Processo Disciplinar, visto que, além das faltas anteriormente capituladas, as constantes transgressões levadas a efeito pelos Sindicados, caracterizaram a contumácia na prática de faltas funcionais. (fls. 103/104). Portanto, ora indiciados respondem neste processo pelas ações de terem abandonado o serviço para o qual foram designados sem expressa autorização de seus superiores e em desalinho com as normas de serviço baixadas.

No que tange ao indiciado (...), além de abandonar o serviço, foi encontrado dormindo no interior de seu veículo, colocado adredemente no acesso que demanda a esta Divisão, local proibido expressamente pela Administração. No que tange a contumácia, encontramos respaldo legal na definição expressa no artigo 383, § 1º do Decreto nº 59.310/66 e artigo 48, § 1º da Lei nº 4.878/65, chanceladas pela formulação nº 62 do Dasp.

Dos fatos apurados: Instalada a Comissão Disciplinar e nomeado o Secretário, os trabalhos passaram a ser desenvolvidos tendo como suporte

a Sindicância nº 005/87-DPF.1/PPA/MS, com a homologação das peças já produzidas e a formalização dos depoimentos das testemunhas arroladas na peça basilar. Procedidas as comunicações de estilo aos Serviços Disciplinares da CCJ/DPF/BSA e CRJ/SR/DPF/MS, o Senhor Superintendente Regional foi cientificado da abertura dos trabalhos, ocasião em que foram solicitadas cópias integrais dos Assentamentos Funcionais dos acusados. (fls. 152/154). Como medida necessária, visto que prevista em Lei, os Senhores acusados, (...) e (...), foram devidamente notificados da abertura dos trabalhos da Comissão, conforme o teor do documento de folhas 155/156.

Medidas seqüenciais instrutórias dos autos foram tomadas, como a expedição de Cartas Precatórias à CRJ/SR/DPF/SP, visando a oitiva da testemunha (...), à CRJ/SR/DPF/RJ, visando as declarações de (...) e à DPF/CCP/BSA, objetivando o depoimento de (...) (s. 159/169). Como medida complementar do ato, os acusados foram notificados das expedições das Cartas Precatórias, estabelecendo-se datas para as oitivas, as quais não se realizaram, por motivos alheios a esta Comissão. (fls. 170). As Folhas de Assentamentos Funcionais dos acusados foram acostadas nos autos às fls. 173/178. Tendo em vista que as expedições de Cartas Precatórias a diversas Unidades Operacionais visando à oitiva de testemunhas demandavam tempo, autorizei verbalmente aos acusados gozarem férias no curso do mês de outubro, desde que requeressem à Comissão e fornecessem seus endereços corretos, para fins de notificação quando as audiências fossem marcadas.

Inobstante à determinação, os acusados apenas comunicaram a SO/DPF.1/PPA/MS o local onde poderiam ser localizados (fls. 182/183), fornecendo endereços inidôneos, visto que nos mesmos não permaneceram no curso de suas férias regulares, ensejando sérios dissabores, (fls. 195/197 e 203/214), vendo-se a Comissão obrigada a postergar todas as oitivas através de precatórias, até o retorno dos acusados, de suas férias. (fls. 220/221). As testemunhas (...) e (...) foram oitivadas pela Comissão, nos termos dos documentos de folhas 188/190 e 198/200, tendo ocorrido a devida cientificação do ato aos acusados, nos termos da Certidão de folhas 186 verso. Ao retornarem das férias, foram notificados das oitivas de testemunhas em outras Unidades Operacionais.

Na mesma época, o acusado (...) passou a cumprir pena disciplinar de 20 (vinte) dias, ocasião em que a Comissão, através de seu Presidente, cientificou-o da necessidade de permanecer nesta cidade até a conclusão dos trabalhos relativos ao presente Processo. (fls. 228). No entanto, em data de 17.11.87, ao ser procurado para receber intimação visando ao interrogatório (...), esquivou-se a assinar o documento, orientando ao Agente executor que retornasse e informasse à Comissão que não o havia encontrado (fls. 253/253 verso). Medidas imediatas foram tomadas para que o acusado fosse citado para o interrogatório, porém não surtiram os efeitos necessários, visto que o acusado afastou-se desta cidade, possivelmente para o Paraguai, só retornando para um bar situado no Brasil, na noite do dia 22.11.87, quando foi formalmente citado (fls. 269/271 verso e 307).

Tais comportamentos, além de se traduzirem em novas faltas disciplinares, prejudicaram o andamento do processado, ensejando que o prazo de sua conclusão, extrapolasse as previsões contidas no artigo 403, do Decreto nº 59.310/66. Após o interrogatório de ambos os acusados, procedi na abertura do prazo destinado à defesa dos mesmos. Para tanto, o indiciado

(fls. 315), enquanto que (...), após apresentar um Atestado Médico com validade por 15 (quinze) dias, ausentou-se deste Estado, possivelmente para São Paulo, sem que fosse notificado e sem deixar para esta Comissão, tampouco para o Órgão, qualquer endereço onde pudesse ser encontrado. Como se denota, os acusados são ostensivamente indisciplinados e contumazes na prática de transgressões. Medidas foram tomadas visando a citação via Edital e conseqüente Decretação de Revelia do indiciado (...) (fls. 331/339). No entanto a medida foi sustada face à notificação, em data de 04.12.87, folhas 328, quando passou a fluir o prazo deferido à defesa do aludido servidor.

No curso do apuratório todos os depoimentos foram ratificados, mantendo-se as bases das acusações previstas na Sindicância basilar nº 005/87 de folhas 05/100, visto que as transgressões praticadas foram notórias e incontestas. Argüiu-se nos autos a prática reiterada de transgressões, caracterizando a contumácia prevista no artigo 383, § 1º do Decreto nº 59.310/66, artigo 48 § 1º da Lei número 4.878/65 e cancelada pela Formulação nº 62 do Dasp.

No que tange ao interrogatório do indiciado (...), o mesmo tentou tumultuar aos trabalhos da Comissão, visando consignar apenas elementos específicos de defesa, no que foi admoestado no ato consignado no próprio corpo do interrogatório (fls. 308/310). Medidas outras foram tomadas, visando atender a parte formal do procedimento, em consonância com as normas que regem a matéria, tendo junjado aos autos as Folhas Funcionais dos indiciados (fls. 173/178).

O despacho de Instrução e Indiciação foi lavrado nos termos do documento de fls. 311/314, tendo os acusados sido enquadrados nas previsões disciplinares dos incisos XX, XXIV, XXIX e XXXII do artigo 364 e artigo 383, § 1º do Decreto nº 59.310/66 e artigo 48, § 1º da Lei nº 4.878/65, disposições estas mantidas pela Comissão, neste ato.

Síntese das razões de defesa e sua apreciação: As razões de defesa apresentadas pelo indiciado, subscritada por seu patrono, o Ilustre Advogado, Dr. (...), em síntese alegou:

1 - Que houve cerceamento de defesa nos autos da Sindicância nº 052/86-DPF.1/PPA/MS, visto que, ao ser deferida a palavra ao Sindicado para aduzir elementos em sua defesa, ainda não havia sido anexado aos autos, as Folhas de Assentamentos do Servidor.

2 - Que as oitivas das testemunhas no presente Processo, foram realizadas na ausência do indiciado sem a notificação do mesmo para o acompanhamento do ato, entendendo haver cerceamento de defesa, requerendo o arquivamento deste processado.

3 - No mérito, entende que o suporte formal para a instauração deste Processo Disciplinar, a Sindicância nº 052/86, cujo Sindicante, entendendo não haver infringência disciplinar, pediu o arquivamento dos autos. No entanto, as provas 'insubsistentes' serviram de acusação no presente Processo Disciplinar. Como prova de que não houve infringência à capitulação imposta no despacho indiciatório, o Ilustre causídico transcreveu parte dos interrogatórios dos então Sindicados e testemunhas.

4 - Que a Comissão Disciplinar laborou em um equívoco quando afirmou que o acusado é costumaz em transgressões específicas, no entanto concorda que a contumácia poderia ser genérica.

5 - Que o plantonista principal jamais deveria ter abandonado o posto, visto que existem normas expressas a respeito. Que houve distonia entre as normas expressas e a ordem do Sr. (...).

Analisando item a item da defesa apresentada pelo acusado (...), temos que reconhecer que seu Ilustre defensor cometeu um lapso ao laborar as razões de defesa, visto que embasou-se em uma peça eivada de falhas formais e imprestável para apreciação, visto que nula. O suporte para o Processo Disciplinar foi os autos da Sindicância nº 005/87-DPF.1/PPA/MS e não a Sindicância nº 052/86-DPF.1/PPA/MS, que foi anulada. Ademais, a Folha de Assentamentos Funcionais do Servidor é acrescida ao Procedimento apenas para que o julgador dose a pena a ser imposta, e não para a defesa se manifestar. No que tange ao item 2 supra numerado, o Ilustre causídico mais uma vez se enganou, visto que todas as oitivas foram precedidas de notificações, mormente as efetuadas através de Cartas Precatórias. Saliente-se o fato de que em razão da necessidade de serem notificados, os trabalhos foram protelados até que os acusados fossem pessoalmente notificados. Quanto a terceira alegação de que o Presidente da Sindicância nº 052/86 solicitou o arquivamento da mesma, nada podemos inferir, visto que, primeiro trata-se de um procedimento insubsistente e formalmente imprestável, e em segundo, o Sindicante não se ateve de que a infração era fato inconteste e a ele competia meramente formalizar o procedimento, em atenção as normas que regem a matéria. Quanto a quarta alegação, a defesa concorda que existe contumácia na prática de transgressões disciplinares; no entanto, discorda que sejam específicas. Aliás, basta lançar os olhos nas Folhas de Assentamentos Funcionais de (...), que saltam aos olhos a especificidade no 'modus' transgressional. Finalmente, entende que houve distonia entre a ordem expressa e a ordem verbal do Sr. (...), visto que pela ordem escrita o plantonista principal não deveria ausentar-se do plantão. Não se ateve novamente o causídico ilustre, que a ordem expressa partiu da mesma autoridade que propalou a ordem verbal. Portanto, capaz para alterar suas próprias determinações anteriores.

(...) apresentou sua defesa em tempo hábil, subscrita por seu defensor, Dr. (...), o qual alegou em síntese que:

1 - O despacho de Instrução e Indiciação não atendeu ao disposto no artigo 14 da IN nº 006/DG/86, visto que não foram apontadas as folhas onde poderiam ser encontrados os fundamentos das imputações.

2 - A Sindicância nº 005/87, foi instaurada para apenas atender formalidades legais e justificar a punição já anteriormente decidida.

3 - Ao acusado não foi deferida a palavra ao final de seu interrogatório, entendendo haver cerceamento de defesa.

4 - Entende haver capitulação diversa para cada indiciado, e que o despacho de Indiciação, generalizou as faltas para ambos.

5 - Entende não haver sido caracterizado a contumácia em faltas disciplinares, visto que (...) exercita o cargo há quase seis anos e neste tempo foi punido apenas com três faltas.

No que tange as alegações apostas no item primeiro, o Ilustrado defensor não se ateve que os autos da Sindicância nº 005/87-DPF.1/PPA/MS, são o suporte básico para o desenvolvimento de todo o trabalho desta Comissão portanto, nela consta o rol das acusações, que são sumamente visíveis. Neste processado adicionou-se a prática de contumácia. Basta lançar os olhos nos depoimentos das testemunhas (...) e (...). As infrações cometidas

poderiam ser enquadradas na chamada 'verdade sabida', visto que foram flagradas em plena prática. A punição era devida, mas necessário se fazia que o procedimento fosse formalmente instruído e que o Sindicato pudesse exercer o direito de defesa. No interrogatório do acusado, o mesmo não dispõe da palavra para aduzir elementos em sua defesa, visto que manifestou-se amplamente no curso da inquirição e teria a seu favor oportunidade ampla para se defender. Não há dispositivo legal que determine o deferimento da palavra ao indiciado. No que tange a capitulação imposta para ambos os indiciados foi em razão das mesmas descreverem perfeitamente cada indisciplina levada a efeito. Outras capitulações foram fixadas em razão das ações ou omissões levadas a efeito. Entende o Dasp, órgão normativo da Administração pública, que a contumácia se aplica logo após a segunda punição efetiva. Ademais, o indiciado (...), além das punições apontadas às folhas 311 a 314, possui outras Sindicâncias em andamento, além de ter praticado infrações disciplinares no curso deste apuratório.

Conclusão:

De tudo o que foi exposto nos presentes autos, forçoso nos é concluir que os Senhores indiciados responderam preliminarmente Sindicância sobre fatos incontestes, comportamentos transgressivos visíveis e palpáveis, sendo que o Sr. Sindicante meramente necessitou formalizar o procedimento, para que a Autoridade julgadora pudesse se manifestar administrativamente. Nos depoimentos das testemunhas que pessoalmente presenciaram aos fatos, ficou contundente a prática transgressiva prevista no despacho Indiciatório. A colocação de veículos no acesso desta Unidade Operacional e o abandono ao serviço para o qual estavam designados, constituem-se transgressões. Portanto deixaram de cumprir ou de fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e os regulamentos, comportamento este previsto no inciso XX do artigo 364 do Decreto 59.310/66. O próprio Chefe do Serviço de Operações havia determinado que (...) assumisse o plantão junto ao estacionamento, visto que normalmente existem veículos e cargas apreendidas. Abandonou sua posição, colocou seu veículo em local proibido e no interior do mesmo dormiu profundamente, conforme se deduz dos depoimentos de fls. 12, 47, 52, 73, 115, 280 e 293, entre outros depoimentos, certidões e despachos, todos uníssomos na descrição dos fatos.

Ordens da Delegacia Executiva abonadas pela Direção desta Casa Policial estabeleceram a forma comportamental dos Senhores plantonistas quando em efetivo trabalho. Portanto, ambos os indiciados infringiram o pressuposto do inciso XXIV do artigo 364 do nosso Ordenamento Disciplinar. Como consequência de tais práticas transgressivas, os Senhores indiciados trabalharam mal, intencionalmente ou por negligência, incidindo nas previsões do inciso XXIX do mesmo artigo supracitado. O ápice das transgressões impingidas na fatídica noite foi o abandono ao serviço para o qual estavam designados. O fato traduz seriedade tendo em vista tratar-se de uma Instituição Policial, onde acautelam-se presos, armas e documentos de grande relevância (Inciso XXIX, artigo 364, Decreto 59.310/66).

Finalmente, Senhores julgadores, restou amplamente provada a prática de contumácia levada a efeito por ambos os indiciados, visto que são Servidores com pouco tempo de serviço neste Departamento e já possuem um rosário de punições efetivas e outras tantas em andamentos, além de visíveis práticas transgressivas no curso deste apuratório. Relativamente

ao acusado (...), a contumácia é palpável, visto que o aludido Servidor recém concluiu o seu Estágio Probatório no Departamento de Polícia Federal. (...), caminha para o mesmo desiderato, visto que em seu passivo funcional, junjiu uma polpuda quantidade de punições conforme se denota do documento de fls. 177/178.

Face ao exposto, os Membros da presente Comissão Disciplinar entenderam em manter a capitulação imposta no despacho de Instrução e Indiciação, face às provas robustas carreadas para os autos, propugnando, s.m.j., pela demissão dos indiciados.

Irregularidades levadas a efeito no curso do procedimento pelos senhores indiciados: A Comissão de Processo Disciplinar reunida para a elaboração do relatório conclusivo deste apuratório, entendeu arrolar as irregularidades levadas a efeito no curso do procedimento, pelos Senhores indiciados, para que a Administração, com o seu dever correccional, após formal procedimento, se manifeste. No curso do processado, várias Cartas Precatórias foram expedidas, para que testemunhas fosse oitivadas em São Paulo/SP, Rio de Janeiro/RJ e Brasília/DF. Após este fato, os Senhores indiciados deveriam gozar férias regulares. Solicitou autorização verbal para ausentar-se por 30 (trinta) dias. Determinei-lhe que formulasse o pedido à Comissão, por escrito, e consignasse o seu endereço correto para fins de notificação quando das oitivas das testemunhas. No entanto a Comissão não foi consultada e o endereço fornecido por ambos os indiciados para a SO/DPF.1/PPA/MS, eram inidôneos e neles não foram encontrados para a notificação, ocasionando sérios transtornos para o andamento do apuratório, comportamento disconforme com o disposto no artigo 418 do Decreto nº 59.310/66. Posteriormente o indiciado negou-se a assinar citação para o interrogatório, ensejando transtorno para o andamento do Processo (fls. 269 a 271 verso). Citadas peças, a Comissão entende que devam ser extraídas deste apuratório, visando a análise e apreciação por parte da Administração desta Casa Policial.

É o relatório.

Proceda o Sr. Secretário a remessa dos autos, em três vias dentro de 24 horas ao Sr. Superintendente Regional. Ponta Porã/MS, 24 de Dezembro de 1987. Obs: Assinam os Membros da Comissão.”

6. Apresentado antedito Relatório Conclusivo à autoridade superior, no caso o Sr. Dr. Jameson Rodrigues, Superintendente Regional (em exercício) do Departamento de Polícia Federal, do Estado do Mato Grosso do Sul, este, em 13 de janeiro de 1988, por despacho (às fls. 376, dos autos do Processo nº 009/87-SR/MS), remeteu-o ao Dr. Nivaldo Cavalheiro, Delegado de Polícia Federal e Coordenador Regional Judiciário (em exercício) para análise e que assim se pronunciou em 13 de janeiro de 1988:

“Ref.: - Processo disciplinar - nº 009/87-SR/MS

Comissão de Disciplina: - DPF (...), APF (...) e APF (...)

Indiciados: - APF (...), Mat. 022.2021 e APF (...), Mat. 022.01495, lotados na DPF-1/PPA/MS.

Senhor Superintendente:

Estes autos de Processo Administrativo Disciplinar de nº 09/87-SR/MS, em um único volume, determinado pelo Ilmo. Sr. Superintendente Regional-SR/MS, iniciou-se em 17.09.87, após a publicação da Portaria designadora da Comissão em Boletim de Serviço (fls. 04), a republicação em Aditamento Semanal (fls. 179/180), sendo concluído em 24.12.87, no curso de segunda

prorrogação permitida pelo Art. 403 § 4º do Decreto 59.310/66. Apuraram-se no Processo infrações disciplinares atribuídas aos Agentes de Polícia Federal em referência, lotados na DPF-1/PPA/MS. Tanto a instauração do feito, quanto a sua conclusão foram devidamente comunicadas ao SF/CCJ. (fls. 153/375). Os trabalhos da Comissão foram instaurados na sede da DPF-1/PPA/MS. Ao Processo Disciplinar foi juntada a Sindicância nº 05/87-DPF-1/PPA/MS (fls. 05 a 104) e seu apenso. (fls. 105 a 150).

Às fls. 159 não ficou correta a designação de '1ª Ata de Reunião', o que faz supor que em uma única reunião teria havido várias atas, quando o certo é 'Ata da 1ª Reunião'. Os acusados foram devidamente notificados da instauração do feito, para que acompanhassem os atos processuais por si ou por procurador constituído. (fls. 155/156). Na oitiva das testemunhas e interrogatório dos acusados, foram atendidas as formalidades legais. Aos autos foram juntados os assentamentos funcionais dos indiciados. (fls. 174 a 178). Encerrada a fase de apuração, a Comissão elaborou o Despacho de Instrução e Indiciação (fls. 311 a 314), apontando os incisos do art. 364 infringidos pelos acusados, bem como o art. 48 § 1º da Lei 4.878/65 e art. 383 § 1º do Decreto 59.310/66, dispositivos estes que ensejam demissão pela contumácia em transgressões disciplinares.

Às fls. 328/357 os acusados foram citados a apresentar defesa no prazo de 20 (vinte) dias, cabendo ressaltar que, não obstante o Indiciado (...) o tenha sido por Edital, o Presidente da Comissão o citou verbalmente antes da respectiva publicação no D.O.U., visto que o servidor reapareceu depois de estar em local ignorado pela Comissão. As peças de defesa de ambos os Indiciados acham-se às fls. 347 a 355 (APF (...)), e 361 a 364 (APF (...)). O Relatório final foi acostado às fls. 366 a 374. Atendidas as formalidades básicas e essenciais no feito, devem os autos serem encaminhados à CCJ para exame e decisão, em face de os acusados terem sido indiciados em dispositivos legais ensejadores de pena de demissão, sendo esta medida disciplinar da competência do Exmo. Sr. Presidente da República, conforme preconiza o art. 387, item I do Decreto 59.310/66."

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

7. De seqüência, o Sr. Dr. Jameson Rodrigues, à época Superintendente Regional de Polícia Federal do Estado do Mato Grosso do Sul (em exercício), proferiu nos autos do processo, o seguinte despacho, em 13 de janeiro de 1988.

"Os APFs (...) e (...) são nocivos à Instituição e comprometem o Departamento de Polícia Federal. O primeiro, em pouco mais de 3 anos, sofreu 5 sanções disciplinares. Foi novamente apenado após a conclusão deste Processo (BS nº 245, de 30/12/87, págs. 8/9) e aguarda-se a publicação da Portaria nº 042/87-SD/CRJ, onde lhe foram aplicados 20 dias de suspensão. Novas transgressões praticou no decorrer da apuração deste procedimento, conforme prova existente nos autos. O outro, de 1985 até a instauração deste PD, registra 3 punições em seus assentamentos funcionais. Aguardam-se as publicações das Portaria nº 042/87-SF/CRJ e 001/88-OSD/CRJ/SR/MS, nas quais foi suspenso por 20 e 16 dias, respectivamente. Também para tumultuar o Processo, comprova o apuratório que cometeu novas transgressões disciplinares. O Departamento de Polícia Federal só tem a ganhar com suas demissões. São irreversíveis. Isso posto, acolho integralmente o bem elaborado Parecer

apresentado pelo Ilmo. Sr. Dr. Coordenador Regional Judiciário, em exercício, determinando a remessa do PD à CCJ/DPF/BSA.”

8. Na Coordenação Central Judiciária da Polícia Federal, em Brasília aos 14 de março de 1988, o Delegado de Polícia Federal, Dr. Antônio Wilson Ribeiro, exarou o Parecer nº 043/88-SD/CCJ examinando o Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS, no seguinte teor:

“Abandono de serviço. Caracterização da contumácia. Proposta de demissão.

I. O Processo Disciplinar em análise foi instaurado, por determinação do Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado do Mato Grosso do Sul, com o objetivo de apurar a responsabilidade dos Agentes de Polícia Federal (...), matrícula 022.2021, e (...), matrícula 022.1495, pela prática da falta consistente no abandono do serviço de segurança física da Divisão do DPF em Ponta Porã/MS, assim como verificar a caracterização da contumácia de ambos os servidores na prática de transgressões disciplinares.

II. Segundo consta dos autos, cumpriam o plantão das 07:30 horas do dia 19 às 07:30 horas do dia 20 de novembro de 1986, na Divisão do DPF/PPA/MS, os APFs (...) e (...) estando os dois primeiros posicionados na recepção da DPF.1/PPA e o último, no pátio de estacionamento de viaturas. Por volta das 23:00hs do dia 19.11.86, o DPF (...) determinou ao APF (...) que fosse apanhar o Agente (...) e o levasse para a Divisão. Poucos instantes depois, encontrando-se sozinho, o APF (...) pediu ao APF (...) que deixasse o estacionamento e fosse substituí-lo na recepção, vez que precisava ausentar-se por alguns instantes. Sem se fazer de rogado, (...) abandonou seu posto e, após estacionar o automóvel de sua propriedade na entrada do prédio, acomodou-se num dos bancos do mesmo. Cerca de 23:30hs chegaram à Divisão os Delegados (...), diretor daquela descentralizada, e (...), lotado na DPMAF (Brasília) e em trânsito por Ponta Porã. Este último adentrou na DPF.1/PPA e logo percebeu que o único agente que ali permanecera se encontrava dormindo no interior do automóvel. Chamou o Dr. (...) que, constatando o completo abandono do serviço de segurança bateu várias vezes na capota do carro, acordando o APF (...). Em seguida chegou o APF (...), que exclamar um copo de leite, visto que sentira azia. O diretor da unidade do DPF, ao invés de, ele próprio, registrar a ocorrência, ditou-a para (...), que lançou no livro versão desvirtuada do que lhe falou aquela autoridade, consignando que o APF (...) ‘possivelmente’ dormia. Logo em seguida chegou o terceiro plantonista e o outro Agente que ele tinha ido apanhar, os quais assistiram, ainda, a reprimenda que o Dr. (...) passava em (...) e (...).

Instaurou-se, a princípio, a sindicância nº 052/86-DPF.1/PPA, que foi encerrada sem decisão de mérito. Posteriormente, foram instaurados a sindicância nº 05/87-DPF.1/PPA e, com base nela, o processo disciplinar ora em exame.

III. Sob o aspecto formal, observa-se que foi instaurado em 17.09.87 e concluído no oitavo dia do prazo prorrogacional previsto no art. 403, § 4º, do Decreto 59.310/66. A Portaria de instauração (fls. 2) foi publicada em Boletim de Serviço (fls. 171) e Aditamento Semanal (fls. 179). Iniciados os trabalhos (Ata de fls. 151), o Colegiado notificou os acusados (fls. 155 e 156) e prosseguiu com as diligências necessárias para concluir a fase instrutória. Finda esta, foi elaborado Despacho de Instrução e Indiciação de fls. 311/314, através do qual a Comissão imputa aos acusados o cometimento

das infrações disciplinares previstas no art. 364, incisos XX, XXIV, XXIX e XXXII, do Decreto 59.310/66.

Citado à fl. 315, o APF (...) apresentou a defesa de fls. 347/354. Por sua vez o APF (...), citado à fl. 328, ofereceu a peça defensiva de fls. 361/364. As Portarias que prorrogaram o prazo do Processo encontram-se às fls. 306 e 344, respectivamente. Foram feitas as comunicações exigidas pelo Serviço Disciplinar/CCJ, conforme os telex de fls. 153, 268, 360 e 375. O Colegiado não primou pela boa organização dos autos, sendo vejamos:

Como é fácil de se verificar, o prazo normal para conclusão deste Processo encerrou-se em 16.11.87. Em qualquer data anterior e antecedendo qualquer documento de 17.11.87, deveria existir um pedido de prorrogação e, se não a portaria, uma comunicação de que fora atendido. No entanto nada disso ocorre neste Processo. As prorrogações surgem como que por encanto. No item 4 da Ata de fls. 222/223, de 17.11.87, aparece, surpreendentemente, a notícia de que o prazo fora prorrogado e somente às fls. 227 encontramos o telex nº 1940/87-CART, de 06.11.87, com o pedido de prorrogação. A primeira impressão que tivemos é de que o prazo fora perdido e que o referido telex teria sido expedido com data anterior. Essa inversão da ordem natural das peças foi repetida quando da 2ª prorrogação. Dois dias depois de vencido o prazo da 1ª prorrogação, ou seja, em 18.12.87, reuniu-se a Comissão deliberando, dentre outras coisas, a juntada do Ofício 218/87-SD/CRJ (item 4 da Ata de fls. 329/340), que encaminhou a Portaria concedendo a prorrogação final. Dita Portaria é encontrada às fls. 344 e o respectivo pedido de prorrogação, às fls. 358/359. Da mesma forma que da vez anterior, o pedido e a Portaria de prorrogação possuem datas anteriores ao vencimento do prazo.

Interessante, também, os Mandados de Citação de fls. 271 e 307, através dos quais o acusado (...) é chamado a interrogatório. Esse chamamento é previsto como intimação e notificação, respectivamente, nos artigos 415 e 417 do Decreto 59.310/66. Já a Citação para defesa (art. 419 do mesmo Decreto) foi feita através de ciência em um mero despacho, conforme se vê às fls. 315, quando é usual no DPF fazê-la por mandado, com requisitos iguais aos previstos no art. 353 do CPP, empregado subsidiariamente, como determina o art. 1º da Instrução Normativa nº 006/86-DG. Todavia, tais falhas não implicam na anulação do Processo, já que não houve prejuízo para a defesa.

IV. Apesar do volume dos autos, verificamos que as provas essenciais são, como não poderiam deixar de ser, os depoimentos dos Srs. (...) e (...), que flagraram a irregularidade objeto desse apuratório. Os indiciados, em suas respectivas defesas, negam que tenham abandonado o serviço ou descumprido as determinações contidas na Ordem de Serviço que regulamenta o plantão da Divisão do DPF em Ponta Porã e alegam ser descabível aplicar-lhes o instituto da contumácia. No mérito, discordamos do Colegiado apenas no tocante à indicição dos acusados por descumprirem leis e regulamentos (art. 364, XX, do Decreto 59.310/66). Só genericamente isso ocorreu, visto que sendo o nosso Regime Jurídico um Regulamento, a infração a qualquer de seus artigos implica no seu descumprimento.

Todavia as ações praticadas pelos APFs (...) e (...) na noite do dia 19.11.86, quando estavam de plantão, se enquadram nos itens XXIV, XXIX e XXXII do mesmo artigo e Decreto acima mencionados, conforme entendeu o Colegiado. Uma vez que a sanção corresponde ao item XXIV (repreensão) é absorvida pela dos dois incisos restantes, a pena cabível seria a suspensão.

Ocorre que, com propriedade, os faltosos funcionários foram considerados contumazes e dessa acusação se defenderam. Consultando-se os assentamentos funcionais de (fls. 174/176) verifica-se que, desde sua posse em 16.08.84 até a ocorrência em apuração - 19.11.86,(...) foi punido 5 vezes. Já o APF (...), foi punido por 3 vezes em 4 anos (fls. 177/178). A defesa alega que, não tendo a lei fixado critérios para se aplicar a contumácia, não pode o administrador adotá-los a seu talante e, em consequência, se torna inviável se propor demissão com base no artigo 383, § 1º, do Decreto nº 59.310/66.

Diversamente, entendemos que a legislação deixou ao critério do administrador o uso do multicitado instituto, porque ninguém melhor do que ele terá condições de avaliar se o servidor é recalcitrante e irrecuperável. No presente caso, a avaliação do dirigente regional do DPF no Mato Grosso do Sul parece ter sido correta, eis que além das faltas dos indiciados serem da mesma natureza (trabalhar mal ou abandonar o serviço) um deles voltou a transgredir o Regime Jurídico do DPF, segundo noticiam os Boletins de Serviço nº 011, de 18.01.88 e 025, de 05.02.88 que publicam as penas de 20 e 16 dias de suspensão aplicadas ao APF (...). Isto posto, devidamente provadas as infrações cometidas pelos APF (...) e (...) durante o serviço de plantão que tiravam e comprovada a contumácia através de seus respectivos assentamentos funcionais e, inclusive, posterior conduta, concordamos com o Colegiado e com as autoridades regionais que se pronunciaram nos presentes autos, razão pela qual sugerimos o encaminhamento deste Processo ao Ministério da Justiça com proposta de demissão dos indiciados com base no artigo 383, § 1º do Decreto nº 59.310/66.”

9. Após o parecer acima transcrito, os autos do Processo Disciplinar foram remetidos aos Drs. João Batista Campello, Coordenador Central Judiciário e ao Dr. Romeu Tuma, Diretor-Geral de Polícia Federal, tendo esta última autoridade, aos 16 de março de 1988, remetido todo o processado ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça.

10. Na Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, mereceu, da lavra da Dra. Maria Lúcia Malta, advogada à disposição de sobredito órgão jurídico, o seguinte Parecer/DPF/CG/nº 113/88, exarado aos 30 de maio de 1988, nos seguintes termos, no essencial:

“I - Cuidam, estes autos, sobre o processo disciplinar instaurado para apurar faltas atribuídas aos Agentes de Polícia Federal (...) e (...), objeto das Sindicâncias nºs 005/87 e 052/86, que concluíram pela prática de transgressões disciplinares, cometidas pelos supra citados AFPs, quando em serviço no plantão do dia 20/11/86, por volta das 23:50 hs, na Divisão de Polícia Federal em Ponta Porã/MS. Nesta ocasião, o APF(...) foi encontrado dormindo no interior de seu veículo, que estava estacionado em frente àquela DPF.1/PPA/MS, e o APF (...) encontrava-se ausente do serviço de plantão, sem justificativa plausível. Flagraram os APFs em comportamento irregular o Delegado de Polícia Federal, Dr. (...), lotado na Divisão de Polícia Fazendária em Brasília/DF e o Dr. (...), também Delegado de Polícia Federal, lotado na Superintendência Regional do Rio de Janeiro.

II - 1. O Departamento de Polícia Federal, por sua Superintendência Regional no Estado de Mato Grosso do Sul, instaurou processo disciplinar para apurar faltas atribuídas aos Agentes de Polícia Federal (...) e (...). Segundo os autos, os mencionados policiais no plantão do dia 19 de novembro de 1986, foram surpreendidos em comportamento irregular quando, por volta das 23:00 hs, os DPFs. (...) e (...) e chegaram àquele posto

policial e lá não encontraram o APF (...), responsável pelo serviço do plantão, que teria saído para ir a um bar das proximidades tomar um copo de leite, pois não se sentia bem do estômago, enquanto o APF (...), que teria ficado no lugar do outro que se ausentara, estava dentro de seu carro particular, dormindo.

2. As provas coligidas, não deixam dúvidas a respeito do comportamento irregular dos indiciados. Entretanto, tal fato não seria, realmente, de maior gravidade, não fora a extensa folha de punições aplicadas a ambos.

3. A defesa do APF (...), oferecida nos autos, veio despida de procuratório, entendemos, contudo, ser um formalismo supérfluo, que de certo modo não infirma o processo, dado que, percebe-se que o Recorrente quis apresentá-la mediante advogado, por não se encontrar qualquer pronunciamento contrário a indicação do causídico. E José Armando da Costa oferece-nos, a propósito, o seguinte magistério:

‘O ato processual disciplinar somente será considerado nulo quando as suas irregularidades formais atentarem contra os interesses da Administração ou do servidor acusado’. (Teoria e Prática do processo Administrativo Disciplinar, Ed. Saraiva, 1987, pág. 274).

4. As nulidades argüidas pela defesa desse acusado, não se revestem de funcionamento, sendo improcedente a censura apresentada quanto ao alegado cerceamento de defesa. A primeira afirmativa constante da referida peça destoa do contido no art. 416 § 2º, do Decreto nº 59.310, de 27 de janeiro de 1966. Ainda que estivesse acompanhado de defensor, a esse é vedado intervir no interrogatório. Quanto à segunda afirmativa verificamos também, ao exame dos autos, que se reveste de total fragilidade. Consta às fls. 221 a notificação datada de 03 de novembro de 1987 para audiência a se realizar em 10 de novembro de 1987, prazo bastante para comparecer ao referido ato. Se não compareceu foi porque não quis, via de conseqüência, a nulidade apontada não beneficia a quem lhe deu causa.

5. No mais, o aduzido pela defesa com relação a contumácia, não se deve e nem se pode levar em consideração haja visto o contido nos assentamentos deste policial.

6. A defesa do APF (...) argüiu a nulidade do processo criticando o despacho de instrução e indicição que teria impossibilitado o exercício da plena defesa por não ter obedecido ao contido no art. 14, da IN nº 006/DG Brasília/DF/86. Improcedente a censura, pois aquele despacho bem caracterizou as imputações de maneira que este indiciado pudesse se defender das tipificações a ele imputadas. Tal despacho, sem dúvida válido, se evidencia mais que suficiente para atingir o seu fim. No mérito, a defesa perdeu-se no exame da matéria não conseguindo justificar de forma plausível a transgressão cometida, e igualmente não escapando a caracterização da contumácia.

7. O Parecer nº 043/88-SD/CCJ, acostado às fls. 384, com clareza e minúcia examina o processo. Concordamos com a colocação do dito Parecer que discorda do Colegiado quanto a ‘indicição dos acusados por descumprirem leis e regulamentos (art. 364, XX, do Decreto 59.310/66)’.

8. Quanto ao cerceamento de defesa alegado pelos indiciados, tomamos a lição de Hely Lopes Meirelles:

‘... por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, com a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade

para contestar a acusação, produzir provas de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. (Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Ver. dos Trib., 1979, pág. 658).

9. Com referência a demissão proposta para os APFs (...) e (...), com observância no disposto no art. 383, § 1º do Decreto nº 59.310/66, é absolutamente impossível deixar de acatar. E é ainda José Armando da Costa, quem nos oferece judicioso magistério a respeito: 'Materialmente, a contumácia traduz a insistência ou recalcitrância do funcionário na prática de transgressões disciplinares'. (Teoria e Prática do Direito Disciplinar, Ed. Farense, 1981, pág. 300).

Não há que se permitir que dois policiais com tão pouco tempo de exercício na função continuem transgredindo tão freqüentemente leis e regulamentos, sob pena de o Administrador ser acusado de omissão, ou ainda, de cúmplice, e vir a responder por isto. O comportamento adotado pelos indiciados no transcorrer do processo não nos deixa margem de dúvida para afirmar que lhes faltam a honestidade e a idoneidade que devem nortear o caráter de um policial. Um exemplo do que ora se atesta, está ratificado pelo teor dos documentos de fls. 214, 201/202 e 253, dentre outros. Considerando-se que suas folhas de assentamento não sejam 'cartões de visita' dos melhores que se possa apresentar, esperava-se que, em um processo disciplinar, perante um Colegiado, agissem com a lisura necessária.

10. Por todo o exposto, cabível, data venia, a demissão dos Agentes de Polícia Federal (...) e (...), com base no previsto pelo artigo 383, § 1º, do Decreto nº 59.310/66."

11. Aprovado o parecer, o Dr. Paulo Sotero Pires Costa, Secretário-Geral (substituto) do Ministério da Justiça, após seu de acordo e determinou que o Departamento de Pessoal elaborasse a minuta do decreto de demissão dos dois servidores e a respectiva Exposição de Motivos.

12. Por despacho, datado de 11 de julho de 1988, os autos do processo foram remetidos à Secretaria de Administração Pública da Presidência da República-Sedap para exame, tendo merecido o Parecer de nº 261/88, datado de 14 de setembro, da lavra da Dra. Alexandrina Batista de Oliveira (Assessora), com o de acordo do Dr. Wilson Teles de Macêdo, à época Coordenador de Legislação de Pessoal, hoje, ilustre Consultor da União, e, também, a aprovação do Dr. Marcondes Mundim Guimarães, nos seguintes dizeres:

"Trata-se de demissão de (...), matrícula nº 022.2021, 2ª classe, Padrão I, e (...), matrícula nº 022.1495, 2ª classe, Padrão II, ocupantes do cargo de Agente de Polícia Federal, da Carreira Policial do Departamento de Polícia Federal, com base no § 1º do art. 383.

2. A proposta de demissão decorre do fato de serem contumazes na prática de transgressões disciplinares.

3. O fato imputado aos acusados está devidamente apurado no Processo Administrativo em exame, tendo sido oferecida ampla oportunidade de defesa, afastada a hipótese de vício que possa invalidá-lo.

4. Diante dos elementos de convicção constantes dos autos, e em vista do entendimento da Consultoria Geral da República, firmado no sentido de que as decisões das comissões de inquérito devem ser acatadas, se não forem contrárias às provas dos autos (Parecer nº H. 458, de 6.1.67, publicado no Diário Oficial de 20.2.67), concordamos com a demissão dos acusados.

5. O ato expulsivo deverá ser fundamentado no § 1º do art. 383, do Decreto nº 59.310, de 1966. É o parecer, que submeto à consideração do Senhor Coordenador de Legislação de Pessoal.”

13. A Exposição de Motivos nº 100, de 26 de setembro de 1988, dirigida ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, assinada pelo Exmo. Sr. Ministro Aluísio Alves, Ministro-Chefe da SEDAP, continha o seguinte:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República No presente processo, propõe-se a demissão de (...), matrícula nº 022.2021, 2ª classe, Padrão I, e (...), matrícula nº 022.1495, 2ª classe, Padrão II, ocupantes do cargo de Agente de Polícia Federal, da Carreira Policial do Departamento de Polícia Federal.

2. O assunto foi devidamente estudado pela unidade especializada deste Órgão, estando a medida proposta em condições de ser efetivada.

3. Diante do exposto, submeto o assunto à elevada consideração de Vossa Excelência e opino pela assinatura do presente projeto de decreto, elaborado nesta Secretaria, podendo o processo, a seguir, ser encaminhado ao Ministério da Justiça. Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência meus protestos de elevado respeito.”

14. Seguiu-se o ato demissório assinado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, à época, o Dr. José Sarney, aos 03 de outubro de 1988, assim redigido:

“O Presidente da República, de acordo com o art. 383, § 1º, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966, e tendo em vista o que consta do Processo nº 08339.1305/86-81, do Ministério da Justiça, resolve demitir (...), matrícula nº 022.2021, 2ª classe, Padrão I, e (...), matrícula nº 022.1495, 2ª classe, Padrão II, ocupantes do cargo de Agente de Polícia Federal, da Carreira Policial do Departamento de Polícia Federal, em virtude de contumácia na prática de transgressões disciplinares.

Brasília, em 03 de outubro de 1988; 167º da Independência e 100º da República.”

15. Ao depois, aos 27 de junho de 1991, ainda no âmbito do Ministério da Justiça, o Dr. Sérgio Ernesto Kopp, ao examinar o Processo de Revisão nº 08335.002368/85-00 (ref. Proc. Disciplinar nº 009/87/SR/DPF/MJ), de interesse de (...), exarou o Parecer CJ nº 255/91, cuja transcrição abaixo é feita na íntegra:

“Processo de revisão nº 05/91-1ª CPD/CCJ Apensos: Processo nº 08335.002365/85-00 Processo Disciplinar nº 09/87/SR/DPF/MS

Interessado: Secretaria de Polícia Federal (Excelentíssimo Senhor Presidente da República - APF(...)).

Assunto: Revisão do Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS, que culminou com a pena de demissão, pela prática de reiteradas transgressões disciplinares (contumácia).

Ementa: Polícia Federal. Contumácia. Revisão do Processo Disciplinar que culminou em demissão. Inocorrência de vícios processuais. Para caracterizar a contumácia é necessário existir pelo menos duas transgressões disciplinares. Pela improcedência da revisão. Através de despacho do Ilmo. Sr. Chefe do Gabinete do Ministro (fls. 29), é o presente encaminhado a esta Consultoria Jurídica para exame e parecer, no que tange à revisão do Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, na forma proposta pelo Parecer CJ nº 147/90, aprovado pelo Titular desta pasta (fls. 141 a 146, e 147, respectivamente, do Processo nº 08335.02365/85-00 -

apenso), o qual culminou com a pena de demissão de (...), publicação no DOU, Seção II, de 04.10.88, conforme se comprova às fls. 410 e 411 verso, do Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS, em apenso.

2. Entretanto, para melhor compreensão da presente revisão, faz-se necessário um breve histórico das ocorrências mais importantes que foram registradas:

Do processo nº 08335.2365/85-00 (Estágio probatório)

2.1. Instaurou o Processo nº 08335.02365/85-00, para avaliação de desempenho de (...), no Estágio Probatório;

2.2. No âmbito de competência do DPF, o referido servidor obteve parecer contrário com relação a sua confirmação do Estágio Probatório (fls. 02), haja vista que me apenas 9 (nove) meses de exercício, já contava com várias transgressões disciplinares de natureza grave;

2.3. Despacho do Diretor da Divisão de Legislação de Pessoal do DPF, em 25.09.85 (fls. 79 - processo apenso), encaminhando o mesmo a este Ministério, com minuta de decreto de exoneração 'ex officio' do servidor;

2.4. Despacho do Diretor da Divisão de Legislação de Pessoal/MJ, em 29.09.86 (fls. 81 - processo apenso), propondo, preliminarmente, fosse ouvida a Secretaria de Recursos Humanos da SEDAP);

2.5 Parecer Nº 165/87, de 05.03.87, da Secretaria de Recursos Humanos/Sedap, devidamente aprovado pelo dirigente daquele órgão, concluindo pela exoneração do servidor com fulcro nos arts. 28 e 29 do Decreto Nº 59.310/66 (fls. 82/83 - processo apenso);

2.6. Após os autos terem sido restituídos a este Ministério, a Divisão de Legislação de Pessoal, ao elaborar o Parecer nº 71/87, propôs a audiência desta Consultoria Jurídica, com a ressalva de que o período do Estágio Probatório do servidor, expirou-se em 16.08.86, razão pela qual, não mais poderia o mesmo ser exonerado 'ex officio' pela prescrição do referido estágio, que é de dois anos (fls. 87 a 91 - processo apenso);

2.7. Parecer DPE/CJ nº 56/88, opinando pela confirmação do servidor no cargo, bem como propondo a anulação das três punições que o mesmo sofrera durante o Estágio Probatório (fls. 94 a 100 - processo apenso);

2.8. Despacho do Sr. Ministro acolhendo o parecer retromencionado, e, determinando a remessa dos autos ao DPF, para as providências necessárias (fls. 102 - processo apenso);

2.9. Despacho do Chefe de Serviço de Administração de Pessoal do DPF, em 25.11.88 (fls. 104 - processo apenso), comunicando que o servidor (...) foi demitido do Quadro Permanente daquele Departamento em 04.10.88, de acordo com o art. 383, § 1º, do Decreto Nº 59.310/66 (contumácia), conforme restou apurado no Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS;

2.10. Parecer nº 249/88-SD/CCJ, de 26.12.88, devidamente aprovado no âmbito do DPF, solicitando o reexame das 3 (três) punições anuladas, por parte deste Ministério (fls. 123 a 126 - processo apenso);

2.11. Parecer CJ Nº 147/90, de 10.05.90, devidamente aprovado no âmbito deste Ministério, determinando a revisão do Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS, que culminou com a demissão do servidor pela prática da contumácia (fls. 141 a 146 - processo apenso);

Do processo disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS

- 2.12. Portaria Nº 24/87-SD/CRJ, em 08.09.87, do Sr. Superintendente Regional do DPF/MS, constituindo Comissão Disciplinar, para apurar irregularidades, bem como também verificar a prática de contumácia por parte de (...) e (...) (fls. 02);
- 2.13. Foram juntadas as sindicâncias nº 005/87-DPF.1/PPA/MS e nº 052/86-DPF.1/PPA/MS (fls. 05 a 150), que instruem o Processo Disciplinar nº 009/87/SR/DPF/MS;
- 2.14. Notificação ao APF (...), cientificando-o sobre o processo disciplinar a que responde na qualidade de acusado (fls. 155);
- 2.15. Foram juntados os Assentamentos Funcionais dos indiciados (fls. 174 a 178);
- 2.16. Foram realizadas as oitivas das seguintes testemunhas: a) APF (...) (fls. 188 a 190); b) DPF (...) (fls. 198 a 200); c) DPF (...) (fls. 231 e 293/294); d) APF (...) (fls. 232 e 240/241); e) DPF (...) (fls. 250 anverso e verso);
- 2.17. Foram interrogados os acusados (fls. 300 a 303 e 308 a 310);
- 2.18. Despacho de instrução e indicição, qualificando ambos os acusados, como incurso nos artigos 48, § 1º da Lei nº 4.878/65 e 383, § 1º do Decreto nº 59.310/66;
- 2.19. Os acusados foram citados para apresentarem razões de defesa (fls. 315);
- 2.20. Foi solicitado pelo APF(...), fotocópia do Processo Disciplinar, sendo-lhe deferido (fls. 325);
- 2.21. Defesa escrita apresentada pelos acusados (fls. 347 a 355 e 361 a 364);
- 2.22. Relatório final da Comissão de Disciplina (fls. 366 a 374), mantendo a capitulação aos acusados, conforme despacho de instrução e indicição, pois, caracterizada a contumácia.
- 2.23. Despacho nº 011/88-GAB/SR/MS, em 13.01.88, do Sr. Superintendente Regional determinando a remessa dos autos à Coordenadoria Central Judiciária, com proposta de demissão dos servidores, pela prática de transgressões disciplinares (fls. 381/382);
- 2.24. Parecer Nº 043/88-SD/CCJ, em 14.03.88, sugerindo a pena de demissão dos indiciados com base no art.383, §1º, do Decreto nº 59.310/66 (fls. 384 a 390);
- 2.25. O parecer retromencionado foi aprovado no âmbito das autoridades superiores do DPF, e, em seguida, foi efetuada a remessa dos autos ao Ministério da Justiça (fls. 392);
- 2.26. Parecer DPE/CJ/Nº 113/88, em 30.05.88 propondo a demissão dos servidores indiciados (fls. 392);
- 2.27. O parecer retro foi aprovado pelo Consultor Jurídico, sendo em seguida, elaboradas as minutas de decreto e exposição de motivos pelo Departamento de Pessoal, e, encaminhadas à Secretaria Geral (fls. 404 e 405);
- 2.28. Despacho do Sr. Secretário-Geral, em 11.07.88, determinando que antes de serem os autos submetidos à apreciação do Sr. Ministro, fosse ouvida a SEDAP (fls. 406);

2.29. Parecer nº 261/88, da Secretaria de Recursos Humanos/SEDAP, devidamente aprovado pelas autoridades superiores daquela Secretaria, no sentido de se aplicar a pena de demissão aos indiciados (fls. 408);

2.30. Exposição de Motivos nº 100, de 26.09.88, do Exmo. Sr. Ministro-Chefe da Secretaria de Administração (fls. 409), submetendo o assunto à consideração do Exmo. Sr. Presidente da República, com proposta de demissão dos servidores em tela;

2.31. Decreto do Exmo. Sr. Presidente da República, de 03.10.88, demitindo (...) e (...), da Carreira Policial Federal do DPF, com fulcro no art. 383, § 1º, do Decreto nº 59.310/66, em virtude de contumácia na prática de transgressões disciplinares (fls. 410);

2.32. Verifica-se, às fls. 411 verso, que o referido decreto foi publicado no DOU, Seção II, pág. 5896, de 04.10.88;

Do proceso de revisão nº 05/91-1a. CPD/CCJ

2.33. Portaria nº 0087-DPF, de 05.03.91, do Sr. Diretor-Geral designando comissão para promover a revisão do Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, que resultou na demissão de (...), em cumprimento à determinação do Sr. Secretário-Executivo do Ministério da Justiça, contida no despacho exarado às fls. 147, do Processo nº 2365/85-00-SR/DPF/MS (fls. 02);

2.34. Notificou-se o Sr.(...) da instalação da Comissão para promover a revisão do Processo Disciplinar (fls. 14);

2.35. Relatório da Comissão Revisora concluindo pela 'anulação do Decreto de Demissão do Ex-APF (...), cuja cópia se encontra às fls. 122, devendo todo o processado retornar ao DPF\MS, através de instauração de um outro, incluindo-se neste, então, penalidades que não foram abrangidas por aquele, para possível caracterização da contumácia, prevista no § 1º, do art. 383, do Decreto 59.310/66' (fls. 19 a 24);

2.36. Despacho nº 772/91-CCJ/AS, do Sr. Coordenador Central Judiciário, em 04.06.91, opinando pelo encaminhamento dos autos ao Ministério da Justiça, e, discordando do entendimento da Comissão de Revisão, haja vista que a contumácia, por ser uma pena acessória, não é capaz de provocar por si só, novo procedimento disciplinar (fls. 26/27);

2.37. Despacho nº 030, de 04.06.91, do Sr. Secretário de Polícia Federal, aprovando a manifestação do Sr. Coordenador Central Judiciário (fls. 28).

É o relatório.

03. Preliminarmente, verificamos que apesar de anuladas as três punições que o mesmo sofrera durante o Estágio Probatório, mesmo assim, o ex-APF continuou a praticar reiteradas transgressões disciplinares, ignorando por completo as normas daquele Departamento de Polícia Federal. Sua vida funcional esteve recheada por uma série de punições, demonstrando sua total inaptidão e incompatibilidade à conduta de um policial federal.

04. Observamos que o citado ex-servidor, só não fora exonerado 'ex officio' durante o Estágio Probatório, por descuido da própria Administração, que deixou fluir o prazo de dois anos.

05. Com relação ao Processo Disciplinar que culminou com a sua demissão, verificamos que das provas carreadas, da clareza dos depoimentos das testemunhas, do acurado relatório da d. Comissão de Disciplina, da ficha de seus assentamentos funcionais, e do seu próprio comportamento durante

essa fase apuratória, onde comprovou-se ter ele agido de má fé, dificultando ao máximo as investigações, demonstraram claramente que o ex-servidor é irrecuperável.

06. Cumpre-nos registrar, que o processo acima referido foi conduzido na mais absoluta legalidade, proporcionando aos acusados ampla defesa nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, de modo que não encontramos qualquer vício que possa maculá-lo.

07. Quanto à conclusão da Comissão Revisora, permitimo-nos discordar da alegação de que duas penas de suspensão não caracterizariam a contumácia. O que está em jogo não é apenas a quantidade de transgressões disciplinares, mas também e, sobretudo, o perfil de um ex-policia federal que, lamentavelmente, não se adaptou às normas daquele Departamento.

08. Mesmo em que pese terem sido anuladas três punições, ainda assim, subsistiram outras duas, sem levar em conta mais outras três que foram supervenientes ao relatório da d. Comissão de Disciplina, conforme se constata na certidão acostada às fls. 393/394 do Processo nº 009/87-SR/DPF/MS.

09. Recorrendo à doutrina verificamos que a contumácia não se prende precisamente na quantidade de transgressões disciplinares. Não importa se forem duas ou mais. O importante é que deva ser mais de uma. O enfoque que o legislador quis dar a este tão relevado instituto, é a faculdade de atribuir à Administração, o poder de punir com demissão àqueles servidores rebeldes, que insistem e teimam em não se adaptarem às exigências da moralidade e disciplina desse conceituado órgão que é a Polícia Federal, comprometendo seu bom nome, sob risco de cair em descrédito.

10. Neste sentido, comenta José Armando da Costa, in Teoria e Prática do Direito Disciplinar, 1ª edição, 1981, pág. 303: 'A Administração Pública não só deve ser moralizada, organizada e disciplinada, como também tem a obrigação de manter essa boa imagem, no seio da coletividade a que serve'.

11. Por todo o exposto, opinamos pelo encaminhamento do presente à consideração do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, com proposta da manutenção do decreto expulsório de (...) por entendermos ser improcedente a revisão."

16. Em data de 18 de agosto de 1991, a Dra. Rosa Maria de Guimarães Fleury, Coordenadora CEP/CJ//MJ contrariando o pronunciamento acima estampado, assim se manifestou (*in verbis*):

"Processo nº 08204-079/91-78 (Apenso: 08339-1305/86-81 e 08335-02365/85-00)

Interessado: Departamento de Polícia Federal.

Assunto: Revisão do Processo Disciplinar nº 009/87-SR/MS, que ensejou a demissão do APF (...), em virtude de contumácia na prática de transgressões disciplinares.

Senhor Consultor Jurídico:

Trata-se de espécie de revisão do processo disciplinar nº 009/87-SR/MS, efetivada por comissão legalmente constituída através da Portaria nº 0087/91-DPF, do Sr. Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal.

Concluído o processo revisional, propôs a Comissão, 'por se tratar de medida de todo aconselhável, a anulação do Decreto de Demissão do Ex-APF (...) cuja cópia se encontra às fls. 122, devendo todo o processado retornar ao DPF, em seguida, para ser feito o Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, através da instauração de um outro, incluindo-se neste, então, penalidades que não foram abrangidas por aquele para possível caracterização da contumácia, prevista no § 1º, do art. 383, do Decreto 59.310/66' (fl. 24).

Do relatório final da Comissão entendo oportuna a transcrição do seguinte:

'Verifica-se, pois, que a demissão por contumácia do APF estribou-se em 05 (cinco) punições, das quais 03 (três) já haviam sido anuladas quando da edição do ato expulsório. Restaram, então, no Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS apenas 02 (duas) penas de suspensão, o que, segundo a melhor doutrina, não caracteriza a contumácia no cometimento de transgressões disciplinares. Anote-se que além dessas penalidades citadas ocorreram outras 03 (três), todavia, só se efetivaram após a instauração do procedimento e por isso não foram nele incluídas. A situação que se apresenta é, no mínimo, temerária, já que o ato editado pelo Exmo. Sr. Presidente da República não tem, s.m.j., sustentação legal, estando sujeito, por essa razão, a qualquer momento ser questionado administrativamente e/ou judicialmente.

Compulsando os autos verifica-se que subsistem, hoje, em desfavor do expolicial (...) as seguintes punições:

- 1) Portaria nº 024/85-DPF.1/PPA/MS - 10 (dez) dias de suspensão, por ter, após desobedecer sinalização de trânsito em trecho parcialmente impedido, se alterado com policiais rodoviários do 2º Pelotão Rodoviário da PM/SP, de serviço no km 572 da Rodovia SP-270 resultando na sua condução à Delegacia de Polícia Civil em Presidente Prudente/SP, onde teve, inclusive, apreendido o veículo de sua propriedade;
- 2) Portaria nº 027/86-DPF.1/PPA/MS 05 (cinco) dias de suspensão, por ter empreendido perseguição pela cidade, a um motociclista, com que, há algum tempo, havia se alterado por problemas de trânsito tendo, inclusive, praticado agressões físicas ao perseguido quando de sua abordagem;
- 3) BS 203, de 28.10.87 - O Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul, através da Portaria nº 26/87-SR/DPF/MS, decidindo a sindicância nº 08/87-DPF.1/PPA/MS, resolve aplicar ao nominado a pena disciplinar de 20 (vinte) dias de suspensão, por infringência aos itens XVII, XXIV, XXX e XXXII, do artigo 364, do Decreto 59.310/66;
- 4) BS 245, de 30.12.87 - O Coordenador Central Judiciário, através do Despacho nº 1009/87-CCJ/AS, decidindo a Sindicância nº 04/89-DPF.1/PPA/MS aplicou a pena disciplinar de 01 (um) dia de suspensão, por infringência aos itens XVII e XXIV do artigo 264, do Decreto 59.310/66;
- 5) BS 011, de 08.11.88 - O Superintendente Regional do Departamento de Polícia Federal no Estado de Mato Grosso aplica ao nominado a pena disciplinar de 20 (vinte) dias de suspensão, por infringência aos itens VII, XX e XXIX do artigo 364, do Decreto nº 59.310/66'.

Examinados os autos pelo Sr. Coordenador Central Judiciário, este emitiu o Despacho nº 772/91-CCJ/AS (fls. 26/27), no seguinte teor:

‘A latere, discordamos da proposta da Comissão Revisora, no sentido de que deve todo o processado retornar ao DPF,..., para ser feito o Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, através da instauração de um outro, incluindo-se, neste, então, penalidades que não foram abrangidas por aquele para possível caracterização da contumácia, prevista no § 1º, do art. 383, do Decreto 59.310/66. Ocorre que a contumácia não está elencada como figura autônoma, capaz de provocar, por si só, apuratório disciplinar com pena expulsória, mas se verifica, como unidade acessória, na incidência de nova falta, desde que presentes os requisitos elencados no § 1º, do art. 383, do Decreto nº 59310/66. A propósito do tema, citamos o Parecer nº 65/79, do Dasp (Processos nºs 813/78 e 18815/79):

...28. Pelo exposto, e tendo em vista o que preceitua o § 1º do art. 48 da mencionada Lei 4878, de 1965 (poderá ser, ainda, aplicada a pena de demissão, ocorrendo contumácia na prática de transgressões disciplinares, qualquer que seja a natureza), ficou a contumácia caracterizada como uma forma qualificada ou agravada de reincidência, para imposição da pena de demissão. A continuidade, pois, na prática de ilícitos administrativos, faz com que o servidor se torne um insensível, um rebelde aos preceitos legais e regulamentares, impondo à administração um maior recrudescimento, quando da imposição de nova sanção disciplinar. Assim, para que o funcionário seja demitido com fundamento na contumácia, é necessário que já tenha sido punido por diversas vezes, para que se aumente a censurabilidade ao seu comportamento funcional.

29. Entretanto, na fase legislativa ou de cominação da pena, não se preocupou o legislador, ao introduzir a contumácia, em oferecer ao julgador, somente, uma agravante de natureza específica, inserida no texto legal, mas, também, em proporcionar-lhe uma maior flexibilidade no momento de impor a pena disciplinar máxima. Nesse instante, ele terá diante de si duas espécies de investigações: uma que diz respeito ao fato punível, em si, na sua objetividade, e, outra, que se dirige ao funcionário que a praticou, com referência à sua conduta funcional, principalmente, quanto ao ‘animus’ de transgredir. (Temas de Direito Administrativo, Dasp, 1980, Vol. V, pág. 196/207).

Assim, no exame da proposta referida, acerca do refazimento do Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, há que ser considerada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (art. 390, I, do Decreto nº 59.310/66) da falta principal apurada naquele processo. Pelo exposto, d.v., em sendo aprovada a proposta de declaração de nulidade do decreto de demissão do ex-APF(...), a instauração de novo processo, em face da contumácia, só será cabível diante de nova transgressão disciplinar’.” (fls. 26/29).

Em síntese, extrai-se que a demissão do APF (...) teve por suporte 05 (cinco) punições, das quais 03 (três) já haviam sido anuladas quando editado o ato demissório. Logo, não serve de motivação para a manutenção de pena expulsiva por contumácia, a existência de apenas 02 (duas) punições, a seguir descritas:

a) 10 dias de suspensão, por infração do disposto no art. 364, item VIII, do Decreto nº 59.310/66, em virtude de desobediência à sinalização de trânsito em trecho parcialmente impedido a alteração com policiais rodoviários do 2º Pelotão Rodoviário da PM/SP (Portaria nº 24/85, publicada no BS/005, de 08.01.86):

b) 05 dias de suspensão, por infração do disposto no art. 364, VIII, do Decreto nº 59.310/66, em decorrência de ter empreendido perseguição

pela cidade, a um motociclista, com quem já havia se alterado, há algum tempo, por problemas de trânsito (Portaria nº 02/86-GAB/DPF.1/PPA/MS, publicada no BS-233, de 04.12.86).

Como se vê, deram causa à demissão por contumácia apenas essas duas punições. Já seria isso bastante para ter-se como justificada a anulação do ato demissório, principalmente se considerado que somados os dias de suspensão perfazem apenas 15 (quinze) dias. Fora isso, existe, ainda, o fato de que as 03 (três) outras punições aplicadas ao APF são posteriores à instauração do processo disciplinar, razão por que não foram incluídas no apuratório.

A par dessas considerações, tem-se como correto ser concebida a contumácia como circunstância agravante, não como instituto revestido de autonomia para legitimar demissão de servidor por cometimento de apenas duas transgressões, a exemplo da hipótese aqui alvitada.

Examinados, pois, os elementos colhidos no presente procedimento revisional e aqueles constantes do processo disciplinar, bem como os existentes no estágio probatório (nº 08335-02365/85-00), estou por que razão assiste à Comissão Revisora e ao Coordenador Central Judiciário quando se permitem recomendar a anulação da pena demissória. A demissão em tela, cabe notar, foi lastreada no § 1º, do art. 383 do Decreto nº 59.310/66. Esse artigo estatui que *“poderá ser, ainda, aplicada a pena de demissão, ocorrendo contumácia na prática de transgressões disciplinares, qualquer que seja a natureza”*. Entretanto, contumácia não ocorreu na hipótese do processo disciplinar objeto da presente revisão. Ora, no caso, com a anulação de três, das cinco punições aplicadas ao servidor, restaram apenas duas como suporte da demissão aplicada, e duas punições, a meu ver, não são bastantes para a caracterização de contumácia e, muito menos, para a manutenção do ato demissório originados delas. Do exposto e considerando-se que *“a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais”* (Súmula STF nº 473), cabe recomendar seja anulado o ato de demissão do APF (...), promovendo-se sua reintegração no cargo anteriormente ocupado e *“restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos”*. (art. 436, do Decreto nº 59.310/66). Pelas razões expendidas, deixo de acolher o parecer retro.”

17. Aos 02 de agosto de 1993, o ex-servidor (...) encaminhou correspondência ao Deputado Federal (...) solicitando que interferisse junto à Polícia Federal para que fosse reintegrado no cargo de Agente de Polícia Federal, uma vez que o ex-servidor (...), demitido, também, pelo Decreto de 03 de outubro de 1988, conseguira reintegrar-se no referido cargo, por força de Processo de Revisão.

18. Referido parlamentar, da representação de São Paulo, em atenção ao pedido que lhe foi formulado, dirigiu-se ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, Maurício José Correa, em 16.9.93, hoje, ínclito Ministro do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Senhor Ministro, na oportunidade em que apresento meus cordiais cumprimentos, dirijo-me à presença de Vossa Excelência para apresentar o Sr. (...), ex Agente de Polícia Federal código PF - 505 - “A” - 21, nº de matrícula 022.1495. O mesmo requer de Vossa Excelência revisão de processo administrativo com vistas a reintegração nos quadros do D.P.F. No aguardo da Vossa melhor acolhida, valho-me da oportunidade para reiterar protestos de estima e consideração.”

19. Deixando de consignar neste estudo os despachos de expediente proferidos no âmbito do Ministério da Justiça, conducentes à instauração do processo revisional, devo

dizer que, pela Portaria nº 755/96 - DPF, de 7 de agosto de 1996, o Sr. Diretor do Departamento de Polícia Federal, Dr. (...), designou os Delegados de Polícia Federal (...), matrícula nº 2.324.493, e (...), matrícula nº 2.397.421, bem como o Perito Criminal Federal (...), matrícula nº 2.397.547, para, sob a presidência do primeiro comporem a comissão revisora do Processo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS, do qual resultou a demissão de (...) do cargo de Agente de Polícia Federal.

20. Esclareça-se que o Processo de Revisão tomou o nº 002/96-1ª CPD/CCJ e a Comissão Revisora, aos 21 de agosto de 1996, ofereceu o seguinte relatório (*verbis*):

“Relatório

O presente Processo de revisão foi instalado em 12.08.96, em cumprimento à Portaria nº 755/96-DPF do Sr. Diretor-Geral do DPF para proceder à revisão do processo disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS que resultou na demissão de (...), em cumprimento ao Despacho do Sr. Ministro da Justiça, fl. 58. Quer parecer a esta Comissão que a documentação que enseja o presente, fls. 03 ‘usque’ 58, apenas veio a este DPF para formalização do feito, uma vez que até o mérito do pedido já havia sido examinado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, através do Parecer nº 062/94 de fls. 33 ‘usque’ 35, Despacho nº 036/94, de fls. 36 ‘usque’ 38 e Parecer nº 037/96, de fls. 53 ‘usque’ 56.

Isto posto, foram adotadas as providências necessárias relativas à instalação da presente Comissão, designação de Secretário, notificação e oitiva do ex-servidor (...), autuação da Portaria de designação e apensamento do PD nº 009/87-SR/DPF/MS, objeto do presente Processo de Revisão e juntada dos assentamentos funcionais do referido ex-servidor, onde se observa o registro de outras penalidades, as quais, todavia, deixam de ser analisadas, uma vez que as penalidades noticiadas pelo PD nº 009/87-SR/DPF/MS é que devem ser apreciadas, uma vez que deram ensejo à pena de demissão do mesmo. Resta à presente Comissão encerrar o presente Processo de Revisão com a proposta de encaminhamento ao Ministério da Justiça para decisão, uma vez que concorda com os argumentos expendidos pela Consultoria Jurídica daquele Ministério no tocante ao excesso da pena aplicada ao requerente.”

21. Remetidos os autos do Processo de Revisão à Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, esta, por meio do Parecer CJ nº 076/96, de 10 de setembro de 1996, exarou o seguinte pronunciamento, da lavra do Dr. Sérgio Ernesto Kopp, Coordenador da CEP/CJ/MJ, que, modificando ex-abrupto o seu entendimento anterior, assim se pronunciou:

“Processo revisional nº 002/96-1ª CPD/CCJ (Proc. nº 08200.010389/96-63).

Apenso: Proc. disc. 009/87-SR/DPF/MS.

Interessado: Ex-APF (...).

Assunto: Revisão de processo disciplinar, que culminou com sua demissão.

Ementa: Polícia Federal. Processo de Revisão. Demissão lastreada com fulcro no instituto da contumácia. Reexame dos autos comprovam que a recalcitrância do ex-servidor no cometimento de infrações disciplinares foi interpretada de forma excessiva. Três punições não são suficientes para caracterizar a contumácia a qual longe de perfazer 90 (noventa) dias de suspensão, deve ser vista como causa de agravante e não de instituto autônomo para legitimar demissão de Policial Federal.

Dos fatos:

Trata-se de revisão do Processo Administrativo Disciplinar nº 009/87-SR/DPF/MS, através do qual o ex-Agente de Polícia Federal (...) requer sua reintegração.

02. Esta Coordenação já havia se pronunciado sobre a questão por ocasião de um pedido de reconsideração formulado pelo interessado (vide Parecer CJ nº 062/94, acostado às fls. 35/37, e Despacho CPP/CJ nº 036/94, que o acolheu), onde foi proposta a reintegração do servidor.

03. Contudo, na época, o Assessor Especial do Ministro exarou um despacho vazado nos seguintes termos: 'De ordem do Exmo. Senhor Ministro, solicito à essa Douta Consultoria Jurídica que se manifeste sobre o prazo prescricional, que é de cinco anos, inclusive tendo em vista que não há processo revisional formalizado, posto que a petição de fls. 19 (fotocópia) foi dirigida ao Exmo. Sr. Presidente da República, e cujo conhecimento foi dado a este Ministério pela correspondência juntada a fl. 01, ou seja, informalmente. Outrossim, manifeste-se sobre a competência desse órgão e deste Ministério para posicionar-se quanto à legalidade e equidade de ato praticado pelo Sr. Presidente da República, no exercício de atribuição que lhe é privativa'. (Vide fls. 40, verso).

04. Em virtude disso, esta Coordenação, reexaminando os autos emitiu novo parecer no qual, recebeu o pedido de reconsideração na modalidade de pedido de revisão, entendendo estar o recurso dentro do prazo legal de 05 (cinco) anos.

05. O aludido parecer (Parecer CJ nº 037/96, inserto às fls. 53/56) mereceu o aprovo do Sr. Consultor Jurídico e por sua vez, do Exmo. Sr. Ministro de Estado que determinou pelo processamento da revisão. Assim, uma vez processada na forma da lei, verifica-se que a D. Comissão Revisora após instruir o feito, entendeu que a penalidade aplicada ao servidor realmente foi excessiva, nos termos já expendidos por esta Consultoria Jurídica (vide fls. 89/90).

Do mérito:

06. Compulsando novamente os autos, verifica-se, agora sob o aspecto revisional, que o interessado na época em que foi demitido contava com apenas 03 (três) suspensões as quais, somadas, perfaziam 13 (treze) dias. Neste momento processo que respondeu, também foi demitido seu colega que contava com duas suspensões, as quais perfaziam 15 (quinze) dias.

07. Ocorre que esse seu colega (APF) (...) conseguiu sua reintegração quando foi revisto o mesmo processo disciplinar em questão. Nesse sentido, merece serem transcritos trechos do Despacho CEP/CJ nº 036/94, de minha antecessora:

'Julgo oportuno transcrever trechos do Despacho nº 772/91-CCJ/AS proferido pela Coordenação Central Judiciária do DPF quando examinou o pedido de Revisão do mesmo Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, formulado por, demitido juntamente com o ora requerente, pelo mesmo motivo e já reintegrado por que não caracterizada a contumácia, fundamento da demissão imposta.

Ocorre que contumácia não está elencada como figura autônoma, capaz de provocar, por si só, apuratório disciplinar com pena expulsória, mas se verifica, como unidade acessória, na incidência de nova falta, desde que presentes os requisitos elencados no § 1º, do art. 383, do Decreto número 59.310/66. A propósito do tema, citamos o Parecer nº 65/79, do Dasp (Processos nºs 813/78 e 18815/79):

...28. Pelo exposto, e tendo em vista o que preceitua o § 1º do art. 48 da mencionada Lei 4878, de 1965 (poderá ser, ainda, aplicada a pena de demissão, ocorrendo contumácia na prática de transgressões disciplinares, qualquer que seja a natureza), ficou a contumácia caracterizada como uma forma qualificada ou agravada de reincidência, para imposição da pena de demissão. A continuidade, pois, na prática de ilícitos administrativos, faz com que o servidor se torne um insensível, um rebelde aos preceitos legais e regulamentares, impondo à administração um maior recrudesimento, quando da imposição de nova sanção disciplinar. Assim, para que o funcionário seja demitido com fundamento na contumácia, é necessário que já tenha sido punido por diversas vezes, para que se aumente a censurabilidade ao seu comportamento funcional.

29. Entretanto, na fase legislativa ou de cominação da pena, não se preocupou o legislador, ao introduzir a contumácia, em oferecer ao julgador, somente uma agravante de natureza específica, inserida no texto legal, mas também, em proporcionar-lhe uma maior flexibilidade no momento de impor a pena disciplinar máxima. Nesse Instante, ele terá diante de si duas espécies de investigações: uma que diz respeito ao fato punível, em si,, na sua objetividade, e, outra, que se dirige ao funcionário que a praticou, com referência à sua conduta funcional, principalmente, quanto ao 'animus' de transgredir. (DAS, 1980 Vol. V, pág. 196/207).

Assim, no exame da proposta referida, acerca do refazimento do Processo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS, há que ser considerada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (art. 390, I, do Decreto nº 59.310/66) da falta principal apurada naquele processo. Pelo exposto, d.v., em sendo aprovada a proposta de declaração de nulidade do decreto de demissão do ex-APF(...), a instauração de novo processo, em face da contumácia, só será cabível diante de nova transgressão disciplinar.

Com efeito, a contumácia deve ser concebida como circunstância agravante, não como instituto revestido de autonomia para legitimar demissão de servidor por cometimento de apenas 03 (três) suspensões, que, somadas, perfazem 13 (treze) dias. (Fls. 177/178, do Processo Administrativo Disciplinar nº 09/87-SR/DPF/MS). Já seria isso bastante para ter-se como justificada a anulação do ato demissório. Entretanto, outro fato se apresenta.(...) (APF) demitido por força do mesmo processo e pela mesma razão, já foi reintegrado. Assim, em obediência ao princípio da igualdade há de ser conferido idêntico tratamento ao ex-servidor (...)'.

Conclusão

08. Deste modo, do minucioso exame dos autos e seu apenso, não tenho dúvidas em acompanhar o relatório proferido pela d. Comissão Revisora e, em consequência ratifico os entendimentos expendidos no Parecer CJ nº 062/94, DespachoCEP/CJ nº 036/94, e Parecer CJ nº 037/96, no que diz respeito ao mérito, para afinal propor a reintegração do ex-Agente de Polícia Federal. É o parecer que submeto à superior consideração."

22. Arrimando-se no antedito parecer, o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, Nelson A. Jobim, hoje, ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal, remeteu, aos 13 de setembro de 1996, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a Exposição de Motivos nº 526/MJ, acompanhada do projeto de decreto, que reintegraria o mencionado Agente de Polícia Federal aos quadros funcionais do Departamento de Polícia Federal.

23. Eis, então, abaixo reproduzidos a E.M. nº 526/MJ e o respectivo projeto de decreto:

“Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Cumpro o dever de submeter à elevada apreciação de Vossa Excelência o incluso projeto de decreto, objetivando reintegrar (...), matrícula nº 022.1495, no cargo de Agente de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Federal, deste Ministério, com fundamento nos arts. 150, 151 e 436, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966, regulamentador da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965. O procedimento revisional orientador da cogitada reintegração, revestiu-se das formalidades legais e, ao final, após as diligentes e minuciosas considerações da Comissão Revisora (fls. 89/90) e da Consultoria Jurídica deste Ministério (Parecer CJ nº 076/96 - fls. 92/95), concluiu-se que fosse declarada sem efeito a penalidade aplicada ao ex-servidor, por decreto presidencial de 3 de outubro de 1988, publicado no Diário Oficial da União, Seção II, de 4 subsequente, porquanto não caracterizada a contumácia prevista no art. 383, §1º, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966, fundamento da penalidade de demissão.”

“O Presidente da República, de acordo com os arts. 150, 151 e 436, do Decreto nº 59.310 de 27 de setembro de 1966, regulamentador da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, e tendo em vista o que consta do Processo nº 08200.010389/96-63 (Processo de Revisão nº 002/96 - 1aCPC/CCJ), resolve reintegrar (...) matrícula nº 022.1495, no cargo de Agente de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça, em razão da nulidade do decreto de 3 de outubro de 1988, publicado no Diário Oficial da União de 4 subsequente, porquanto não caracterizada a contumácia prevista no art. 383, § 1º, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966, fundamentado na penalidade de demissão.

Brasília, de de 1966; 175º da Independência e 108º da República.” (Minuta de decreto sugerida pelo Exmo. Ministro de Estado da Justiça).

24. Analisando a proposta ministerial, contida na referida exposição de motivos, a Subchefia para Assuntos Jurídicos, da Casa Civil da Presidência da República, emitiu a seguinte Nota nº 2839/96-SAJ/PR-JM, em 23.9.1996, *in verbis*:

“Nota nº 2839/96-SAJ/PR-JM

Assunto: Proposta de reintegração de (...), no DPF/MJ.

Referência: Processo nº 08200.010.389/96-63

Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos,

Trata-se de projeto de decreto, acompanhado da respectiva exposição de motivos, cujo objeto é a reintegração de (...) no cargo de Agente de Polícia Federal, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério da Justiça.

2. A proposta de reintegração em apreço é decorrente da revisão do processo disciplinar administrativo instaurado contra o servidor em comento, cuja conclusão da respectiva Comissão, nesta oportunidade, foi no sentido de propor a reintegração do postulante.

3. É oportuno registrar que nos termos da inclusa EM nº 526/MJ, de 13 de setembro de 1996, - ‘O procedimento revisional orientador da cogitada reintegração, revestiu-se das formalidades legais e, ao final, após as diligentes e minuciosas considerações da Comissão Processante (fls. 89/90), e da Consultoria Jurídica deste Ministério (Parecer CJ nº 076/96-fls. 92/95) concluiu-se que fosse declarada sem efeito a penalidade aplicada ao servidor, por decreto presidencial de 3 de outubro de 1988, publicado no Diário Oficial da União, Seção II, de 4 subsequente, porquanto não

caracterizada a contumácia prevista no art. 383, § 1º, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1996, fundamento da penalidade de demissão’.

4. Com efeito e para melhor compreensão da matéria, torna-se de bom alvitre reproduzir as considerações da Comissão Processante a que alude a supramencionada EM nº 526/MJ, de 13.09.96, as quais, juntamente com o referido Parecer CJ nº 076/96/MJ, deram ensejo à proposição ministerial em apreço. Tais considerações, consubstanciadas no suscinto Relatório de fls. 89/90, foram assim expressas:

‘Quer parecer a esta Comissão que a documentação que enseja o presente, fls. 03 ‘usque’ 58, apenas veio a este DPF para formalização do feito, uma vez que até o mérito do pedido já havia sido examinado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, através do Parecer nº 062/94, de fls. 33 ‘usque’ 35, Despacho nº 036/94, de fls. 36 ‘usque’ 38 e Parecer nº 037/96, de fls. 53 ‘usque’ 56. Isto posto, foram adotadas as providências necessárias à instalação da presente Comissão, designação de Secretário, notificação e oitiva do ex-servidor, autuação da Portaria de designação e apensamento do PD nº 009/87-SR/DPF/MS, objeto do presente Processo de Revisão e juntada dos assentamentos funcionais do referido ex-servidor, onde se observa o registro de outras penalidades as quais, todavia, deixam de ser analisadas, uma vez que as penalidades notificadas pelo PD nº 009/87 - SR/DPF/MS é que devem ser apreciadas, uma vez que deram ensejo à pena de demissão do mesmo. Resta à presente Comissão encerrar o presente Processo de Revisão com proposta de encaminhamento ao Ministério da Justiça para decisão, uma vez que concorda com os argumentos expendidos pela Consultoria Jurídica daquele Ministério no tocante ao excesso de penalidade ao requerente’.

5. A douta Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, por sua vez, mesmo bem antes de se instaurar o presente Processo de Revisão, ou seja em 25 de abril de 1994 (o processo em apreço foi instaurado em 07/08/96) manifestou-se favoravelmente ao deferimento do pedido de reintegração formulado pelo ex-servidor (fls. 04), por intermédio do Parecer CJ nº 062/94, fls. 35/37, da lavra do ilustre Chefe da DA/CEP/CJ/MJ, Dr. Sergio Ernesto Kopp, cujos trechos, por ser oportuno, transcrevo a seguir (sic):

‘05 - Com efeito, constata-se que a causa motivadora da contumácia atribuída ao requerente, lastreou-se em apenas 03 (três) suspensões as quais somadas perfazem o total de 13 dias (vide fls. 177/178, do processo disciplinar em apenso).

06 - Supracitadas punições, em princípio, não dariam suporte para caracterização da contumácia na prática de transgressões disciplinares, e muito menos como causa da efetivação de sua demissão, s.m.j.

07 - Além disso, o requerente traz à colação o ato de reintegração de (...), por decreto presidencial publicado no Diário Oficial da União, Seção II, (capa), de 13 de agosto de 1991 (vide fls. 05 e 29).

08 - Ora, como já dissemos no item 02 deste parecer, tanto o interessado como o APF (...) foram demitidos juntamente pelos mesmos motivos, isto é, em virtude de contumácia. Contudo, a reintegração deste último ocorreu por não provada o referido instituto por ocasião do processo revisional que requereu.

09 - Verificando nos autos do processo disciplinar em apenso, (...) foi demitido em virtude de contumácia, tendo em vista 05 (cinco) punições, mas no processo revisional constatou-se que quando da expedição do ato

expulsório, este contava apenas com duas suspensões, que somadas perfazem 15 dias, eis que três punições foram anuladas.

10 - Daí porque o ato de reintegração do APF (...) foi efetivado por não ter sido constatado a contumácia com fulcro em apenas duas suspensões.

11 - Logo, por extensão, haja vista o princípio da isonomia, entendemos que o requerente deveria ter sido alcançado pelo ato que reintegrou aos Quadros de Departamento de Polícia Federal o APF (...).

12 - Deste modo, propomos o deferimento do requerido, porquanto os fatos e circunstâncias novas argüidos pelo postulante são convincentes para ensejar sua reintegração.'

6. O indigitado Parecer, tendo sido censurado pela Chefia de Gabinete do Ministério da Justiça, retornou à CJ/MJ para exame do prazo prescricional do pedido de revisão, ocasião em que foi, então, editado o Parecer nº 037/96 (fls. 53) da lavra do supramencionado Parecerista e aprovado pelo Despacho de fls. 57, no qual o Sr. Consultor Jurídico do MJ, ao admitir a manifestação recursal do interessado como sendo postulação revisional, faz referência a 'decisão judicial superveniente que absolveu colega, demitido juntamente com o ora recorrente, alegadamente pelo mesmo fato'.

6.1. Referida decisão judicial, entretanto, além de não constar dos autos, não se prestaria, a meu ver, ao presente processo, pois, como é sabido, ao agente público é defeso lançar mão de analogia, em sede administrativa e ainda mais em situação de suma relevância para a Administração Pública, como é o caso.

7. Conforme o acima transcrito, o ilustre Parecerista, em defesa do ex-servidor, afirma que a causa da contumácia motivadora da demissão em comento teria lastreado em apenas 03 (três) suspensões, as quais perfazem o total de 13 dias, o que, no seu entender, nesta oportunidade, não daria suporte à caracterização de prática de contumácia.

8. Curiosamente, é também da autoria do Dr. Sérgio Ernesto Kopp o Parecer CJ nº 255/91, anexado à presente Nota, por cópia, no qual foi examinado o processo de revisão pertinente ao já mencionado servidor (...), indiciado no mesmo processo do ora requerente, tendo, naquela ocasião proferido conclusão totalmente contrária ao agora defendido no Parecer 076/96, assim discorrendo:

'07 - Quanto à conclusão da Comissão Revisora, permitimo-nos discordar da alegação de que duas penas de suspensão não caracterizam a contumácia. O que está em jogo é apenas a quantidade de transgressões disciplinares, mas também e, sobretudo, o perfil de um ex-policial federal que, lamentavelmente, não se adaptou às normas daquele Departamento.

08 - Mesmo em que pese terem sido anuladas três punições, ainda assim, subsistiram outras duas, sem levar em conta mais outras três que foram supervenientes ao relatório da Comissão Disciplinar, conforme se contata na certidão acostada às fls. 393/394 do Processo nº 009/87/SR/DPF/MS.

09 - Recorrendo à doutrina verificamos que a contumácia não se prende precisamente na quantidade de transgressões disciplinares. Não importa se forem duas ou mais. O importante é que deva ser mais de uma. O enfoque que o legislador quis dar a este tão relevado instituto, é a faculdade de atribuir à Administração, o poder de punir com demissão àqueles servidores rebeldes, que insistem e teimam em não se adaptarem às exigências da moralidade e disciplina desse conceituado órgão que é a

Polícia Federal, comprometendo seu bom nome, sob risco de cair em descrédito.

10 - Nesse sentido, comenta José Armando da Costa, in Teoria e Prática do Direito Disciplinar 1ª edição, 1981, pág. 303: 'A Administração Pública não só deve ser moralizada, organizada e disciplinada, como também tem a obrigação de manter essa boa imagem no seio da coletividade a que serve'.

11 - Por todo o exposto, opinamos encaminhamento do presente à consideração do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, com proposta de manutenção do decreto expulsório de por entendermos ser improcedente a revisão.'

9. É de ressaltar que o ex-policial (...), mesmo durante o Processo Administrativo e antes de ser demitido, continuou com a sua má conduta, tendo sido suspenso em decorrência de faltas disciplinares devidamente apuradas em sindicâncias, conforme segue: (fls. 395)

a) BS 011, de 19/01/88 - 20 dias de suspensão por infringência aos itens VII, XX e XXIX, do art. 364, do Decreto nº 59.310/66;

b) BS 025, de 05/02/88 - 16 dias de suspensão por infringência aos itens XX e XXXII do art. 364 do Decreto nº 9.310/66.

10. Pelo visto, a demissão do ex-policial (...) foi efetivada em observância às normas e formalidades legais aplicáveis à espécie, sendo decorrente de apuração constatada em Processo Administrativo Disciplinar, no qual a Comissão Processante examinou detidamente todos os aspectos e fatos imputados ao ex-servidor, concluindo pela sua responsabilização. De igual sorte, foi a conclusão proferida pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça no Parecer/DPE/CJ/nº 113/88 (fls. 397 do processo nº 08339.1305/86-81 em apenso) e manifestada pelo Órgão Central de Pessoal Civil, nos termos do PARECER nº 261/88, fls. 408 do processo citado.

11. Por outro lado e diferentemente da atuação da Comissão Processante, a Comissão Revisora limitou-se, tão-somente, a colher novo depoimento do ex-servidor e a concordar com a argumentação prévia formulada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, cuja conclusão, nesta oportunidade, contraria a sua própria manifestação expendida por ocasião da expulsão do então acusado.

12. Dessa maneira, entendo que, sob o aspecto estritamente jurídico, não há falar em reintegração do ex-servidor em apreço, por absoluta falta de amparo legal, devendo, por conseguinte, ser mantida a sua demissão. Por consequência, em havendo divergência entre o posicionamento defendido nesta Nota e a conclusão apresentada no Parecer CJ/nº 076/96/MJ, como é o caso, impõe-se que os presentes autos sejam submetidos à Douta Advocacia-Geral da União, a quem compete dirimir a controvérsia, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993."

25. Deve-se ressaltar que sobredito pronunciamento jurídico, da lavra do Dr. José Osvaldo Fiuza de Moraes, Assessor Jurídico da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Presidência da República, mereceu a concordância do Dr. Francisco Luiz Bessa Leite, ilustre Subchefe-Substituto daquele órgão jurídico.

26. Feito o relatório, passo a oferecer deslinde a matéria focalizada nos autos.

27. A sua natureza está a exigir que se ressalte, desde já, aspectos da maior importância jurídica.

28. Primeiramente, há que se tecer algumas considerações sobre a revisão de processo administrativo disciplinar.

29. Diz o art. 174, da Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que “*o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada*”.

30. Essa faculdade, isto é, a de poder o ex-servidor se valer do instituto da revisão de processo administrativo disciplinar, foi instituída na Lei 1.711, de 28.10.1952, no antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, e reproduzida na vigente lei que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis, para que não fique tolhido o ex-servidor punido de utilizar dos meios e dos instrumentos legais para não permitir que o assunto permaneça selado definitivamente.

31. Mas, a revisão jamais deverá ser pleiteada à toa. A provocação da parte interessada deverá vir acompanhada de argumentos, razões ou fatos capazes de evidenciar a injustiça porventura cometida pela autoridade que baixou o ato demissório, provando-se, por meio do procedimento revisional, a isenção do punido.

32. Nesse sentido, o próprio versículo estatutário (o citado art. 174, *caput*) consigna que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo tal a significação dessa faculdade que se concede ao ex-servidor que se considerar habilitado a provar que os membros da Comissão nomeada para tal mister ou o julgador, no caso a autoridade a quem coube expedir o ato demissório, claudicaram na compulsão das provas ou na cominação da penalidade máxima.

33. Guardando certa similitude com o procedimento de índole penal, o processo administrativo disciplinar oferece, no entanto, certas nuances que precisam ser bem delineadas.

34. Requerer a revisão de processo disciplinar não é apelar, tampouco esta se reveste das características de um recurso. Longe disto. A revisão, e isso é preciso salientar, tem como objetivo precípua ver tudo de novo, ou melhor, ver outra vez o que já foi feito, daí que a palavra revisão etimologicamente ter o sentido de reexame, de tornar a analisar os fatos causadores da relação processual encerrada.

35. Como se percebe, então, no processo de revisão profere-se uma decisão *ex novo*, uma vez que se constitui numa nova relação processual.

36. A título de ilustração, convém salientar, nesta oportunidade, que no Parecer CR/LS-11/92, anexado ao Parecer nº JCF-13, de 23 de dezembro de 1992, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União de 24.12.1992, em que figurou como interessado (...) (Proc. nº 00001.007.291/89-34), que versava sobre matéria idêntica a esta, tive o ensejo de assim me manifestar:

“33. A revisão não corresponde a um recurso, este sim, faz parte de uma pluralidade de procedimentos dentro de uma só relação processual.

34. A revisão é, portanto, uma fase (a primeira delas) de uma relação processual complexa, pois só é cabível quando o inconformado com a punição aduzir fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a sua inocência ou então fazer prova da inadequação da penalidade que lhe foi cominada. Então, a revisão não pode se configurar como sendo recurso, porque este último lhe sobrevém, como fase dos estágios da relação processual.

35. Assim, constituindo a revisão procedimento que poderá provocar decisão ex novo, a ser proferida pela mesma autoridade (que puniu o indiciado) poderá ser requerida a qualquer tempo, desde que condicionada às exigências contidas no art. 174 'caput', da Lei nº 8.112/90.

36. Observa-se, então, que simples alegações de cometimento de injustiça não conduzem à revisão do processo disciplinar. É necessário acentuar que essas condicionantes exigidas na regra constante do art. 174 'caput' da Lei nº 8.112/90, não dependem, necessariamente, do punido. Poderão ocorrer 'a qualquer tempo', quer quando estiver em condições de aduzi-las, quer quando a própria autoridade originária que o puniu, de ofício, achar possível promover, através de outro processo, a revisão."

37. Torno a repetir, como a revisão depende de fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da pena que lhe foi aplicada, compreende-se que não se pode considerar como sendo um processo de revisão a simples menção de um outro processo revisional cujo punido tenha sido reintegrado pelas mesmas formas rituais, como as que, agora, se propõe como sendo corretas.

38. Ora, não havendo uma relação de contigüidade entre o processo originário e o de revisão, no caso sob análise ter-se-ia atingida a revisão colimada se houvesse a Comissão Revisora apreciado elementos novos, não se embasando apenas em pareceres antinômicos, produzidos por um só parecerista, que, num *coup de théâtre*, modificou repentinamente uma situação jurídica por outra.

39. *In casu*, tenho comigo que o processo originário, que culminou com a demissão do ex-servidor, teve sua tramitação regular, porquanto, não só se observou o rito adequado, previsto nos arts. 143 *usque* 173, da Lei nº 8.112/90, como, também, o princípio da ampla defesa, este de gênese constitucional conforme o item LV, do art. 5º, da Constituição da República.

40. Então, a meu ver, não ocorreu a ausência da ampla defesa, uma vez que, pela leitura dos autos do processo administrativo disciplinar, percebe-se, nitidamente, que ao ex-servidor, a oportunidade de se defender lhe foi amplamente assegurada.

41. Não há que se falar, portanto, em cerceamento de defesa nos autos do processo em epígrafe.

42. Desse modo, vê-se que no caso presente a "revisão" levada a efeito, além de não ter suprido os vícios do inquérito revisado, se realizou de modo açodado, deixando, inclusive, de promover a apuração das alegações supervenientes, que poderiam, certamente, afetar a situação do interessado.

43. Emerge, nítido que o processo administrativo disciplinar, por negligência ou por afogadilho da Comissão Revisora, transformou-se num processo revisional, apenas com a colocação do timbre "de revisão", cunhado na capa dos dois volumes do citado procedimento original.

44. Ora, nada obstante o fato de o procedimento original ter se conduzido com regularidade e a comissão que o dirigiu se tenha pautado dentro dos parâmetros legais, o processo de revisão não poderia ter sua gênese e a tramitação de suas fases rituais, como superposição ao que foi feito pela Comissão anterior. Logicamente, não se limita a revisão em se levar em consideração apenas um parecer dúbio, antinômico, cuja alteração súbita se acha visivelmente demonstrada nos autos.

45. Com esteio num processo de revisão falho e arrimado em pronunciamentos jurídicos díspares, tenho receio de opinar pela sua procedência e proclamar a inocência do punido, endossando, desse modo, a negação das infrações que lhe foram imputadas.

46. Sabe-se, porém, não custa nada repetir que o êxito de uma revisão elide, no tempo e no espaço, a afirmação dos fatos delituosos e, também, a penalidade imposta, acarretando inclusive para o favorecido o direito de pleitear vantagens pecuniárias advindas do restabelecimento dos seus direitos.

47. Pela reintegração, se deferida, impõe-se o cancelamento das anotações que lhe foram desfavoráveis, restituem-se os vencimentos e vantagens porventura suspensos; enfim, consuma-se a *restitutio in integrum*, restabelecendo o tempo descontado para as promoções e aposentadoria.

48. Demais disso, tem esta Instituição, desde a época da existência da Consultoria-Geral da Republica, firmado posição no sentido de que a simples alegação de injustiça da penalidade aplicada ao punido não constitui fundamento idôneo para a revisão, uma vez que esta requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário (veja-se, por exemplo, o art. 176, da Lei nº 8.112/90).

49. E, ainda, tenho comigo que se deve prestar obediência à melhor doutrina, segundo a qual os relatórios conclusivos e apresentados pelas comissões de inquérito são de um valor inestimável, porquanto seus membros, a par de buscarem a verdade dos fatos, são as pessoas capacitadas para aferirem o grau de responsabilidade dos acusados, por sua proximidade direta com as provas coligidas, sejam factuais, sejam testemunhais.

50. Ante o exposto, não tendo havido no Processo Administrativo Disciplinar nº 009/87-SR/PDF/MS, instaurado em desfavor do requerente, erro de procedimento (*errore in procedendo*) ou erro de julgamento (*errore in judicando*), uma vez que a Comissão Processante (originária) se conduziu na conformidade do regramento imposto pela Lei nº 8.112/90 (cf. os arts. 148 *usque* 166) e levando-se em consideração que a Comissão, dita revisora, se limitou apenas, a colher o depoimento do ex-servidor punido e a concordar *in totum* com as argumentações antinômicas, produzidas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, e, ainda, tendo em conta que a delicadeza da questão versada nos presentes autos exige cautela, pelo perigo que oferece de se cometer injustiça contra o ex-servidor que ora se socorre do instituto da revisão, opino, salvo outro entendimento, que os processos conduzidos a exame desta Instituição sejam devolvidos à origem, via Ministério da Justiça, para que seja instaurado novo processo revisional, obedecendo-se, como é lógico, às regras a que tem de atender por forma a garantir a integridade do direito do ex-servidor.

É o que penso, sub censura.

Brasília, 21 de outubro de 1997.

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Revisão. Inadequação da penalidade.

PARECER AGU Nº GQ-154

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. Em 25.6.98*”. Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 35.560.002077/92-17

ORIGEM: Ministério da Previdência e Assistência Social

ASSUNTO: Revisão de Processo Administrativo Disciplinar. Controvérsia entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social e a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República sobre proposta de manutenção do ato que demitiu (...), do cargo de Agente Administrativo do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/LS-5/98, de 9 de junho de 1998, da lavra do Consultor da União, Dr. L. A. Paranhos Sampaio, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 25 de junho de 1998

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/LS-5/98 (Anexo ao Parecer nº GQ-154)

EMENTA: Revisão de processo administrativo disciplinar. Procedência. O instituto da revisão tem, como um dos seus pressupostos, a alegação da inadequação da penalidade aplicada (art. 174, da Lei nº 8.112/90). Os relatórios conclusivos das Comissões Processante e Revisora foram favoráveis à reintegração do ex-servidor ao serviço público, podendo, portanto, a autoridade julgadora, se lhe convier, isentá-lo de responsabilidade, declarando sem efeito a penalidade que lhe foi cominada, restabelecendo-se todos os seus direitos.

PARECER

Senhor Doutor Advogado-Geral da União,

Nos autos, (...) requereu revisão do Processo Administrativo Disciplinar nº 31.050.11605/88, do qual resultou sua demissão do cargo de Agente Administrativo que ocupava no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, no Estado de São Paulo.

2. Convém salientar *ab initio* que referido ato demissório se deu com a edição do Decreto de 07 de agosto de 1991, publicado no Diário Oficial da União de 08 subsequente e teve como fundamentação o art. 132, inciso XIII, combinado com o art. 117, inciso IX, da Lei nº 8.112/90, por “*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública*”.

3. Após a tramitação de praxe, o processo revisor foi remetido ao Ministério da Previdência e Assistência Social, cuja Consultoria Jurídica, por meio do Parecer/CJ/nº 712/96, de 01 de novembro de 1996, da lavra da Dra. Renata Saldanha Barboza, Chefe da 3ª Divisão de Assuntos Jurídicos, assim se manifestou, *in verbis*:

“Trata-se de pedido de revisão, de conformidade com o art. 174 da Lei nº 8.112/90, autorizado pelo Sr. Ministro por decisão exarada às fls. 29 dos

presentes autos, objetivando o reexame do inquérito administrativo de que resultou a demissão do servidor (...) através do Processo Administrativo Disciplinar nº 31.050.11605/88.

02. O requerente teve seu ato demissionário publicado através do Decreto s/nº de 07/08/91, no Diário Oficial do dia 08/08/91 que se fundamentou no art. 132, item XIII, combinado com o art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, por 'valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública'.

03. Argumenta em seu favor, o requerente, 'que não foi acusado e, por consequência, não se defendeu dessa imputação no Processo Administrativo Disciplinar. Foi, isto sim, acusado de infringir os incisos VI, VII e XI, do art. 45, do Regulamento de Pessoal das Autarquias do SIMPAS, cuja pena disciplinar (máxima) é de suspensão e não demissão'.

04. A Comissão de Revisão, instituída pela Portaria/INSS/SESP/nº 45 de 09/02/95, após cumprir todos os procedimentos administrativos, observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, concluiu pela inadequação da penalidade aplicada, uma vez que os fatos a ele imputados, ou seja, os incisos VI, VII e XI do art. 45 do Regulamento de Pessoal das Autarquias do SIMPAS encontram perfeita correspondência com os incisos III, IV e VII do art. 116 da Lei nº 8.112/90, cuja penalidade prevista é a de advertência.

05. A Comissão afirma que da acusação apontada ao servidor, isto é, que havia restado infringido o art. 117, inc. IX da Lei nº 8.112/90, este não teve oportunidade de defender-se, sugerindo então a Comissão Revisora que fosse julgada procedente a revisão em questão.

06. A Diretora de Recursos Humanos do INSS, concordando com a conclusão do relatório da Comissão, enviou os autos à Secretaria de Recursos Humanos do MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

07. Pelo aspecto jurídico formal o processo revisional transcorreu dentro das normas legais pertinentes não se detectando vícios comprometedores do mesmo.

08. O servidor (...) foi acusado de cometer as seguintes infrações, segundo o relatório da comissão de inquérito:

- não exerceu o necessário acompanhamento do controle de material utilizado na manutenção do prédio Sede da Superintendência Regional, estocado em depósito localizado no subsolo daquele prédio, nem através de sua Seção nem através de Seção de Administração de Sedes e Transportes subordinada diretamente a sua Chefia;
- conhecimento da posse irregular da chave do referido depósito pelo indivíduo (...), antes e após sua detenção, não tendo tomado qualquer providência no sentido de retirar tal chave do poder daquele indivíduo;
- cumprimento de ordem ilegal, qual seja a de assinar a GAP de fls. 382, mesmo conhecendo as irregularidades constantes da mesma, entre elas a não apresentação da GR, referente ao mês de dezembro/86 (fls. 361/364 e 741/743), bem como também, não ter observado, a participação de firma cujo proprietário era também preposto de outra firma com contrato de locação de serviços junto ao INPS em vigor, na coleta de preços.

09. A tipificação apontada pela Comissão de Inquérito, isto é, a violação aos arts. 45, incisos VI, VII e IX do Regulamento de Pessoal das Autarquias do

SIMPAS, tem a penalidade prevista apenas de advertência. Ocorre, porém, que a autoridade julgadora decidiu, motivadamente, agravar a penalidade proposta pela Comissão, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112/90, uma vez que a conduta omissiva do servidor propiciou o furto de material da repartição.

10. Entendemos que o interessado tem sua parcela de responsabilidade, na medida em que sua atuação permitiu que terceiro lograsse proveito, com prejuízo para a Administração.

11. A improbidade prevista no art. 482 da CLT encontra correspondente na Lei nº 8.112, de 1990, sendo que, encontrando-se em vigor aquele preceito trabalhista na data das infrações não há como invocar inexistência de cominação de penalidade para apenar-se, na espécie.

12. Sabemos que pode-se configurar 'a improbidade por ação ou omissão dolosas do empregado visando uma vantagem para si ou para outrem em decorrência do emprego e com prejuízo real ou potencial para alguém' (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Valentin Carrion, 10ª ed., pág. 319).

13. Em caso semelhante o então Tribunal Federal de Recursos decidiu: 'Fiscal de obras do DNER, regido pela CLT, valendo-se do emprego para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função, violou proibição que é inafastável no desempenho de sua tarefa. Tal conduta constitui falta grave de improbidade, para efeito de rescisão do contrato de trabalho' (TFR/RO 2.686-RS, Carlos Madeira, ou 4ª T D.J.U. de 9/10/78, pág. 7845).

14. Assim é que nosso posicionamento é de discordar das conclusões da Comissão Revisora, tendo em vista que é notório que a atitude de omissão tomada pelo servidor ante as irregularidades que vinham se realizando no seu setor é que embasou a decisão da autoridade coatora quando da aplicação da pena de demissão.

15. O julgamento da revisão do processo administrativo, ao teor do art. 181 da Lei 8.112/90, compete à mesma autoridade que aplicou a penalidade. Assim, sugerimos seja o assunto submetido à superior consideração do Exmo. Sr. Presidente da República com proposta de manutenção do ato punitivo que culminou na demissão do servidor."

(Nota: O presente Parecer é anterior ao Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, no qual o Presidente da República delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União a competência para julgar processos disciplinares e aplicar as penalidades de demissão e cassação de aposentadoria.)

4. Ressalte-se que antedito parecer mereceu a aquiescência do Dr. Antonio Glaucius de Moraes, Coordenador-Geral de Consultoria Jurídica e a aprovação do Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, Consultor Jurídico da referida Secretaria de Estado, em 21.11.96.

5. Por meio de Exposição de Motivos nº 122, de 05.11.96, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Dr. Reinhold Stephanes submeteu à apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República a proposta de manutenção do ato demissório do acusado (...), o fazendo com as seguintes palavras: (*verbis*):

"Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

O Instituto Nacional do Seguro Social submete à apreciação deste Ministério a proposta de manutenção do ato demissório do servidor (...), daquela Autarquia, demitido por improbidade administrativa e se valer do

cargo para lograr proveito de outrem, em detrimento da dignidade da função pública e em conseqüência, julgar improcedente a revisão. A matéria foi devidamente examinada pela Consultoria Jurídica deste Ministério, que entendeu aplicável ao demissionário a penalidade imposta pelo Decreto Presidencial s/nº de 07.08.91, publicado no D.O.U. de 08.08.91, Seção II, pág. 5575. Ante o exposto, submeto à elevada consideração de Vossa Excelência, os presentes autos, objetivando a manutenção do referido ato demissionário.”

6. Na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, antes da submissão do processo revisor à elevada decisão presidencial, foi exarada a Nota nº 4039/96-SAJ-JM, de 16.02.96, da lavra do Dr. José Osvaldo Fiúza de Moraes, Assessor Jurídico, com a aprovação do Dr. Francisco Luiz de Bessa Leite, Subchefe para Assuntos Jurídicos (Substituto) vazada nos seguintes termos:

“Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos, Trata-se de revisão de Processo Administrativo Disciplinar, em virtude do qual (...) foi demitido do cargo de Agente Administrativo, do Quadro de Pessoal do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo Decreto de 07 de agosto de 1991, publicado no Diário Oficial da União, Seção II, pág. 5575.

2. A proposta do Ministério da Previdência e Assistência Social consubstanciada na inclusa E.M. nº 122, de 5 de novembro de 1996, é no sentido da manutenção do ato demissório e foi apresentada com base no Parecer/CJ/nº 712/96, da Consultoria Jurídica daquela Pasta.

3. Inconformado com a sua demissão, o ex-servidor requereu, tempestivamente, a revisão do Processo Administrativo Disciplinar, sob a alegativa principal de que respondeu ao processo na condição de acusado a infringir os incisos VI, VII e XI, do art. 45 do Regulamento do Pessoal Empregado das Autarquias do SINPAS, aprovado pela Resolução Conjunta IAPAS/INAMPS/INPS nº 075, de 13/05/85, cuja pena máxima é de suspensão e não demissão.

4. É oportuno ressaltar que a expulsão do Requerente do Serviço Público Federal foi efetivada em desacordo com o contido no Relatório Final da Comissão Processante, a qual concluiu pelo enquadramento do acusado nas disposições dos sobreditos comandos regulamentares. Com efeito, referidos dispositivos regulamentares assim dispunham:

Art. 45 - São deveres e obrigações do empregado:

VI - observância das normas legais e regulamentares:

VII - obediência às ordens superiores, exceto as manifestações ilegais;

XI - zelo pela economia e conservação de material que lhe for confiado.

6. As supramencionadas normas disciplinares, é bom que se diga, correspondem, na íntegra, aos comandos a que se referem os incisos III, IV e VII do art. 116 do Regime Jurídico Único, cuja infringência não comporta pena de expulsão do Serviço Público.

7. A Comissão Revisora, tal qual a primeira Comissão Processante, concluiu pela reintegração do ex-servidor em questão.

8. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe que o julgamento acatará o relatório da Comissão, salvo quando contrário às provas dos autos e que a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade (art. 168 e seu parágrafo único).

9. Ao examinar detidamente os autos pude constatar que a conclusão das Comissões processante (1ª.) e revisora (2ª.) guarda perfeita consonância a todos os elementos e provas carreadas para os respectivos autos. Em nada vislumbrei omissão dolosa parte do ex-servidor e que teria ensejado a sua demissão, conforme se infere do disposto no Parecer nº 169/91, do Órgão Central do Pessoal Civil/Sipac (fls. 1020/1022 do Proc. nº 31050.11605/88, em apenso), o qual assim colocou a questão: '8. Entende-se que pode configurar a improbidade por 'ação ou omissão dolosa do empregado visando uma vantagem para si ou para outrem, em decorrência do emprego e com prejuízo real ou potencial para alguém'. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Valentin Carrion, 10ª. ed. p. 319'. Para confirmar o supramencionado pensamento aquele Órgão Central de Pessoal fez citação de jurisprudência emanada do então Tribunal Federal de Recursos, de teor seguinte: 'Fiscal de obras do DNER, regido pela CLT, valendo-se do emprego para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função, violou proibição que é inafastável no desempenho de sua tarefa. Tal conduta constitui falta grave de improbidade, para efeito de rescisão do contrato de trabalho (TFR RO 2.686-RS, Carlos Madeira, ac. 4º DJU de 09/10/78, p. 7.845)'.

9.1 - Ocorre que nada disso poderia ter servido de respaldo para a efetivação da demissão do ex-servidor em comento, em virtude de duas razões cristalinas. A primeira é que em momento algum configurou-se nos autos que o então acusado tenha tido o 'animus' de obter vantagem para si ou para outrem. Ora, não sendo o resultado decorrente da vontade do agente não há falar em omissão dolosa e sim, como ficou provado, em omissão culposa, o que jamais poderia ter sido motivo para a demissão do servidor. A segunda, está no fato de que o acusado não foi julgado sob a égide da CLT e sim sob as normas emanadas do atual Regime Jurídico Único, o qual não prevê demissão para as infrações praticadas pelo ex-servidor.

10. A douta Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, por sua vez, ao defender a manutenção do ato expulsório em apreço tomou por base a mesma argumentação expendida pelo SIPEC e acima comentada, incluída a transcrição do Acórdão antes reproduzido, acrescentando em seu Parecer nº 712/96, ora incluso: '9. A tipificação apontada pela Comissão de Inquérito, isto é, a violação do art. 45, incisos VI, VII e IX do Regulamento de Pessoal das Autarquias do SIMPAS, tem a penalidade prevista apenas de advertência. Ocorre, porém, que a autoridade julgadora decidiu, motivadamente agravar a penalidade proposta pela comissão, de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112/90, uma vez que a conduta omissiva do servidor propiciou o furto de material da repartição'.

11. Com efeito, o sobredito dispositivo legal faculta à autoridade julgadora agravar a penalidade, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade; mas para que isso possa realmente se efetivar é imprescindível que o relatório da comissão esteja em desacordo com as provas dos autos. Entretanto, essa condição não ocorreu, porquanto, conforme dito alhures, a conclusão ofertada pela Comissão Processante espelhou fielmente o que consta das provas inseridas no Processo Administrativo Disciplinar, o que tornaria obrigatório o acatamento do relatório da Comissão.

11.1 - Dessa maneira, os preceitos do art. 168 e de seu parágrafo único do RJU foram feridos frontalmente, o que enseja a nulidade do ato demissório. E a Administração, como é sabido, pode e deve, por si própria, rever os seus atos eivados de vícios.

12. Ademais, as normas infringidas pelo ex-servidor, é oportuno lembrar, são justamente aquelas dispostas nos incisos III, IV e VII do art. 116 do RJU, cuja inobservância não integra o elenco das condutas passíveis de demissão, a teor do disposto no art. 132 e parágrafos, da Lei nº 8.112/90.

13. Em sendo assim, em homenagem ao nosso ordenamento jurídico e em respeito aos imparciais trabalhos executados por duas comissões disciplinares, é dever da Administração reintegrar imediatamente o ex-servidor ilegalmente punido, sob pena de ter que fazê-lo por ordem do Poder Judiciário, onerando, ainda mais, os cofres públicos. Por conseqüência, em havendo divergência entre o posicionamento defendido nesta Nota e a conclusão apresentada no Parecer CJ/nº 712/96, da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, como é o caso, impõe-se que os presentes autos sejam submetidos à Duta Advocacia-Geral da União, a que compete dirimir a controvérsia, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

7. Pelo Aviso nº 302, de 28 de fevereiro de 1997, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, encaminhou a esta Instituição ambos os pronunciamentos jurídicos, que deram origem à controvérsia, a fim de que esta Instituição dirima a matéria focalizada no citado processo revisional.

8. É sobre a controvérsia jurídica acima explicitada que darei a minha opinião.

9. Antes, porém, rápidos prolegômenos acerca do instituto da revisão, que foi incluído no ordenamento jurídico administrativo pátrio pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28.10.52) uma vez que, anteriormente à sua edição, não existia no processo administrativo disciplinar a possibilidade de utilizá-lo.

10. Também, a Lei nº 8.112, de 11.12.90 (o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), bisou tal faculdade, permitindo, nos artigos 174 *usque* 182 que se proceda à revisão, quando o servidor apenado não se conformar com a decisão da autoridade que o puniu, ensejando-lhe, desse modo, uma oportunidade para aduzir fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar sua inocência ou a inadequação da penalidade que lhe foi cominada.

11. É necessário, no entanto, dizer que a revisão não é um recurso. Este sugere uma pluralidade de procedimentos dentro de uma relação processual que somente tem guarida na via *juris*; na revisão, não se contrapõe uma autoridade a outra. Trata-se, indubitavelmente, de oferecer uma nova oportunidade ao punido (no caso, o servidor defenestrado do serviço público) de ver outra vez os fatos que ocasionaram, no processo administrativo disciplinar encerrado, os motivos que conduziram à imposição da pena.

12. Dois corolários podem ser deduzidos como consectários naturais da revisão: em primeiro lugar, toda ela depende da adução de fatos novos, ou de fatos já verificados no processo propriamente dito, porém revestidos de circunstâncias, às vezes obscurecidas, omissas ou relegadas a segundo plano no iter apuratório encerrado. Em segundo lugar, é de se notar que a revisão poderá ser requerida a qualquer tempo, concedendo, destarte, ao punido essa oportunidade, mesmo porque somente quando ocorrerem fatos novos ou circunstâncias que justifiquem a sua inocência ou mesmo a inadequação da pena que lhe foi aplicada, é que poderá se valer do instituto.

13. Aquele que se detiver a examinar os autos de ambos os processos (o inquérito, propriamente dito, e o revisório) verá que os relatórios conclusivos das comissões designadas para tal mister foram unânimes, isto é, opinaram pela reintegração do ex-servidor ao serviço público.

14. Observa-se, também, que referidos relatórios não contrariaram as provas dos autos, não tendo sentido, por conseguinte, a autoridade julgadora deixar de acatá-los, mantendo, sponte sua, o ato demissório revisto.

15. Despiciendo dizer que, na questão em tela, o mais que se poderia ter feito é cominar ao acusado a pena de advertência, porquanto, violou o regramento previsto no art. 45, incisos VI, VII e IX do Regulamento de Pessoal das Autarquias do SIMPAS, e não os cânones da Lei nº 8.112/90.

16. Desse modo, no meu entendimento, não há como se manter o ato de demissão do acusado, mesmo porque os trabalhos desenvolvidos pelas comissões, tanto da processante como da revisora, pautaram-se com lisura e retidão, nada constando que desabone a conduta dos seus membros.

17. Tanto é assim que no Parecer/CJ/nº 712/96, exarado pela douta Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, nos itens 4 e 7 podem ser vistas palavras que demonstram a correção e regularidade, principalmente em alusão a atuação da Comissão Revisora, que *“pelo aspecto jurídico formal o processo revisional transcorreu dentro das normas legais pertinentes não se detectando vícios comprometedores do mesmo”*.

18. Já disse em outro pronunciamento, porém, não custa nada repetir, que o uso do poder disciplinar para aplicar a pena de demissão não é arbitrário; não o utiliza a autoridade quando lhe aprouver, nem como preferir. É necessário que tenha lastro jurídico, isto é, que esteja o aplicador dessa punição alicerçado em fatos capazes de formar a sua convicção para tomar essa posição extremada. Torna-se evidente que ao instituto da revisão se consigna a mesma importância que se confere ao processo disciplinar originário, porque o primeiro tem a finalidade precípua de ver tudo de novo, quer dizer, explicitamente, que por meio do processo revisor se dá ao acusado, na conformidade da lei, as mesmas oportunidades e faculdades que lhe foram concedidas no processo encerrado.

19. Daqui tira-se a conclusão que, no caso em espécie, os dois procedimentos levados a efeito (o originário e o revisório) foram amplamente favoráveis ao ex-servidor, tudo levando a crer que a sua não aceitação ou inobservância por parte da autoridade julgadora poderá se constituir em desatenção à lei, dando ensejo, inclusive, a que o prejudicado percorra a via *juris* em busca do seu direito.

20. Desse modo, como derradeiro ponto, acho de bom alvitre lembrar que a delicadeza da questão referente ao livre convencimento do julgador exige, pelo prejuízo que poderá acarretar à integridade do direito do acusado, que se faça um exame acurado dos processos para que não haja o cometimento de injustiça.

21. Francisco Campos, que honrou a antiga Consultoria-Geral da República como seu titular, de 1934 a 1937, disse certa ocasião a respeito da livre convicção do julgador: *“Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O Juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se do seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar a sua sentença”* (apud J. Guimarães Menegale, in “O Estatuto dos Funcionários-Forense” (SP) vol. II, 1962: 642). Assim, a motivação do ato de julgar é imprescindível a uma tomada de posição, e quando houver contrariedade as provas dos autos, nada mais justo do esclarecer o porquê da decisão, principalmente, na questão aqui focada, quando se tem em mira a aplicação da pena capital, prevista na Lei nº 8.112/90.

22. Como uma verdadeira encarnação do Estado, no desempenho de suas atividades, o Chefe do Poder Executivo não poderá ficar na dependência de sugestões feitas a *contrario*

sensu dos autos, porquanto deve se subordinar à lei, sendo inteiramente livre na formação da sua convicção e na estrita observância dos ditames da sua consciência.

23. Em homenagem ao trabalho sério, ao procedimento correto das duas comissões que se houveram na difícil tarefa de conduzir os autos dos processos, sou de opinião que se deva declarar sem efeito a penalidade aplicada, isentando o ex-servidor de responsabilidade, restabelecendo, de consequência, todos os seus direitos, consoante a regra ínsita no art. 182, da Lei 8.112/90

É o que penso, sub censura.

Brasília, 09 de junho de 1998

L. A. Paranhos Sampaio
Consultor da União

Assuntos abordados neste Parecer: Revisão pode ser pedida a qualquer tempo, não havendo prazo prescricional para o surgimento de fato novo. A prescrição quinquenal é computada, uma vez tendo-se o servidor conhecimento do fato novo a seu favor, até a petição da revisão. O pedido de revisão interrompe o prazo prescricional.

PARECER AGU Nº GM-26

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: “*Aprovo. 27-9-2001.*” Parecer não publicado.

PROCESSO Nº: 08003.000585/99-62

ORIGEM: Ministério da Justiça

ASSUNTO: Processo administrativo disciplinar. Revisão da cassação de aposentadoria.

Adoto, para os fins do art. 4º, VII, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo Parecer nº AGU/MF-3/2001, de 17 de julho de 2001, da lavra da então Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, e submeto-o ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, propondo o indeferimento do recurso.

Brasília, 27 de setembro de 2001

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/MF-3/2001 (Anexo ao Parecer nº GM-26)

EMENTA: I - Não se aplica ao caso dos autos o Parecer GQ-10. A revisão pode realmente efetivar-se a qualquer tempo, uma vez dependente da superveniência (que foge à competência do interessado) de fato novo, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada (Leis 8.112 e 9.784; Decreto 59.310). Precedente: Parecer GQ-28 (vigentes Lei 8.112 e Dec. 20.910 e 59.310).

II - A penalidade imposta no PAD resultou de inadequada apuração e valoração dos fatos. Mas está sujeita à revisão pela superveniência de fato novo a demonstrar a inocência do servidor.

III - A revisão está sujeita ao prazo prescricional de cinco anos (art. 1º, Dec. 20.910). O prazo começa a correr da data em que o interessado teve conhecimento do fato novo, mas interrompe-se com a apresentação do pedido de revisão (art. 4º, par. único, Dec. 20.910) na repartição pública.

IV - A prescrição não corre durante a demora da Administração no exame do pedido (art. 4º, Dec. 20.910).

V - No caso destes autos, o fato novo ocorreu em 17/4/96 e em 24/5/96 o interessado protocolou seu requerimento. Com o requerimento, em 24/5/96 interrompeu-se a prescrição (art. 4º, par. único, Dec. 20.910).

VI - Salvo o requerimento de 1996, nenhum outro ato ficou na dependência do interessado. Toda a demora se deve, única e exclusivamente, à Administração.

VII - A revisão deve ser julgada procedente e deve ser declarada “sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos.” (Dec. 59.310, art. 436. Ver também Lei 8.112/90, art. 182).

Senhor Consultor-Geral da União,

Com o Aviso nº 516, de 18 de maio de 2001, o Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República submete à apreciação desta Advocacia-Geral da União o processo administrativo supra indicado, em face de divergência entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça e a Subchefia para Assuntos Jurídicos daquela Casa.

I - RELATÓRIO

2. Cuida-se de ex-servidor, Agente de Polícia Federal, que, após trabalhar 29 anos e 6 meses, foi aposentado por invalidez em 15/01/88, tendo, entretanto, sua aposentadoria sido cassada por Decreto presidencial publicado no DOU 27/3/89, p. 1.335/6, sob a acusação de ter praticado transgressão disciplinar prevista no art. 364, LXII, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966. Conforme então apurado, o servidor teria, segundo o decreto, *“praticado, no exercício do cargo que ocupava, ato lesivo ao patrimônio de pessoa natural e jurídica”*, por ter se apossado (em 19/10/85, segundo denúncia de (...), efetivada no dia 20 - fls.10/13 do Apenso) de bens (móveis que guarneciam o quarto) de casal ((...)) e sua companheira (...) que ocupava cômodo na residência da amante do policial.

3. Mais tarde, corroído pelo remorso por ter faltado com a verdade e por ter sido injusto com quem lhe estendera a mão em momento de dificuldade, a testemunha (...) (o companheiro da denunciante (...), fls. 18/21), em retratação escrita, datada de 17/4/96 (mediante declaração prestada em Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul, fls. 18-21), perante advogado e um Juiz de Direito, aposentado, ensejou o pedido de revisão a que somente se procedeu em virtude de determinação judicial do MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul (Ação Ordinária nº 98.2160-4).

4. A Comissão Revisora concluiu pela procedência do pedido e propôs a reintegração do ex-APF aos quadros do Departamento de Polícia Federal.

II - A TESE DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

5. Encaminhados os autos ao Ministério da Justiça, a Consultoria Jurídica divergiu da conclusão da Comissão, por entender configurada a ocorrência da prescrição. Seu entendimento está expresso no Parecer/CJ/nº 20/2001, *verbis*:

“Ementa: Revisão de processo administrativo disciplinar que deu causa à cassação de aposentadoria de ex-servidor do DPF/MJ, por força de decisão do MM. Juízo da 4ª VF/MS, nos autos da Ação Ordinária nº 98.2160-4. Relatório da comissão revisora pela reintegração do interessado, por reconhecer a existência de fato novo capaz de elidir sua responsabilidade funcional relativamente à transgressão disciplinar que acarretou sua punição. Entendimento firmado pela AGU, pelo inafastável reconhecimento da prescrição administrativa, em que pese a possível nulidade absoluta do ato administrativo. Não acolhimento da proposição do colegiado, consoante o art. 40, § 1º da LC nº 73/93.

Trata-se da revisão do Processo Disciplinar nº 13/86-SR/DPF/MS que resultou na cassação da aposentadoria do ex-Agente de Polícia Federal, (...), pelo cometimento da transgressão disciplinar prevista no artigo 364, inciso LXII, do Decreto nº 59.310, de 1966, por força de r. decisão concessiva de Antecipação de Tutela nos autos da Ação Ordinária nº 98.2160-4, proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul, consoante se verificação às fls. 262/5.

02. A comissão revisora manifestou-se pela ‘reintegração’ do ex-servidor, por reconhecer a existência de fato novo capaz de elidir sua

responsabilidade funcional relativamente à transgressão disciplinar que resultou na cassação de sua aposentadoria.

03. Através do Parecer nº GQ-10, de 06 de outubro de 1993, in Diário Oficial da União de 1º de novembro de 1993, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a Advocacia-Geral da União - AGU firmou o entendimento de que 'a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável'.

04. O processo disciplinar nº 13/86-SR/DPF/MS foi concluído no final do ano de 1986 e a penalidade máxima expulsória publicada no Diário Oficial da União de 27 de março de 1989.

05. Ora, considerando que desde então já se passaram quase 11 (onze) anos, prescrita de há muito qualquer possibilidade de reforma do correspondente ato administrativo, como, outrossim, muito apropriadamente demonstrado no Parecer CJ nº 044/97 de fls. 250/5, cujos termos, por seus jurídicos fundamentos, concordamos, 'in totum', é evidente que não mais se pode promover a 'reintegração' do ex-APF (...).

06. Demais disso, por ser um instituto de ordem pública, como, aliás, previsto no artigo 112 da Lei nº 8.112, de 1990, também não se deve olvidar que a prescrição não pode ser relevada pela Administração.

Ante o exposto, configurada a prescrição, com espeque no que estabelece o artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, opinamos pelo não acolhimento da proposição inadvertidamente aduzida pela comissão revisora, por falta do imprescindível amparo legal a informar invariavelmente todas as decisões no âmbito da Administração Pública, mediante o arquivamento do processo."

III - O ENTENDIMENTO DA SAJ/PR

6. Os autos foram remetidos à Casa Civil, com proposta de improcedência do pedido de revisão. Entretanto, a Subchefia para Assuntos Jurídicos dessa Casa divergiu da proposta do Ministério da Justiça, por entender que, no caso, não se aplica o Parecer GQ-10, uma vez que se cuida de revisão, que pode ser procedida a qualquer tempo, seja segundo o Decreto nº 59.310/66 (art. 429), seja de acordo com a Lei nº 8.112/90 (art. 174). Embora concorde com a Comissão Revisora quanto à inocência do servidor, a SAJ/PR entende que a solução estaria, não, como proposto, na reintegração do Agente de Polícia Federal, mas em tornar sem efeito o decreto presidencial que lhe cassou a aposentadoria. Eis a íntegra da Nota:

"Trata-se de processo de revisão da cassação da aposentadoria do ex-servidor (...), Agente de Polícia Federal, do Quadro Permanente do Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, por haver praticado, no exercício do cargo que ocupava, ato lesivo ao patrimônio de pessoal natural e jurídica, com fundamento no art. 364, inciso LXII, do Decreto nº 59.310, de 27 de setembro de 1966.

Cumprе salientar, preliminarmente, que o processo revisional só foi realizado por determinação judicial, da lavra do Excelentíssimo Senhor Juiz Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Campo Grande - Mato Grosso do Sul, nos autos da Ação Ordinária nº 98.2160-4, cujos precisos termos, em conclusão, foram os seguintes:

'O deferimento do pedido é medida impositiva.

A revisão de processo disciplinar, prevista no art. 174 da Lei nº 8.112/90, é admissível ante o surgimento de elementos novos em benefício do

servidor. No presente caso, não se pode, ao menos de plano, afastar a pretensão revisional com base, exclusivamente, em conclusão sobre a natureza dos fatos ora aventados, à qual somente se poderia chegar após análise mais detida da prova eventualmente produzida depois de possibilitada a almejada revisão. Ao que parece, a análise supra referida é questão de mérito a ser melhor aferida na própria revisão, que correrá em apenso ao processo originário, na forma prevista em lei. Em sendo assim, não vejo porque não atender o pedido, visto que, ademais, tal procedimento nenhum prejuízo trará à requerida, que dispõe de todo o aparelhamento, tanto pessoal como material, para fazê-lo. E, ainda, tendo em vista a natureza do pedido, não vislumbro nenhum risco de irreversibilidade do provimento a ser antecipado, visto que, se o autor não tiver razão, a simples revisão do processo disciplinar não trará maiores consequências para a União Federal. A revisão, de seu turno, se procedente a alegação do autor, terá o condão de evitar que uma injustiça se perpetue.

Por isto, defiro o pedido de antecipação de tutela e, por conseguinte, determino à União Federal, através do órgão competente, que garanta ao autor o direito à revisão do processo disciplinar administrativo noticiado nos autos.' (fls. 263 a 265)

O Processo de Revisão obedeceu ao contido nos arts. 174 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em cujo relatório final (fls. 382 a 412), a Comissão Revisora opinou erroneamente pela reintegração do ex-servidor, quando na verdade deveria ter se manifestado pela restauração da aposentadoria, sugerindo, deste modo, o provimento da revisão, a saber:

'III - Conclusão

Terminados os trabalhos desta Comissão, constatamos a não existência de provas suficientes nos autos para caracterizar as transgressões da norma do inciso LXII do artigo 364 do Decreto 59310/66 motivadores da cassação da aposentadoria do ex-APF (...).

Além da falta de provas, o que por si só já era suficiente para o deferimento do pedido de revisão, surgiram fatos novos passíveis de reconsiderar a punição aplicada, qual seja, as declarações do Sr. (...), às fls. 18 até 21, quanto ao documento intitulado 'Declaração da Apuração da Verdade', corroborado em seu depoimento às folhas 310 até 313, no Processo de Revisão, retificando seus depoimentos prestados no bojo da sindicância nº 032/85-SR/DPF/MS e nos Processos Disciplinares nº 06/86-SR/DPF/MS e 13/86-SR/DPF/MS, no tocante ao apossamento por parte do ex-APF (...) dos móveis os quais guarneciam o cômodo ocupado por (...) e (...) na residência da amante do ex-policial, Sra. (...).

Destarte após analisarmos os conteúdos dos Processos Administrativos Disciplinares e as provas trazidas a lume quando da instrução do processo, particularmente o fato novo, a retratação de (...), opinamos, s.m.j., pela reintegração do ex-APF (...), aos Quadros do Departamento de Polícia Federal.' (fls. 411 e 412).

Encaminhado o procedimento à d. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, do seu exame, pelo Parecer CJ nº 020/2001, de 06 de março de 2001, da lavra do Assistente Jurídico, Dr. Álvaro Luiz Pereira Nunes, entendeu pelo indeferimento da reintegração do ex-servidor, na verdade restauração da sua aposentadoria, sugerida pela Comissão Revisora, pela ocorrência da prescrição, conforme contido no Parecer nº AGU/LS-4/93

(Anexo ao Parecer nº GQ-10), devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e com supedâneo no disposto no art. 112, da Lei nº 8.112, de 1990, assim aduzindo:

‘02. A comissão revisora manifestou-se pela reintegração do ex-servidor por reconhecer a existência de fato novo capaz de elidir sua responsabilidade funcional relativamente à transgressão disciplinar que resultou na cassação de sua aposentadoria.

03. Através do Parecer nº GQ-10, de 06 de outubro de 1993, in Diário Oficial da União de 1º de novembro de 1993, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a Advocacia-Geral da União - AGU firmou o entendimento de que a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável.

04. O processo disciplinar nº 13/86-SR/DPF/MS foi concluído no final do ano de 1986 e a penalidade máxima expulsória publicada no Diário Oficial da União de 27 de março de 1989.

05. Ora, considerando que desde então já se passaram quase 11 (onze) anos, prescrita de há muito qualquer possibilidade de reforma do correspondente ato administrativo, como, outrossim, muito apropriadamente demonstrado no Parecer CJ nº 044/97 de fls. 250/5, cujos termos, por seus jurídicos fundamentos, concordamos, ‘in totum’, é evidente que não mais se pode promover a reintegração do ex-APF (...).

06. Demais disso, por ser um instituto de ordem pública, como, aliás, previsto no artigo 112 da Lei nº 8.112, de 1990, também não se deve olvidar que a prescrição não pode ser relevada pela Administração.

Ante o exposto, configurada a prescrição, com espeque no que estabelece o artigo 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, opinamos pelo não acolhimento da proposição inadvertidamente aduzida pela comissão revisora, por falta do imprescindível amparo legal a informar invariavelmente todas as decisões no âmbito da Administração Pública, mediante o arquivamento do processo.’ (fls. 418 e 419).

Da nossa análise dos autos, há que se ter em conta, inicialmente, que o processo de revisão pretendeu, na verdade, mediante a suposta existência de fatos novos, tornar sem efeito ou não a cassação de aposentadoria do ex-servidor (...), sendo, deste modo, completamente delirante se falar em reintegração, como sem dúvidas equivocadamente se posicionaram tanto a Comissão Processante bem assim a d. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça.

Da mesma forma, impende consignar, por oportuno, que a revisão em si, desde que presentes fatos novos, pode a qualquer momento ser pleiteada e realizada, nos termos dos arts. 429, ‘caput’, do Decreto nº 59.310, de 1996, e 174, da Lei nº 8.112, de 1990.

No caso particular, a revisão foi determinada por decisão judicial (fls. 263 a 265), e ao seu final a Comissão Processante, em razão de fatos novos, propôs o deferimento do apuratório (fls. 382 a 412), com a conseqüente restauração de aposentadoria do ex-servidor, cujo relatório, aliás, endossamos plenamente.

Deste modo, não há que se falar em anulação do decreto Presidencial que determinou a cassação da aposentadoria do ex-servidor, pois na verdade tal ato não está eivado de qualquer vício de nulidade, vez que perfeito naquela

ocasião, só que posteriormente sugeriram fatos novos a ensejar a absolvição do então acusado, sendo certo, assim, que no caso sob exame não se aplica o citado Parecer nº AGU/LS-4/93 (Anexo ao Parecer nº GQ-10), que trata da prescrição quinquenal, não aplicável, como já dito, na hipótese presente, pois aqui pretende-se tornar sem efeito o decreto que lhe cassou a aposentadoria, em razões de fatos novos, a ensejar, a absolvição do ex-servidor.

Assim, tendo em vista o conjunto probatório carreado aos autos, discordando do posicionamento adotado pela d. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, pois entendemos inaplicável o instituto da prescrição quinquenal ao caso, e concordando com o relatório final da Comissão Processante, nunca demais repisar, quanto à inocência do ex-servidor no que tange aos ilícitos que lhes são imputados, pelo que opinamos no sentido de que seja tornado sem efeito o decreto Presidencial que lhe cassou a aposentadoria, com a conseqüente restauração da mesma.

Por todo o exposto, em razão da evidente divergência de entendimento entre esta Subchefia e a d. Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, sugerimos o encaminhamento dos autos à Advocacia-Geral da União, a quem compete dirimir a controvérsia, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 1993.

É o nosso entendimento, s.m.j.” (Proc. fls. 2 a 5)

IV - PARECER

7. Não há discordância nestes autos quanto à inocência do servidor demitido: embora a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça não se tenha pronunciado quanto ao mérito, concluiu ser *“inafastável reconhecimento da prescrição administrativa, em que pese a possível nulidade absoluta do ato administrativo”*.

7.1 De fato, embora acusado por (...), de ter-se apossado de seus bens (móveis que guarneciam cômodo que o próprio servidor indicara ao companheiro da denunciante), e registrada a ocorrência na Delegacia de Polícia (estadual e federal), certidões (fls. 23 e 318 e 374/375, do Processo Administrativo de Revisão) tanto da Justiça Federal, quanto da Estadual, indicam a inexistência de qualquer ação criminal intentada contra o ex-Agente de Polícia Federal, seja por invasão de domicílio, furto ou apropriação indébita.

7.2 Além disso, confissão posterior do ex-companheiro da denunciante (e que deu origem ao pedido de revisão), demonstra não só a inocência do ex-servidor, mas a sua solidariedade a quem, em momento de infortúnio, perdido o cargo que ocupava, não tinha o que comer e onde dormir. O ex-policial, não só acomodou a família dos necessitados em cômodo nos fundos da casa da amásia (que dera seu consentimento), como também emprestou ao “cônjuge” varão dinheiro para o transporte dos poucos bens e para a compra de alimentos que lhe suprissem as necessidades básicas.

7.3 Mais ainda: para a aquisição de um carro cuja venda poderia proporcionar ao indigitado casal algum lucro para a sobrevivência e início de novas atividades, avalizou o policial estadual demitido. E novo aval, para a compra de um segundo carro. Não saldada a dívida pelo devedor principal, o ex-servidor federal honrou o compromisso assumido, endossando cheque administrativo (fls. 330/331, 349/351, 367/368 e 338, verso). Depoimentos informam (Apenso fls. 42/43, 96/97, 140/141, 273/27) que o ex-Agente de Polícia Federal tinha sempre a propensão de ajudar àqueles que estavam, salvo se de maneira ilícita, em dificuldades.

7.4 Dos assentamentos funcionais do ex-policial (fls. 292/305, Proc. de Revisão e fls. 91/94, fls. 248/250) só constam elogios. Nenhuma penalidade. De observar-se que, no Apenso, como se pode ver no Relatório (PAD 06/86-SR/MS) de fls. 215/225, especificamente às fls. 223, a Comissão processante concluiu pelo não indiciamento do acusado por infração ao inciso LXII do art. 364 do Decreto nº 93.510, de 1966, por entender não provado o fato. Às fls. 273, já no PAD 013/86-SRMS, que se seguiu ao PAD 06/86 (não concluído em tempo), a testemunha (...) nada esclarece sobre a retirada dos pertences de sua companheira do cômodo em que moravam na casa de (...). A denunciante (...) não foi ouvida. E, ainda assim, no Despacho de fls. 297/300 verso, a Comissão processante dá como provado o fato (fls. 297) e faz o indiciamento do ex-policial por prática de ato lesivo ao patrimônio de(...) (fls. 297). A prova, segundo a Comissão, seria a própria denúncia, ou seja, a queixa de (...), reduzida a Termo de Declarações (fls. 10/13), a ocorrência policial registrada em Delegacia de Polícia (fls. 23) pela pretensa vítima. No Relatório final (fls. 319/328), disse a Comissão: *“Quanto ao inciso LXVII, a defesa alega que as provas dos autos são insuficientes e produzidas por pessoas que não merecem crédito ((...) e (...)). Ocorre que, além dos depoimentos de ((...) e (...)) (denunciante e seu companheiro) e do Boletim de Ocorrência {registrado por (...)}, as próprias contradições (que não diz quais são) de (...) e sua amásia (...) permitem afirmar que os primeiros possuíam alguns bens e, que o indiciado se apropriou dos mesmos após invadir o seu local de residência conforme já foi dito antes”* (fls. 326). De registrar-se que a apropriação é sempre dolosa: requer a vontade consciente de ter para si os bens alheios. Mas, parecer de fls. 341/345 concordou com a Comissão e os autos foram remetidos ao Ministério da Justiça (fls. 348), onde despacho os encaminhou à Consultoria Jurídica em 11/8/87 (fls. 348 verso). Não há nos autos parecer da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça. Apenas a informação datada de 01/02/90 (fls. 350) de que a cassação foi publicada no BS 068, de 11/04/89. A Exposição de Motivos se encontra às fls. 370/372 e cópia do Decreto de cassação, às fls. 374, justamente pela falta prevista no art. 354, LXVII, do Decreto nº 59.310. de 1966.

7.5 De qualquer modo, a confissão de (...), única testemunha (e à época companheiro da denunciante) que depôs sobre o fato pelo qual o ex-servidor teve cassada a sua aposentadoria, inocenta o ex-servidor das acusações que lhe foram feitas, relatando as inverdades contidas na denúncia formulada por (...). A confissão constitui fato novo que isenta o ex-policial federal da prática de qualquer ato que pudesse levar à sua demissão ou à cassação de sua aposentadoria e que, portanto, ensejou a revisão.

A - O DECRETO Nº 20.910, ART. 1º E A LEI Nº 9.784, ARTS. 54 e 65

8. Invoca o Ministério da Justiça a prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, a impedir a revisão, o reexame do caso, evitando pronunciar-se sobre o mérito. E chama à colação o Parecer GQ-10, de cuja ementa é destacada:

“A prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1.932, abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. É, o instituto da prescrição administrativa, elemento fundamental e indispensável à estabilidade ‘das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores’ (Hely Lopes Meirelles, citado no item 23 do Parecer adotado).”

9. O Parecer AGU/LS-4/93, aprovado pelo Parecer GQ-10, cuidou da “incidência da prescrição quinquenal sobre atos nulos” e tem a seguinte ementa:

“Decreto nº 20.910/32. Prescrição quinquenal. Postulação deduzida perante a Administração Pública, objetivando rever ato com vício de nulidade, acha-se sujeita à prescrição quinquenal, na conformidade do que estabelece o Decreto nº 20.910/32. A matéria tem merecido do Poder

Judiciário, através de iterativos arestos de seus Pretórios, entendimento divergente do consagrado no Parecer JCF-11, de 30.11.1992 (anexo ao Parecer CR/CG nº 01, de 11.02.1992), motivo pelo qual deve ser revisto, para se conformar à doutrina e jurisprudência vigentes. Acatamento do Parecer CJ nº 074/MJ, de 25.03.1993, do Ministério da Justiça que abordou de modo correto os aspectos jurídicos da questão e as razões para a revisão pleiteada.”

10. Tanto o Parecer GQ-10, de 06/10/93, quanto o Parecer CJ nº 074/MJ, de 25.03.1993, cuidaram de matéria atinente “à prescrição quinquenal em matéria de nulidade de ato administrativo disciplinar”. Diz o Parecer AGU/LS-4/93 que a tese consubstanciada no Parecer CJ nº 074/MJ foi *“desenvolvida devido a um questionamento do Departamento de Polícia Federal a respeito do entendimento esposado pela antiga Consultoria-Geral da República (Parecer CR/CG nº 01/92, anexo ao Parecer JCF-11, de 30/11/92, (...) ao propor o deferimento de recurso do (...), anulando a punição que lhe fora imposta ‘unicamente em razão da inexistência de processo regular para a apuração da falta funcional, cuja ocorrência não é negada pelo Recorrente, e para aplicação da penalidade’).*”

11. Com inteira razão a SAJ/PR: o Parecer GQ-10 não se aplica ao caso destes autos. De fato, o parecer cuida de atos nulos e anuláveis, entendendo-os sujeitos à prescrição. Já estes autos tratam da revisão de processo administrativo disciplinar. O PAD de que se cuida não é nulo nem anulável, não há vício a maculá-lo e a penalidade resultou de inadequada apuração e valoração dos fatos. Mas está sujeito à revisão pela superveniência de fato novo a demonstrar a inocência do servidor. Já na vigência do antigo Estatuto, era pacífico o entendimento de que a revisão estava sujeita à prescrição. Tanto o Decreto nº 59.310/66 (art. 429), quanto a Lei nº 8.112/90 (arts. 174 a 182) e a Lei nº 9.784/99 (art. 65) são expressos no sentido de que a revisão pode efetivar-se a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, desde que se aduzam fatos novos ou circunstâncias novas capazes de justificar a inocência do acusado, ou a inadequação da sanção aplicada.

12. Eis o texto dos diplomas legais referidos no item anterior:

“Formulação DASP nº 35: Revisão de Inquérito - A revisão de inquérito administrativo está sujeita a prescrição quinquenal.”

a) O Decreto nº 20.910/32 regula a prescrição quinquenal no seu art. 1º, invocado pelo Ministério da Justiça para sugerir não seja a revisão acolhida. Eis alguns dos dispositivos que interessam ao deslinde da questão:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Art. 2º - Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou pôr vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

Art. 3º - Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos a prescrição atingirá progressivamente as prestações, a medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Art. 4º - Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. - A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

b) Seguindo sistemática da Lei nº 1.711, de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - art. 233), a Lei nº 8.112, de 1990, é enfática ao reconhecer a possibilidade de revisão a qualquer tempo:

Art. 174. O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

§ 1º Em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento do servidor, qualquer pessoa da família poderá requerer a revisão do processo.

§ 2º No caso de incapacidade mental do servidor, a revisão será requerida pelo respectivo curador.”

c) E, por último, depois de estabelecer que o direito de a Administração “*anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*” (art. 54), a Lei nº 9.784/99, é enfática ao dizer que:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

13. Ora, é evidente que o legislador não legisla em vão. Cada disposição tem o seu significado próprio. Não há palavras ou disposições desprovidas de valor. A decadência é a perda do próprio direito pela inércia do seu titular. Com a perda do direito, inexistirá qualquer ação a sustentá-lo. Já a prescrição é a perda da ação em consequência da inércia do autor do direito. O direito existe, mas não pode ser exercitado uma vez que ocorreu a prescrição. Se a Lei 9.784 previu a decadência do direito (art. 54) pelo decurso do prazo de cinco anos e, logo a seguir (art. 65) diz que a revisão pode ser realizada a qualquer tempo, é evidente que a revisão pode realmente efetivar-se a qualquer tempo uma vez dependente da superveniência (que foge à competência do interessado) de fato novo, ou de circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

14. Estabelecida a premissa de que a revisão está sujeita ao prazo de decadência, é necessário atentar-se para alguns dados fornecidos pela conjugação dos arts. 54 (decadência) e 65 (revisão) da referida Lei nº 9.784/99:

(Em palestra no Centro de Estudos “Victor Nunes Leal”, da AGU, o eminente Professor Caio Tácito (Presidente da Comissão de que resultou o Projeto de Lei que se converteu na Lei nº 9.784) manifestou o entendimento de que também a revisão está sujeita ao prazo de decadência estabelecido no art. 54.)

a) regra geral, o prazo decadencial conta-se a partir da data em que o ato foi praticado;

b) a decadência diz respeito ao direito de a Administração anular ato administrativo de que decorram efeitos favoráveis ao destinatário (art. 54, Lei 9.784/99); não é o caso dos autos. O ato administrativo cassou a aposentadoria do servidor; foi-lhe prejudicial;

c) demonstrado o fato novo ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, a revisão é um direito do servidor e não uma faculdade da administração;

(A manutenção de decisão injusta é contrária à moral administrativa. A moralidade é um dos princípios constitucionais a regerem a Administração Pública. Mais que a interpretação literal, valem a finalidade do dispositivo e a interpretação global da Lei. A finalidade do dispositivo é corrigir um erro, reparar uma injustiça. A interpretação global da Lei indica que a revisão é um recurso do servidor e constitui, portanto um direito (ver RE 116.476, DJ 19/8/88)).

d) não se há de falar em perda do direito (decadência) ou da ação (prescrição) se não surgiu para o interessado a oportunidade de pedir a revisão;

e) só é possível a revisão com a superveniência do fato novo (que não depende do interessado) não apreciado no processo originário;

f) o fato novo, no caso destes autos, só ocorreu com a retratação escrita datada de 17/4/96 (fls. 18-21);

g) não se sabe quando o Requerente teve dela conhecimento, mas, já em 24/5/96 (fls. 4), solicitou ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça a revisão, que foi denegada (em 8/10/97) sob a inadvertida alegação de prescrição quinquenal (fls. 257);

h) o ex-APF recorreu à Justiça que, em 30/10/96, determinou a revisão administrativa (fls. 263-265);

i) há dois entendimentos possíveis quanto ao início da prescrição, relativamente a atos anteriores à Lei nº 9.784/99 (quando os atos eram imprescritíveis): 1) o prazo só se conta a partir da data da Lei, que não retroage para alcançar situações antigas; 2) o prazo sempre se conta a partir da data em que o interessado apresentou o pedido do fato novo; interrompe-se na data de apresentação do pedido e recomeça por inteiro no prazo em que deveria ser concluída a revisão;

j) qualquer que seja a solução adotada, no caso destes autos, não ocorreu a decadência: 1) no primeiro caso, só a partir de 1º/2/99 (data de publicação da Lei 9.784), teria se iniciado o prazo decadencial. Mas, já nesta época, o Requerente tomara as medidas que lhe cabiam para a defesa do direito que entendia ter. Mesmo sem analisar a suspensão, pode-se afirmar que o prazo decadencial não ocorreu; 2) veja-se adiante o item 26, alíneas “f” a “h” e “l”.

15. Examinemos, então, a aplicação do Decreto nº 20.910, invocada pelo Ministério da Justiça. Repita-se o dispositivo dado à colação:

Art. 1º - As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

16. Ora, a possibilidade de requerer a revisão somente surge na data em que o interessado toma conhecimento do fato que a enseja:

a) a retratação é datada de 17/4/96 (fls. 18-21);

b) não se sabe quando o Requerente teve dela conhecimento, mas, já em 24/5/96 (fls. 4), solicitou ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça a revisão que, inadvertidamente, foi denegada (em 8/10/97) sob a alegação de prescrição quinquenal (fls. 257);

c) o ex-APF recorreu à Justiça que, em 30/10/96, determinou a revisão administrativa (fls. 263-265);

d) não ocorreu a prescrição, conforme será demonstrado no item seguinte.

17. Nos termos do mesmo Decreto nº 20.910, invocado pelo Ministério da Justiça, não ocorreu ainda a prescrição, uma vez que foi interrompida em 24/5/96 (fls. 4), data de apresentação do requerimento do interessado ao Ministério da Justiça:

Art. 4º - Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. - A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

18. Há que ponderar-se também que:

Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

19. A dívida da União ou o direito contra a Fazenda Pública, no caso de revisão de processo administrativo, somente surgirá com a procedência da revisão. E a revisão só se origina da superveniência de fato novo.

20. Pode-se, então concluir que, seja sob o império do Decreto nº 20.910/32, seja ao amparo da Lei nº 9.784/99, não ocorreu a prescrição (no primeiro diploma) nem a decadência (no segundo).

B - MANIFESTAÇÃO DA AGU - PARECER GQ-28

21. Esta Advocacia-Geral da União já teve oportunidade, na vigência do Decreto nº 20.910/32 (art. 1º), do Decreto nº 59.310/66 (art. 429) e da Lei nº 8.112/90 (art. 174) de apreciar (Parecer GQ-28, DOU de 1º/9/94) revisão de processo administrativo disciplinar em que Delegado de Polícia Federal foi demitido do cargo. A demissão ocorrera por Decreto de 03/5/82 (DOU de 55/5/82), mas o fato novo foi posterior: a reintegração, uma vez julgada procedente Ação Ordinária que reconheceu eivado de vício insanável o ato demissório. A ação foi proposta por outro Delegado que, com o primeiro, foi objeto do mesmo processo administrativo, punidos ambos pela mesma infração e com a mesma sanção administrativa. Ao examinar a proposta formulada pelo Ministério da Justiça de reintegração do servidor, a antiga Secretaria de Administração Federal dela discordou, por entender, dentre outros motivos, configurada a prescrição. Os autos foram então encaminhados a esta Instituição. Do Parecer AGU/LS-7/94, adotado pelo Parecer GQ-28, destaco:

“II - Revisão. Fato Novo

60. O artigo 174, da Lei nº 8.112, de 1990, ao referir-se sobre o processo de revisão, estabelece: ‘O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da sua aplicada.’

70. No meu modo de entender, três vertentes direcionam-se para que a Administração Pública aja no sentido de elidir a pena imposta:

- 1) a decisão da Comissão Disciplinar foi contrária às provas dos autos;
- 2) surgiram, após a demissão, fatos novos que indicam o cometimento de injustiça contra o ex-delegado;

3) ocorreram circunstâncias posteriores capazes de justificar a inocência do punido.

71. Não há que se falar na espécie em prescrição porquanto a Lei nº 8.112/90 diz que o processo disciplinar poderá ser revisto a qualquer tempo quando ocorrerem os motivos elencados no *caput* do art. 174, causadores do pedido revisional.

72. A justiça, então, sobrepaira por via da revisão, franqueada 'a qualquer tempo' ao postulante para que demonstre que os julgadores erraram na compulsão das provas, exarcebaram na cominação da pena e ..."

22. Também o Supremo Tribunal Federal, por despacho do Ministro Marco Aurélio no MS nº 23.741 datado de 19/8/2000 (DJ 5/9/2000), teve oportunidade de apreciar a ocorrência da prescrição, quanto à revisão, já na vigência da Lei nº 9.784/99:

"MS 23.741, Relator Min. Marco Aurélio:

2. (...) Ademais, a teor do disposto no artigo 174 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o processo disciplinar pode ser revisto a qualquer tempo e, uma vez acolhido o pedido, é declarada sem efeito a punibilidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto o referente à destituição de cargo em comissão, convertida em exoneração - artigo 182."

23. Anteriormente, no RE-67.468/PR, julgado em 23/10/69 (DJ 21/11/99), a Primeira Turma decidiu:

"Sargento que, excluído das fileiras da força policial do Estado do Paraná, fica aguardando, durante mais de dezesseis anos, solução a pedido de reconsideração que formulou. Impossibilidade de ocorrência, no caso, de prescrição, 'ex-vi' do artigo 4º e seu parágrafo único do D. nº 20.910, de imprescritibilidade, ademais, da revisão do processo administrativo. Abolição no juízo criminal e parecer favorável da comissão especial no sentido da reinclusão. Inexistência de negativa de vigência de lei federal e dissídio de jurisprudência não comprovado segundo a súmula nº 291. Recurso extraordinário não conhecido."

24. Também no RE 116.476/RJ, julgado em 30/6/88 (DJ 19/8/88), sendo Relator o Ministro Carlos Madeira, a Corte Suprema decidiu:

"Funcionalismo. Reintegração em cargo publico. Prescrição. Tendo a revisão administrativa o caráter de recurso, seu requerimento suspende o fluxo prescricional, a teor do artigo 4º do decreto 20.910, de 6.1.1932. A contar da decisão judicial que inocentou o funcionário, até a propositura da ação em face do indeferimento da reintegração, não transcorreram os cinco anos do prazo de prescrição previsto em lei. Recurso não conhecido."

V - CONCLUSÃO

25. De todo o exposto, se tomarmos como incidente o Decreto nº 20.910/32, pode-se afirmar:

a) a revisão do processo administrativo disciplinar está sujeita à prescrição (art. 1º, Decreto nº 20.910/32);

b) o termo inicial do prazo prescricional é a data do fato que enseja a revisão. No caso destes autos, inobstante a demissão tenha ocorrido em 27/3/89 (data do DOU que publicou o Decreto de cassação da aposentadoria), o fato superveniente (retratação é datada de 17/4/96, fls. 18-21) se deu sete anos depois;

c) a prescrição não corre durante a demora da Administração no exame do pedido (art. 4º, Decreto nº 20.910/32);

d) *“A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano”*. No caso destes autos, a prescrição foi interrompida em 24/5/96 (fls. 4), data de apresentação do requerimento do interessado ao Ministério da Justiça;

e) salvo a apresentação do requerimento em 24/5/96 (fls. 4), nenhum outro ato processual ficou na dependência do Requerente. Toda a demora se deve única e exclusivamente a atos da Administração;

f) mas, ainda que se entendesse, absurdamente, que o prazo prescricional começa a correr na data da apresentação do pedido (24/5/96), aplicando-se o art. 180 da Lei nº 8.112/90 (aplicam-se aos trabalhos da Comissão Revisora as normas e procedimentos próprios da Comissão do processo disciplinar), a conclusão não seria diferente. De fato, o prazo para a conclusão do processo é de 140 dias (arts. 152 e 167, Lei nº 8.112/90). E, neste caso, deveria estar concluído em 11/10/96. Contados os cinco anos, a prescrição só ocorreria em 11/10/2001;

g) no caso destes autos, não ocorreu a prescrição e a revisão deve ser julgada procedente para tornar sem efeito o Decreto presidencial que cassou a aposentadoria do Requerente.

26. Por outro lado, se tivermos como incidente sobre o caso dos autos a Lei nº 9.784/99, é inegável que:

a) regra geral, o prazo decadencial conta-se a partir da data em que o ato foi praticado;

b) a decadência diz respeito ao direito de a Administração anular ato administrativo de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários (art. 54, Lei 9.784/99); não é o caso dos autos. O ato administrativo cassou a aposentadoria do servidor. Foi-lhe, portanto, prejudicial;

c) a revisão, sendo espécie de recurso, é um direito do servidor.;

d) não se há de falar em perda do direito (decadência) ou da ação (prescrição) se não surgiu para o interessado a oportunidade de pedir a revisão;

e) só é possível a revisão com a superveniência do fato novo (que não depende do interessado) não apreciado no processo originário;

f) o fato novo, no caso destes autos, só ocorreu com a retratação escrita datada de 17/4/96 (fls. 18-21);

g) não se sabe quando o Requerente teve dela conhecimento, mas, já em 24/5/96 (fls. 4), solicitou ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça a revisão que foi denegada (em 8/10/97) sob a inadvertida alegação de prescrição quinquenal (fls. 257);

h) o ex-APF recorreu à Justiça que, em 30/10/96, determinou a revisão administrativa (fls. 263-265);

i) segundo uma corrente, o prazo de decadência relativo a atos anteriores à Lei nº 9.784/99 (quando os atos eram imprescritíveis), só se conta a partir da data da Lei, que não retroage para alcançar situações antigas;

j) logo, só a partir de 1º/2/99 (data de publicação da Lei 9.784), se iniciaria o prazo decadencial. Mas, já nessa época, o Requerente tomara as medidas que lhe cabiam para a defesa do direito que entendia ter. Mesmo sem analisar a suspensão, pode-se afirmar que o prazo decadencial não expirou;

l) segundo outra corrente, o prazo decadencial começa a correr na data em que o interessado teve conhecimento do fato novo; interrompe-se com a apresentação do pedido (24/5/96) e recomeça, por inteiro, na data em que deveria ser concluída a revisão. Aplicando-se o art. 180 da Lei nº 8.112/90 (aplicam-se aos trabalhos da Comissão Revisora as normas e procedimentos próprios da Comissão do processo disciplinar), a conclusão não seria diferente. De fato, o prazo para a conclusão do processo é de 140 dias (arts. 152 e 167, Lei nº 8.112/90). E, neste caso, o processo deveria estar concluído em 11/10/96. Contados os cinco anos, a prescrição só ocorreria em 11/10/2001.

27. A propósito da expressão final (“... *restabelecendo-se todos os direitos do servidor.*”) do art. 182 da Lei nº 8.112/90, vale lembrar a lição de J. Guimarães Menegale, comentando o art. 238 da Lei nº 1.711/52, de conteúdo idêntico ao do art. 182 do Regime Jurídico Único (e vigente o Decreto nº 20.910), transcrita no Parecer H-497, da Consultoria-Geral da República:

“15. O artigo 238, da Lei nº 1.711/52, é taxativo, ao asseverar:

‘Art. 238: Julgada procedente a revisão, tornar-se-á sem efeito a penalidade imposta, restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos’.

16. Ora, demonstrada como foi pela Comissão Revisora, a iniquidade dos atos demissórios, a conseqüente reintegração dos interessados se impõe.

17. J. Guimarães Menegale, comentando o artigo 238 do Estatuto dos Funcionários, leciona:

‘A decisão favorável à procedência da revisão resulta em proclamar a inocência do proponente, pela negação do fato que se lhe imputou, ou de sua culpabilidade. Ora, sem a ocorrência do fato constitutivo da infração ou sem a determinação da culpa de seu suposto agente, a situação do funcionário retrotrai-se à existência ao tempo, à data em que teve início o processo disciplinar.

O êxito da revisão a seu favor elimina, no tempo e no espaço, a afirmação do fato e a penalidade. Logo, suprime-lhes, inteiramente, a conseqüência. Tudo quanto se passou, a demérito seu, entre a imposição da pena e a decisão revisionista, tudo se subverte, e desaparece. Do contrário, teríamos o absurdo de um efeito sem causa. Impõe-se, portanto, uma ‘restitutio in integrum’: reintegra-se o demitido; cancelam-se as anotações desfavoráveis; restituem-se os vencimentos e vantagens suspensos; restabelece-se o tempo descontado para a promoção ou aposentadoria; nenhum efeito da penalidade pode, enfim, perdurar’. (O Estatuto do Funcionário, vol. II, página 682/683).” (Parecer da lavra do Dr. Adroaldo Mesquita da Costa, DOU de 21/3/67)

28. No RE 116.476/RJ, já citado e julgado em 30/6/88 (DJ 19/8/88), sendo Relator o Ministro Carlos Madeira, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Funcionalismo. Reintegração em cargo público. Prescrição. Tendo a revisão administrativa o caráter de recurso, seu requerimento suspende o fluxo prescricional, a teor do artigo 4º do decreto 20.910, de 6.1.1932. A contar da decisão judicial que inocentou o funcionário, até a propositura da ação em face do indeferimento da reintegração, não transcorreram os cinco anos do prazo de prescrição previsto em lei. Recurso não conhecido.”

29. Em conclusão, seja sob o império do Decreto nº 20.910/32, seja sob a invocação da Lei nº 9.784/99, não ocorreu a prescrição. Provada a inocência do Requerente, deve a revisão ser julgada procedente e deve ser tornada *“sem efeito a penalidade imposta, restabelecendo-se todos os direitos por ela atingidos.”* Ou, nos termos da Lei 8.112, art. 182, *“declarada sem efeito (Lei nº 8.112/90, art. 182) a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor.”*

30. À consideração superior.

Brasília, 7 de agosto de 2001.

Mirtô Fraga
Consultora da União

NOTA: Ver também PARECER Nº GQ-177, no tópico COMPULSORIEDADE NA APLICAÇÃO DA PENA; e PARECER Nº GQ-147, no tópico INASSIDUIDADE HABITUAL.

Assuntos abordados neste Parecer: Ajuizamento de ação judicial não configura desistência das vias recursais administrativas.

PARECER AGU Nº JL-2

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 26 de maio de 2020”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 27/05/20, pg. 115, e republicado na íntegra no DOU de 01/06/20, pg. 2, em razão de incorreção na publicação original (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00688.000720/2019-10

INTERESSADO: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTO: Recurso administrativo em matéria disciplinar

PARECER Nº JL - 2

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00187/2020/GAB/CGU/AGU e do Despacho nº 00130/2020/DECOR/CGU/AGU, o anexo Parecer nº 00002/2019/CNPAD/CGU/AGU, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 18 de maio de 2020

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União

DESPACHO Nº 187/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Recurso administrativo em matéria disciplinar.

Exmo. Senhor Advogado-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 130/2020/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 2/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.
2. Caso acolhido, considerando a transversalidade e relevância da matéria, recomenda-se seja avaliada a possibilidade de submissão do Parecer ora aprovado ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e posterior publicação no Diário Oficial da União, de maneira que o entendimento adotado vincule toda a Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 16 de março de 2020.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União

Consultor-Geral da União

DESPACHO Nº 130/2020/DECOR/CGU/AGU**NUP:** 00688.000720/2019-10**INTERESSADOS:** Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares**ASSUNTOS:** Recurso administrativo em matéria disciplinar.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 6/2019/CNPAD/CGU/AGU, o Parecer nº 2/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, com fundamento no art. 3º, inciso I, e no parágrafo único do art. 5º, todos do Ato Regimental AGU nº 1, de 2019¹.
2. Deve ser consolidado, por conseguinte, o entendimento no sentido de que o ajuizamento de ação, *per sí*, não se constitui como desistência tácita de pedido de reconsideração, de pedido de revisão e de recurso hierárquico no âmbito de procedimentos de natureza disciplinar, não prejudicando o conhecimento dos pedidos e recursos pela Administração, desde que preenchidos os respectivos pressupostos legais e que não haja decisão judicial transitada em julgado.
3. O ingresso de ação judicial, portanto, não obsta que a Administração Pública examine recurso hierárquico, pedido de revisão e de reconsideração em sede de processos disciplinares, uma vez que a discussão da matéria em juízo não se caracteriza como desistência de pedido ou recurso formalizado na esfera administrativa.
4. Consigne-se, por oportuno, que o entendimento ora consolidado possui efeitos prospectivos, em estrito respeito ao que dispõe o inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, de maneira que restam preservados os atos praticados sob o resguardo de orientação distinta, em atenção aos preceitos da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e do *tempus regit actum*.
5. Caso acolhido, considerando a transversalidade da matéria, e que o entendimento consolidado tem potencial para redução de litígios judiciais, recomenda-se que o Parecer nº 2/2019/CNPAD/CGU/AGU seja submetido à apreciação do Advogado-Geral da União e à posterior aprovação do Exmo. Senhor Presidente da República para os fins do art. 40, § 1º, e art. 41, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 09 de março de 2020.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

¹ Art. 3º Incumbe às Câmaras Nacionais: I - propor a uniformização de questões afetas à prestação de consultoria e assessoramento mediante elaboração de pareceres jurídicos, em tese, enunciados e orientações normativas; (...) Art. 5º As Câmaras Nacionais ficarão sob a supervisão de órgão da Consultoria-Geral da União, a ser indicado no ato de sua criação. Parágrafo único. As manifestações jurídicas, as orientações normativas, os manuais, os enunciados, os atos normativos, os modelos e listas de verificação e demais trabalhos elaborados pelas Câmaras Nacionais serão submetidos à apreciação do órgão supervisor competente, do Consultor-Geral da União e, quando necessário, do Advogado-Geral da União.

DESPACHO Nº 6/2019/CNPAD/CGU/AGU**NUP:** 00688.000720/2019-10**INTERESSADOS:** DECOR**ASSUNTOS:** Assuntos disciplinares

1. A CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES - CNPAD/CGU/AGU, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 13 de agosto de 2019, aprovou a seguinte proposta de enunciado, conforme ata de reunião em anexo:

A autoridade administrativa competente deve conhecer de Pedido de Reconsideração, de Revisão ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário, desde que preenchidos os requisitos legais e não exista decisão judicial transitada em julgado.

2. Ante o exposto, submeto à aprovação do Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, os termos do Enunciado e parecer que o fundamenta.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

KARINE BERBIGIER RIBAS
Coordenadora
CNPAD/CGU/AGU

PROPOSTA DE ENUNCIADO Nº 00024/CNPAD/CGU/AGU

A autoridade administrativa competente deve conhecer de Pedido de Reconsideração, de Revisão ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário, desde que preenchidos os requisitos legais e não exista decisão judicial transitada em julgado.

Referências: Pareceres da Consultoria-Geral da República, Pareceres Consultoria-Geral da União, Lei 9.784/99.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

MILA KOTHE
Procuradora da Fazenda Nacional
CNPAD/CGU/AGU

PARECER Nº 2/2019/CNPAD/CGU/AGU**NUP:** 00688.000720/2019-10**INTERESSADOS:** CNPAD/CGU**ASSUNTOS:** Recurso administrativo em matéria disciplinar

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. REVISÃO. RECURSO HIERÁRQUICO. AÇÃO JUDICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DESISTÊNCIA TÁCITA.

I - Autoridade administrativa competente, caso preenchidos os demais requisitos legais, deve conhecer do Pedido de Reconsideração, de Revisão e/ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário.

II - Não configura desistência tácita do pedido administrativo o acionamento da via judicial.

III - A análise do pedido administrativo se torna prejudicada em caso de decisão judicial definitiva.

Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. Trata-se de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Disciplinares - CNPAD, cujos objetivos e competências são estabelecidos pela Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019.

2. Em reunião, a CNPAD deliberou a elaboração de um enunciado para tratar do tema *“Recurso administrativo de penalidade aplicada e judicialização. Desistência tácita na via administrativa”*.

3. O servidor que tem contra si aplicada penalidade disciplinar pode interpor pedido de reconsideração, recurso hierárquico e pedido de revisão, na forma dos arts. 104 a 108 e do art. 174 da Lei nº 8.112, de 1990. O pedido de reconsideração é dirigido à própria autoridade julgadora. O pedido de revisão, por sua vez, é dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, na forma do art. 177 do referido diploma legal. Por seu turno, o Recurso Hierárquico é avaliado pela autoridade superior hierarquicamente àquela que aplicou a penalidade¹.

4. Tendo em vista que os referidos pedidos administrativos interpostos na esfera administrativa em face de ato disciplinar não têm, via de regra, efeito suspensivo, é comum a interposição pelo (ex-)servidor de Pedido de Reconsideração, Pedido de Revisão e/ou Recurso Hierárquico simultaneamente ao acionamento da via judicial. Inclusive, em sua maioria, a irresignação apresentada perante a Administração Pública tem os mesmos fundamentos da ação judicial.

5. Quando se deparam com essas situações, as consultorias jurídicas têm orientado de diferentes formas as autoridades competentes para a análise do pedido, o que levou à necessidade do presente estudo com vistas à uniformização do entendimento no âmbito do Poder Executivo.

Do posicionamento da extinta Consultoria-Geral da República

6. Manifestações da extinta Consultoria-Geral da República, inclusive aprovados pelo Presidente da República, recomendavam à Administração que se abstivesse de deliberar sobre casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário até a sua decisão definitiva. Nesse sentido, conforme se extrai da NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 108/2008 – JGAS, os Pareceres H-040/64, H-237/65², H-442/66, H-528/67, H-648/68³, H-859/69 (Adroaldo Mesquita da Costa), I-001/69⁴ (Romeo de Almeida Ramos), L-089/75 (Luiz Rafael Mayer), Y-010/85 (Darcy Bessone), SR20/87⁵ (Saulo Ramos), CS-18/90⁶ (Célio Silva) e GQ09/93 (Geraldo Magela da Cruz Quintão). A título de exemplo, cita-se os seguintes excertos:

Parecer nº CS-18

“Adoto, para os fins e efeitos do art. 24 do Decreto nº 92.889, de 7 de julho de 1986, o anexo parecer da lavra da eminente Consultora da República, Dra. Thereza Helena Souza de Miranda Lima Paranhos.

5. Sobre o mérito da matéria tratada naquele estudo pessoal, assim como localizada no bem lançado Parecer DEJUR nº 108/90-BACEN, não cabe se pronuncie esta Consultoria Geral, eis que constitui, ela, hoje, tema *sub judice*, e, na reiterada e douta opinião de sucessivos titulares deste órgão, e de todo recomendável abstenha-se, a CGR, de manifestação acerca de

questões postas ao Poder Judiciário (cf. e.g., os Pareceres H-040, H-237, H-442, H-528, L-089, Y-010, S-003 e SR-020)

6. Isso senhor consultor geral, o que me parece, no caso.

Sub censura.

Brasília, 12 de novembro de 1990

Thereza Helena Souza de Miranda Lima Paranhos. Consultora da República.”

Parecer SR20/87

“III - PREJUDICIALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

A existência de questão posta sub judice recomenda abstenha-se, o Consultor-Geral da República, de emitir, sobre ela, pronunciamento outro além do que já disse como subsídios aos debates judiciais, ainda não encerrados.

Há que se aguardar a manifestação do Poder Judiciário e, em sendo enunciada, dar-lhe fiel cumprimento.

Essa tem sido a iterativa orientação da Consultoria Geral da República e de seus eminentes titulares. Nesse sentido, ver Adroaldo Mesquita da Costa, Pareceres H-040/64, H-237/65, H-442/66, H-528/67, H-648/68, H-859/69; Romeo de Almeida Ramos, Parecer 1-001/69; Luiz Rafael Mayer, Parecer L-089/75; Darcy Bessone, Parecer Y-010/85; Paulo Brossard, Parecer S-003/86.

Não vejo razão para divergir de tal entendimento.

É o parecer.

Brasília, 12 de janeiro de 1987

J. Saulo Ramos, Consultor-Geral da República.”

Parecer H-648/68

“7. Como se observa da descrição constante do memorial da matéria em questão está, ainda, sub judice.

8. Tem sido iterativo o entendimento desta Consultoria-Geral, no sentido de que, estando o problema afeto ao Judiciário, ao Executivo, compete aguardar-lhe o pronunciamento e dar-lhe fiel execução. Vejam-se, a propósito os Pareceres ns. 40-H, 237-H e 281-H, todos aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, e publicados, respectivamente, no Diário Oficial da União, de 5-8-64, 23-8-65 e 13-12-65.

É o parecer.

Brasília, 20 de fevereiro de 1968.

Adroaldo Mesquita da Costa, Consultor-Geral da República.”

7. No mesmo sentido do entendimento da Consultoria-Geral da República, a Formulação nº 34 do extinto DASP⁷, então órgão de assessoramento máximo do Presidente da República, a qual dispõe que “o ingresso do funcionário na via judicial importa desistência da via administrativa”⁸.

8. Os referidos entendimentos, estão, s.m.j., alicerçados no princípio da jurisdição una, ou seja, a decisão judicial transitada em julgado prevalece, via de regra, sobre a administrativa, pois esta não faz coisa julgada material (art. 5, inciso XXXV⁹, da CF).

Da jurisprudência

9. Há que se esclarecer, ainda, que, em consulta aos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, foram encontradas poucas decisões referentes à desistência tácita do pedido administrativo em matéria disciplinar. Nenhuma das decisões encontradas enfrentou de fato a legalidade ou não dos entendimentos dos Ministros ou do Presidente da República que, por orientação de suas consultorias, não conheceu do Pedido de Reconsideração/Pedido de Revisão/Recurso Hierárquico interposto em razão de ter o servidor apenado, concomitantemente, ingressado com ação judicial. Confira-se:

“DECISÃO: Vistos, etc.

José Dirceu de Paula impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Presidente da República (fls. 56), datado de 29 de janeiro de 2008, que ratificou pena de demissão que lhe foi imposta a ele, impetrante, pelo Ministro da Justiça, por meio da Portaria nº 639 (fls. 147), de 22 de março de 2007. (...)

4. Uma vez imposta a pena de demissão do cargo de provimento efetivo, pediu o impetrante reconsideração ao Ministro da Justiça. Os 90 dias que transcorreram sem que o recurso tivesse solução de mérito, levaram o autor a ajuizar mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça, premido pela aproximação do prazo decadencial. Impetração essa que deu causa ao julgamento pelo prejuízo do recurso administrativo, dada a suposta desistência tácita do mesmo.

5. Neste fluir das coisas, a questão deságua no ato coator que fundamenta a presente ação. Trata-se de novo recurso, agora hierárquico, dirigido ao Presidente da República. Recurso que foi julgado prejudicado, sob os mesmos fundamentos do anterior.

6. Ao final, o autor pede medida liminar para que seja determinada sua reintegração provisória e imediata. Segundo ele, o perigo da demora estaria configurado pela natureza alimentar da remuneração que não recebe por força da demissão. Já a plausibilidade jurídica do pedido, faz-se ela presente nos diversos pareceres da advocacia pública.

7. Em suas informações, o Presidente da República afirma não existir ilegalidade, com o que deixa de haver direito líquido e certo. A razão: seu ato está alicerçado em pareceres da Consultoria Geral da República, todos no sentido de que o servidor que ingressa com demanda judicial desiste tacitamente do recurso administrativo e transfere para o judiciário a solução do conflito. Pareceres estes vinculantes, nos termos da Lei Complementar nº 73/93. Sob tais argumentos, pede o impetrado a carência de ação. De outra banda, entende não estarem presentes os requisitos para concessão da liminar, pois o pedido fundar-se-ia apenas na justificativa da urgência da ação mandamental que o impetrante interpôs junto ao Superior Tribunal de Justiça.

8. Decido. (...)

16. Dito isso, averbo que em todas as tentativas recursais, os recursos não foram apreciados em seu mérito sob o fundamento da ocorrência de desistência tácita do recorrente, em função de haver impetrado mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça. Isto em que pese a veemente declaração de não desistência por parte do recorrente. No presente juízo de liminar não analisarei a legalidade de não se conhecer de recursos dos administrados em função da impetração do *mandamus*. Retornarei à matéria em momento oportuno e nos limites da demanda.

17. O engate lógico de tudo que expus já se faz por perceber. Uma vez que os fatos imputados não se adequam ao tipo normativo que fundamenta, de forma exclusiva, a sanção de demissão, esta se mostraria, de plano, ilegal.

18. Chego ao final do percurso para afirmar que estão presentes os requisitos formais que permitem o seguimento da presente impetração e os que autorizam a concessão da medida de urgência. Tudo aclarado, defiro a liminar para suspender, até o julgamento da presente ação, os efeitos do despacho ratificante do Presidente da República e, por decorrência lógica, da Portaria nº 639, de 22 de março de 2007, do Ministro de Estado da Justiça.

19. Junte-se por linha a petição de fls. 155/170, não subscrita por advogado.

20. Notifique-se, com urgência.

21. Intime-se o Advogado-Geral da União (art. 3º da Lei nº 4.348/64). Após, encaminhem-se os autos ao Procurador-Geral da República. Publique-se.

Brasília, 23 de maio de 2008. Ministro CARLOS AYRES BRITTO Relator.”

(STF, MS 27229 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, julgado em 23/05/2008, publicado em DJe-097 DIVULG 29/05/2008 PUBLIC 30/05/2008)

“DECISÃO: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Marco Antônio Anflor da Silva contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa está assim redigida:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO - Falta de correspondência entre a causa de pedir e o pedido formulado. - Não conhecimento.’

O recorrente impetrou mandado de segurança **contra ato do Ministro de Estado da Previdência Social que, acolhendo parecer nº 3.002, da Consultoria Jurídica do referido Ministério, não conheceu de pedido de revisão do ato de sua demissão, formulado administrativamente, em razão da existência de ação judicial em curso visando ao mesmo fim.** O Superior Tribunal de Justiça julgou extinto o processo sem julgamento do mérito por duas razões: (i) reconheceu a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança e (ii) julgou inepta a inicial, por entender inexistir correspondência entre a causa de pedir e o pedido. No recurso ordinário, sustenta-se a tempestividade do recurso e a correspondência entre a causa de pedir (sentença absolutória proferida em ação criminal) e o pedido (reintegração do recorrente no cargo de Agente Administrativo do INSS). A fls. 195-212, o recorrente pleiteia a antecipação de tutela no presente recurso. O procurador-geral da República, no parecer de fls. 214-217, manifesta-se pelo deprovemento do recurso.

É o relatório.

Decido. (...) Por outro lado, ainda que superado esse óbice, o recorrente pleiteia sua reintegração (após afastamento por ato de improbidade) aos quadros do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Por esse aspecto, deve-se ressaltar que a decisão recorrida restringiu-se a adotar a conclusão do parecer do Ministério Público sobre a inépcia da inicial, sem examinar nenhum ponto do mérito da impetração. **Quanto a esse fundamento do acórdão recorrido, entendo que efetivamente o pedido formulado na impetração funda-se nas razões apresentadas, na revisão administrativa, para a aplicação do disposto no art. 126 da Lei 8.112/1990. O pedido de revisão, por sua vez, foi negado (fls. 86), por decisão do ministro de**

Estado da Previdência e Assistência Social, que ratificou o seguinte parecer da Consultoria Jurídica (fls. 89-90):

‘[...] 04. Em que pese às alegações do requerente, não há como prosseguir na análise administrativa do pedido inicial, vez que o requerente ingressou na esfera judicial (Ação Ordinária nº 97.0025660-0 - 3ª Vara da Justiça Federal de Porto Alegre/RS), a qual foi julgada improcedente, tendo sido contra tal decisão interposta Apelação nº 2002.04.01.027053-7, pendente de julgamento na Quarta Turma do TRF 4ª Região, consoante extrai-se do documento anexo.

7. Desta forma, como o requerente optou em ingressar em Juízo, não há mais lado para a análise administrativa, porquanto o desfecho da lide proposta, em qualquer caso, refletirá seus efeitos para as partes, em virtude da coisa julgada. Logo, o pedido judicial importa em desistência daquele formulado na via administrativa.

8. Aliás, o entendimento consolidado desta Consultoria Jurídica é no sentido de que a provocação dos meandros judiciais importa em perda do objeto do pleito administrativo, não havendo como conhecer do presente pedido.

9. Anote-se, por oportuno, que o extinto DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público) em vetusta formulação já contemplava que ‘o ingresso do funcionário na via judicial importa em desistência da via administrativa.’ (Formulação nº 34), pelo que, o não conhecimento do pedido revisional é medida que se impõe.

10. Assim sendo, pelo fato de que existe, em curso, ação judicial com o mesmo propósito do presente pedido, opina-se pelo não conhecimento do pedido de revisão do Processo Administrativo nº 35.239.035714/93-93, em relação ao interessado.’

Como se vê, a decisão proferida pelo recorrido não apreciou o mérito da impetração. Em outras palavras, a impetração ataca o mérito do afastamento do impetrante do cargo que ocupava no quadro permanente do INSS. Contudo, o ato administrativo que motivou a impetração cingiu-se ao não-conhecimento do pedido de revisão da sanção administrativa - pleito esse fundamentado na absolvição do impetrante na esfera penal -, em virtude de ter o impetrante lançado mão da via judicial, o que, **no entendimento da autoridade impetrada, implicaria a renúncia ao pedido em âmbito administrativo. Delineado esse quadro, verifica-se que se há eventual ilegalidade do ato, ela decorreria da ausência de apreciação do pedido, mas não do que seria uma denegação tácita do pedido de reintegração, pois este obviamente sequer chegou a ser examinado. Correta, também neste ponto, a decisão recorrida ao julgar a inépcia do pedido, pois, dos fatos narrados, e caso deferida a segurança, a única conclusão possível seria a imposição à Administração do dever de decidir o pedido administrativamente formulado.** De todo o exposto, com fundamento no art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

Brasília, 10 de agosto e 2010.

Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator”

(RMS 24861, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 10/08/2010, publicado em DJe-152 DIVULG 17/08/2010 PUBLIC 18/08/2010)

10. O que se pode concluir das decisões até então encontradas, é que o Poder Judiciário, quando (e se) acionado, não parece ser favorável à tese de que a Administração se abstenha de analisar tema também submetido ao Poder Judiciário, mas não chegou a enfrentar o seu mérito.

Da análise jurídica

11. Quando a Administração se depara com o acionamento simultâneo das instâncias administrativa e judicial pelo (ex-)servidor, entende-se que o posicionamento a ser adotado pela autoridade administrativa competente deve ser, na realidade, o do conhecimento do pedido administrativo (seja de Revisão, Reconsideração e/ou Recurso Hierárquico), ainda que a partir da análise do pleito conclua pelo seu posterior indeferimento. Explica-se.

12. Primeiramente, é de se observar que nenhum prejuízo haverá para a Administração Pública propiciar ao Requerente o conhecimento de seu pleito, mormente em face dos princípios reitores do Processo Administrativo Disciplinar, em especial o da ampla defesa¹⁰, do contraditório¹¹, da informalidade¹² em favor do administrado e do interesse público, materializado no poder de autotutela¹³ que possui a Administração.

13. Além dos princípios reitores do Processo Administrativo Disciplinar, essa possibilidade de examinar o Pedido de Reconsideração ou de Revisão ainda que a parte tenha ingressado em juízo, desde que cumpridos os demais requisitos legais, está alicerçado também no princípio da independência das instâncias. Com efeito, até a prolação de decisão judicial em sentido contrário, os processos administrativos podem, via de regra, ser livremente decididos pela autoridade competente.

14. Um outro ponto que merece destaque é que a Lei nº 9.784, de 1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não elenca expressamente entre as hipóteses de extinção do processo administrativo o ajuizamento de ação judicial com o mesmo objeto. Por tal razão, eventual pedido administrativo interposto concomitantemente ao acionamento da via judicial não pode ser considerado como desistência tácita do pedido formulado. Confira-se:

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

§ 1º Havendo vários interessados, a desistência ou renúncia atinge somente quem a tenha formulado.

§ 2º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.

Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente

15. Por outro lado, caso a Administração por alguma circunstância demore para analisar o pedido administrativo e sobrevenha uma decisão judicial transitada em julgado, pode-se entender que a análise do pedido se tornou prejudicada em razão do fato superveniente (decisão judicial definitiva), o qual prevalece em decorrência do princípio da jurisdição una.

16. Como a decisão do processo administrativo é, via de regra, mais objetiva e célere, pode haver economia de tempo e dinheiro, especialmente nos casos em que a conclusão a que se chegar na seara administrativa for favorável ao pleito do administrado. A título de exemplo se cita os gastos que deixarão de ser realizados com a movimentação do Judiciário, com a defesa jurídica do ente público e, por fim, com o pagamento de eventuais verbas decorrentes da condenação. Ademais, evita-se que o (ex-)servidor ingresse com outra

demanda judicial, apenas para compelir a Administração a analisar o seu pedido administrativo que eventualmente não tenha sido conhecido sob fundamento de desistência tácita do pedido.

17. Com efeito, tem sido tendência desta Advocacia-Geral da União a tentativa de desjudicializar demandas que lhe são submetidas. Busca-se por intermédio de métodos alternativos a solução das controvérsias existentes. Cite-se, como exemplo, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal¹⁴ e os precedentes jurídicos que têm contribuído para os advogados públicos deixarem de recorrer de toda e qualquer decisão.

18. Inclusive, manifestações mais recentes desta Advocacia-Geral da União têm excepcionado¹⁵, nos últimos anos, os entendimentos contidos nos mencionados Pareceres da extinta Consultoria-Geral da República. Nesse sentido, o PARECER nº AGU/JD-2/2004¹⁶, da lavra do insigne Consultor da União João Francisco Aguiar Drumond, anexo ao Parecer AGU AC-13, adotado pelo Exmo. Advogado-Geral da União em 13/05/2004 e aprovado pelo Exmo. Presidente da República em 14/05/2004 (DOU de 17/05/2004, p. 3), em tema de pessoal, entendeu que a despeito da existência das manifestações da Consultoria-Geral da República no sentido de que não deveria ser feita a análise pela Administração dos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, o caso concreto merecia ser objeto de análise.

19. Entendeu a Consultoria-Geral da União, no bojo do referido opinativo, que o posicionamento da Consultoria-Geral da República *“não afasta a possibilidade de nova manifestação sobre caso específico com vistas à solução definitiva da controvérsia jurídica, valendo lembrar a independência das instâncias, administrativa e judicial”*. Confira-se:

“ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00400.000019/2004-85

PROCEDÊNCIA; Universidade de Brasília

INTERESSADO; Universidade de Brasília

ASSUNTO; Gratificação de Estímulo à Docência - GED. Pagamento a ocupante de cargo de Direção - CD. Exercício simultâneo de atividades de Ensino, Pesquisa ou Extensão. Regime de Trabalho a que fica sujeito o servidor. Matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário.

(*) Parecer nº AC – 13

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/JD-02/04, de 12 de maio de 2004, da lavra do Consultor da União, Dr. JOÃO FRANCISCO AGUIAR DRUMOND, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do § 1º do art. 40 da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria nela versada. Brasília, 13 de maio de 2004.

ALVARO AUGUSTO RIBEIRO COSTA

Advogado-Geral da União

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: -Aprovo. Em, 14/05/2004-.

PARECER nº AGU/JD-2/2004 PROCESSO: 00400.000019/2004-85
PROCEDÊNCIA: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB INTERESSADO:
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB ASSUNTO: GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO
À DOCÊNCIA - GED. PAGAMENTO A OCUPANTE DE CARGO DE DIREÇÃO -
CD. EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DE ATIVIDADES DE ENSINO, PESQUISA OU

EXTENSÃO. REGIME DE TRABALHO A QUE FICA SUJEITO O SERVIDOR. MATÉRIA SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

I - O fato de a matéria controvertida haver sido submetida à apreciação do Poder Judiciário na via mandamental não impede que o Advogado-Geral da União desempenhe suas atribuições previstas nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

II - O Professor de 3º Grau investido em Cargo de Direção que continue a desempenhar atividades de ensino, pesquisa ou extensão, na mesma Instituição de Ensino Superior, faz jus ao pagamento da Gratificação de Estímulo à Docência - GED em percentual superior a sessenta por cento do número máximo de pontos permitido, desde que devidamente avaliado pelo efetivo desempenho dessas atividades.

III - É permitida a acumulação de um cargo efetivo de Professor de 3º Grau com um cargo de direção, no âmbito da mesma instituição de ensino, bastando que a autoridade máxima dessa instituição declare a compatibilidade de horário e local para o desempenho desses cargos, ficando o servidor, enquanto durar a investidura no cargo de direção, submetido ao regime de tempo integral.

Senhor Consultor-Geral da União,

(...)

17. Esses os elementos essenciais da controvérsia.

18. Antes de iniciar a análise de mérito, vale examinar a recomendação contida no parecer da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, no sentido de que a Administração se abstenha de deliberar sobre o tema, já submetido à apreciação do Poder Judiciário, aguardando a manifestação deste.

19. É de se notar que o fato de a Consultoria-Geral da República e esta Advocacia-Geral da União terem se manifestado, diversas vezes, nesse sentido, valendo citar os Pareceres H-040/64, H-237/65, H-442/66, H-528/67, H-648/68, H-859/69 (Adroaldo Mesquita da Costa), I-001/69 (Romeo de Almeida Ramos), L-089/75 (Luiz Rafael Mayer), Y-010/85 (Darcy Bessone), SR-20/87 (Saulo Ramos), CS-18/90 (Célio Silva) e GQ-09/93 (Geraldo Magela da Cruz Quintão), não afasta a possibilidade de nova manifestação sobre caso específico com vistas à solução definitiva da controvérsia jurídica, valendo lembrar a independência das instâncias, administrativa e judicial.

20. No caso presente, a matéria foi submetida ao Poder Judiciário pela via do mandado de segurança, que, inclusive, parece não ser a mais adequada para dirimir controvérsias acerca da interpretação da legislação federal. Na verdade a via mandamental é destinada a afastar ato ilegal ou abusivo praticado por autoridade. Mesmo assim, apenas nos casos em que a ilegalidade ou o abuso sejam evidentes, consubstanciados em prova pré-constituída juntada aos autos.

21. Por outro lado, tendo em vista que ao Advogado-Geral da União cabe fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal, nos termos dos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, é de se notar que, caso a solução por ele apontada seja compatível com a tese do impetrante, poderá ensejar a revisão do ato administrativo atacado,

tornado sem objeto o mandamus. Por outro lado, caso seja contrária à tese do impetrante, ainda assim, não obstará a execução de eventual ordem judicial concessiva da segurança.

22. De qualquer sorte, é importante frisar que a decisão administrativa, em casos da espécie, pode ser benéfica, tanto para a União quanto para as demais partes interessadas, evitando o desperdício de tempo e de recursos financeiros, razão pela qual não se deve descartá-la, em princípio, como mecanismo mais adequado para a solução do litígio.

(...)

40. De resto, embora não encontre razão para sugerir a revisão de todos os pareceres da Consultoria-Geral da República e desta Advocacia-Geral da União, que recomendam se abstenha a Administração de deliberar sobre casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário até a sua decisão definitiva, neste caso específico, após cautelosa análise, verifico inexistir óbice que inviabilize a presente interpretação, destinada a dirimir a controvérsia jurídica.

41. Em síntese:

I - Nada impede que o Advogado-Geral da União desempenhe suas atribuições de -fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos Tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal-, bem como de -unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal- (incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) mesmo quando a matéria controvertida tenha sido submetida à apreciação do Poder Judiciário;

II - o Professor de 3º Grau investido em Cargo de Direção que continue a desempenhar atividades de ensino, pesquisa ou extensão, na mesma Instituição Federal de Ensino Superior, faz jus ao pagamento da Gratificação de Estímulo à Docência - GED em percentual superior a sessenta por cento do número máximo de pontos permitido, desde que devidamente avaliado pelo efetivo desempenho dessas atividades; e

III - admite-se a acumulação de um cargo efetivo de Professor de 3º Grau com um cargo de direção, no âmbito da mesma instituição, desde que a autoridade máxima dessa instituição declare a compatibilidade de horário e local para o desempenho concomitante dos cargos, ficando o servidor, enquanto durar a investidura no cargo de direção, submetido ao regime de tempo integral. Estas, Senhor Consultor-Geral, são as considerações que me pareceram pertinentes a respeito do tema.

À consideração superior.

Brasília, 12 de maio de 2004

João Francisco Aguiar Drumond

Consultor da União”

20. Ademais, a NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 108/2008 - JGAS¹⁷, de 19 de maio de 2008, da lavra do Advogado da União Dr. João Gustavo de Almeida Seixas, anexo ao Parecer nº JT-03, adotado pelo Exmo. Advogado-Geral da União em 27 de maio de 2009, e aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República em 27/05/2009 (publicado no DOU de 09/06/2009), reforçando o entendimento contido no PARECER nº AGU/JD-2/2004, deixou assente, também em matéria de pessoal, que “ (...) por essas razões jurídicas e pragmáticas, sou da

opinião de que o ingresso do administrado na via judicial em nada prejudica o normal prosseguimento do processo administrativo encetado anteriormente com igual objetivo.”

21. A NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 108/2008 - JGAS não se manifestou sobre a necessidade ou não de se revisar os Pareceres anteriores da Consultoria-Geral da República e desta Advocacia-Geral da União, que recomendam se abstenha a Administração de deliberar sobre casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário até a sua decisão definitiva. Conquanto não tenha havido a expressa manifestação nesse sentido, como a manifestação foi aprovada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, a lógica leva a crer a possível superação do referido entendimento pelo menos em matéria de pessoal, permitindo que a Administração analise questões pontuais que lhe são submetidas ainda que o tema esteja também *sub judice*. Com efeito, esse posicionamento não desmerece o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário e nem a execução de seu veredito.

22. Outrossim, confirma o presente posicionamento também o fato de que, na forma da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, a interposição de recurso administrativo em face de decisão da autoridade julgadora não repercute, via de regra, na possibilidade de ajuizamento de Mandado de Segurança, salvo se o referido recurso tiver sido recebido com efeito suspensivo pela autoridade administrativa, na forma do art. 109 da Lei nº 8.112, de 1990. Com efeito, é o curso do Mandado de Segurança, e não o contrário (a análise do recurso interposto na esfera administrativa), que seria prejudicado caso o recurso administrativo fosse recebido com efeito suspensivo. Nesse sentido, o art. 5º, inciso I, da Lei nº 12.016, de 2019:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

23. Percebe-se, portanto, a necessidade de haver estreita interlocução entre os órgãos consultivo e contencioso da AGU, de maneira a resguardar o estrito cumprimento de ordens judiciais porventura proferidas, bem como para que o juízo seja informado de decisões administrativas supervenientes, na medida em que estas podem repercutir no curso da demanda judicial.

24. Assim, considerando os princípios reitores do Processo Administrativo Disciplinar, a tendência atual de desjudicialização das demandas administrativas, a independência das instâncias, a celeridade, a economicidade, a prevalência da coisa julgada, bem como as manifestações mais recentes da Advocacia-Geral da União, aprovadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República, entende-se que os pedidos administrativos (Reconsideração, Revisão e/ou Recurso Hierárquico) apresentados em face de penalidade disciplinar, desde que preenchidos os demais requisitos que lhes são exigidos, devem ser conhecidos pela autoridade competente ainda que o Requerente simultaneamente tenha ingressado em juízo alegando os mesmos fatos e fundamentos¹⁸. Registra-se que tal conhecimento não implica, necessariamente, no provimento do Pedido.

25. Por fim, importante ressaltar que a presente interpretação, em face do princípio constitucional da segurança jurídica e da previsão contida no art. 2º da Lei 9.784/99, não tem aplicação retroativa. Confira-se:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, interesse público e eficiência.

(...)

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**

26. Diante do exposto, conclui-se que a autoridade administrativa competente deve conhecer de Pedido de Reconsideração, de Revisão ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar que também esteja sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário, desde que preenchidos os requisitos legais. Caso já exista decisão judicial transitada em julgado com o mesmo objeto, a análise do pedido administrativo se torna prejudicada.

27. Assim, submete-se à apreciação da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares proposta de enunciado e respectivo parecer, atribuindo-se efeito prospectivo, a teor do art. 2º, parágrafo único, inciso XIII da Lei nº 9.784, de 1999.

28. Ainda, propõe-se o encaminhamento destes ao Exmo. Advogado-Geral da União para, em entendendo, remeter ao Exmo. Presidente da República, a fim de conferir força vinculante ao entendimento ora esposado, com base no contido no § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

À consideração superior.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

Mila Kothe
Procuradora da Fazenda Nacional
CNPAD/CGU/AGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

¹ Sobre o Recurso Hierárquico cabe registrar o conteúdo do Parecer nº 52/2015/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União em 15/06/2015, que fixou o entendimento de ser incabível a interposição de recurso hierárquico, para a Presidência da República, contra decisão proferida em PAD por Ministro de Estado no exercício da competência delegada pelo Decreto nº 3.035, de 1999.

² <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/6574>

³ <https://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/6984#ementa>

⁴ <http://www.agu.gov.br/pareceres?ano=1962>

⁵ <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/7863>

⁶ <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8053>

⁷ “Esses enunciados, chamados Formulações-Dasp, foram elaborados pela Colepe, e oficialmente publicados entre 1971 e 1973, e se faziam acompanhar da base legal e dos entendimentos que o Departamento de Administração do Serviço Público (por meio da própria Colepe, CAC e/ou CJ) e/ou a Consultoria-Geral da República já haviam emitido ao terem analisado processos concretos. Ou seja, as Formulações eram sínteses impessoais, de uso geral, de manifestações pretéritas do órgão central em processos administrativos específicos. Tais verbetes, por força do art. 116, III do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67, e conforme estabelece a Formulação-Dasp nº 300, passaram a constituir orientação normativa do órgão central obrigatória para os órgãos de pessoal da Administração Pública Federal integrantes do Sipec.

Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 - Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) incumbe:

III - zelar pela observância dessas leis e regulamentos, orientando, coordenando e fiscalizando sua execução, e expedir normas gerais obrigatórias para todos os órgãos;

Formulação-Dasp nº 300. Formulações

As Formulações elaboradas e publicadas pelo Dasp (Colepe) constituem, por força do disposto no art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da administração federal direta e autárquica.

‘Daí por que as formulações elaboradas por esse Departamento, embora extinto, continuam a ter, consoante o art. 116, III, do Decreto-Lei nº 200/67, caráter obrigatório no seio de todas as repartições federais, desde que não se choquem com as orientações resultantes dos novos entendimentos (...).’ José Armando da Costa, ‘Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar’, pg. 45, Editora Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005

E como muitos dispositivos da revogada Lei nº 1.711, de 28/10/52, foram praticamente reproduzidos na Lei nº 8.112, de 11/12/90, apenas com o número do artigo diferente, muitas daquelas Formulações não afrontam o atual ordenamento e permanecem como orientação normativa obrigatória na Administração Pública Federal. Destaque-se que a consideração de que determinada Formulação-Dasp pode ainda ser tomada como em pleno vigor advém de interpretação do aplicador, sobretudo cotejando os enunciados com o atual ordenamento constitucional e legal, pois não existe uma manifestação determinística e vinculante da administração nesse sentido.” SALLES, Marcos. TREINAMENTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) - FORMAÇÃO DE MEMBROS DE COMISSÕES. Apostila de textos. 2011. Disponível em:

<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi85dHoquThAhVuLLkGHVWVCuIQFjAJegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.unirio.br%2Fgeco%2Foutros%2FMANUAL%2520PAD%2520-%2520CGU.pdf%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw1rESUyFS0CGGbjenfUbzM>

⁸ COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar.

⁹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁰ “O princípio da ampla defesa significa permitir a qualquer pessoa acusada o direito de se utilizar de todos os meios de defesa admissíveis em Direito. É imprescindível que ele seja adotado em todos os procedimentos que possam gerar qualquer tipo de prejuízo ao acusado” Manual de PAD da CGU. Disponível em: << <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-dezembro-2017.pdf>>>

¹¹ “O princípio do contraditório dispõe que a todo ato produzido pela comissão caberá igual direito de o acusado opor-se a ele, apresentar a versão que lhe convenha ou, ainda, fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pela acusação⁴. No curso da apuração dos fatos e após a notificação prévia, que comunica o servidor da decisão da comissão sobre a sua condição de acusado, deve haver notificação de todos os atos processuais sujeitos ao seu acompanhamento, possibilitando ao acusado contradizer a prova produzida”. Manual de PAD da CGU. Disponível em: << <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-dezembro-2017.pdf>>>

¹² “O princípio do informalismo moderado – também chamado por alguns de princípio do formalismo moderado - significa, no processo administrativo disciplinar, a dispensa de formas rígidas, mantendo apenas as compatíveis com a certeza e a segurança dos atos praticados, salvo as expressas em lei e relativas aos direitos dos acusados.”. Manual de PAD da CGU. Disponível em: << <https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual-pad-dezembro-2017>.

¹³ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

¹⁴ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/170561

¹⁵ O PARECER nº AGU/JD-2/2004 deixa claro que não se estaria sugerindo a revisão de todos os pareceres da CGR e da AGU que recomendam se abstenha a Administração de deliberar sobre casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário até a sua decisão definitiva.

Pelo que se nota do referido opinativo, a Consultoria-Geral da União entendeu devida a apreciação no âmbito administrativo dos pedidos que ventilavam análise da legalidade e de controvérsia jurídica sobre a interpretação da Legislação Federal, pois, mesmo existindo ação judicial, compete ao Advogado-Geral da União "fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal", bem como "unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal", nos termos dos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

¹⁶ <https://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8433>

¹⁷ <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/212473>

¹⁸ Nesse sentido, ao que se tem notícia, é o posicionamento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Controladoria-Geral da União que vêm conhecendo os Pedidos de Reconsideração e/ou de Revisão em matéria disciplinar ainda que exista ação judicial questionando o mesmo fato.

Documento assinado eletronicamente por KARINE BERBIGIER RIBAS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KARINE BERBIGIER RIBAS. Data e Hora: 18-11-2019 10:12. Número de Série: 13949863. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 18-11-2019 12:38. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO DEMCZUK DE ALENCAR. Data e Hora: 18-11-2019 14:30. Número de Série: 116087515248781750120970967350712574613. Emissor: AC OAB G2

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 18-11-2019 14:32. Número de Série: 1843715673178382964. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por MILA KOTHE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MILA KOTHE. Data e Hora: 18-11-2019 13:51. Número de Série: 17278817. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por JEFFERSON HEITOR DE MEDEIROS KIRCHNER, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico

<https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JEFFERSON HEITOR DE MEDEIROS KIRCHNER. Data e Hora: 18-11-2019 16:59. Número de Série: 1782645. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA. Data e Hora: 21-11-2019 09:01. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS. Data e Hora: 28-11-2019 19:25. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310647240 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA. Data e Hora: 21-02-2020 12:47. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

22 - RESPONSABILIDADE CIVIL DE RESSARCIR PREJUÍZO

Assuntos abordados neste Parecer: Prescrição da punibilidade disciplinar não impede ação de ressarcimento de dano ao erário. São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de crimes, de atos de improbidade e de atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo; mas são prescritíveis os danos ao erário que sejam decorrentes de ilícito de natureza estritamente civil, qualificados como tal por exclusão daqueles que decorrem de infrações em geral ao Direito Público. Hipóteses de ressarcimento ao erário em caso de prescrição administrativa de infração disciplinar: desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União (GRU), mediante concordância do servidor; processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, destinado a apurar e quantificar o dano; protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo; tomada de contas especial; ou proposição de ação judicial específica para apurar responsabilidade civil.

PARECER Nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU

DESPACHO Nº 136/2020/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

ASSUNTOS: Reparação de prejuízos ao erário decorrentes de infrações disciplinares prescritas

1. Aprovo, nos termos do Despacho nº 96/2020/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União.
2. Dê ciência ao DEINF/CGU, às Consultorias Jurídicas junto ao Ministérios e órgãos assemelhados, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados e em São José dos Campos, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral Federal, à Procuradoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, à Corregedoria-Geral da Advocacia da União e à Secretaria-Geral de Contencioso, conforme sugerido.

Brasília, 21 de fevereiro de 2020.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por Arthur Cerqueira Valerio, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 384176935 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Arthur Cerqueira Valerio. Data e Hora: 21-02-2020 15:51. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

DESPACHO Nº 96/2020/DECOR/CGU/AGU**NUP:** 00688.000720/2019-10**INTERESSADOS:** Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares**ASSUNTOS:** Reparação de prejuízos ao erário decorrentes de infrações disciplinares prescritas

Exmo. Consultor-Geral da União,

1. Aprovo o Parecer nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, nos termos do Despacho nº 5/2019/CNPAD/CGU/AGU.

2. Consolide-se, por conseguinte, que o reconhecimento da prescrição da persecução administrativa voltada para a apuração e punição de ilícito de natureza disciplinar não representa, *per si*, empecilho para apuração da responsabilidade civil por danos porventura causados ao erário e subsequente adoção de medidas administrativas e judiciais cabíveis para promoção do devido ressarcimento, observando-se necessariamente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

3. Sobre a imprescritibilidade dos danos ao erário recentemente este Departamento exarou a Nota nº 3/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovada pelo Despacho nº 39/2020/DECOR/CGU/AGU (NUP 19965.102512/2019-58 - seq. 17/18), segundo o qual deve prevalecer no âmbito administrativo a exegese adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que são imprescritíveis os prejuízos decorrentes de crimes, bem como aqueles decorrentes de atos dolosos tipificados como improbidade administrativa, sendo prescritíveis os ressarcimentos porventura devidos em decorrência de ilícito de natureza civil.

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor.

II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau.

III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição.

IV - Segurança denegada.”

(MS 26210, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159)

4. Por oportuno, cumpre reproduzir trecho do Despacho nº 39/2020/DECOR/CGU/AGU, exarado no NUP 19965.102512/2019-58, seq. 17/18):

“2. Ao interpretar o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual ‘A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento’, consolidou o Supremo Tribunal Federal que está sujeita a prazo prescricional a ação de reparação de prejuízo decorrente de ilícitos de caráter civil:

'CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

2. Recurso extraordinário a que se nega provimento.'

(RE 669069, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016)

3. No julgamento dos Embargos de Declaração no Recursos Extraordinário nº 669.069, em trecho do Voto do eminente Ministro Teori Zavaski, esclareceu-se que: *'Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio'.*

4. Ao julgar o Tema nº 897 de Repercussão Geral, consolidou a Corte que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato doloso tipificado como improbidade administrativa:

'DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais.

2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB).

3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente.

4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis.

5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.'

(RE 852475, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

5. Por oportuno, ressalte-se que em recente julgamento consolidou a Corte que a imprescritibilidade das ações de reparação do erário decorre de atos tipificados como ilícito penais e atos de improbidade administrativa, sendo prescritíveis as ações decorrentes de ilícito cível:

‘Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. REPARAÇÃO DE DANOS À FAZENDA PÚBLICA. PRESCRITIBILIDADE. ILÍCITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - A imprescritibilidade prevista no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilegalidades tipificadas como de improbidade administrativa e como ilícitos penais. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil (RE 669.069-RG/MG, Relator Ministro Teori Zavascki – Tema 666 da Repercussão Geral). Precedentes.

II - Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal a quo, em face da natureza do ilícito, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo ante a incidência da Súmula 279/STF.

III - Agravo regimental a que se nega provimento.’

(RE 990010 ED-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 05-11-2019 PUBLIC 06-11-2019)

6. Nestes termos, cabe aos órgãos consultivos avaliar a natureza do ilícito em cada caso concreto, realizando a subsunção dos fatos às orientações jurídicas vigentes.

7. Na espécie, portanto, e ao menos em princípio, não resta caracterizado conflito de entendimento jurídico entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Consultoria Jurídica da União no Estado da Bahia, apto a demandar a atuação uniformizadora deste Departamento, nos termos do art. 14 do Anexo I do Decreto nº 7.392, de 2010, uma vez que eventual controvérsia acerca do enquadramento da natureza do ilícito demanda acurada análise das circunstâncias próprias dos casos concretos subjacentes às manifestações encaminhadas, ou seja, eventual divergência de ordem jurídica acerca do caráter civil, penal ou de improbidade administrativa do ilícito demanda exame de caso concreto idêntico ou homólogo por parte dos órgãos jurídicos envolvidos no conflito, o que não é possível de se extrair a partir da atual instrução processual destes autos.

8. Isto posto, confira-se ciência à Consultoria Jurídica da União no Estado da Bahia, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados e às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no Município de São José dos Campos, sem prejuízo da possibilidade de restituição do feito a este Departamento caso reste caracterizada divergência jurídica acerca da natureza dos ilícitos a partir de análise de casos concretos idênticos ou estritamente homólogos.”

5. Resta consolidado no âmbito deste Departamento, na esteira dos precedentes acima colacionados do Supremo Tribunal Federal, que são prescritíveis os danos ao erário que sejam decorrentes de ilícito de natureza civil, bem como que tais ilícitos são qualificados por exclusão, caracterizando-se como aqueles que não decorrem de crime, de improbidade administrativa nem tampouco de violações de normas de direito público, ou seja, *“não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante”*.

6. Consigne-se, por pertinente, que está pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal o Tema nº 899 de Repercussão Geral, o qual cuida da "*controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*" - RE 636.886. Sobre a matéria, assinalou o eminente Ministro Relator Teori Zavascki:

"1. Trata-se de recurso extraordinário interposto em ação de execução de acórdão do Tribunal de Contas da União. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região manteve sentença que reconheceu a prescrição e extinguiu o processo, nos termos da seguinte ementa (fl. 85):

(...)

Debate-se, neste recurso extraordinário, a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário determinada pelo Tribunal de Contas da União. Consta que (...), na qualidade de presidente da Associação Cultural Zumbi, deixou de prestar contas de recursos recebidos do Ministério da Cultura para fins de aplicação no projeto Educar Quilombo. Por essa razão, o TCU, no julgamento de Tomadas de Conta Especial, a condenou a restituir aos cofres públicos os valores recebidos por meio do Convênio 14/88. Instada a cumprir a obrigação, a parte não a adimpliu, o que ensejou a propositura de execução de título executivo extrajudicial pela União. Essa matéria efetivamente não foi abrangida pela tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 669.069, no sentido de que é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.

3. Não se desconhece que, ao apreciar o MS 26.210 (Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2008), impetrado contra acórdão do TCU proferido em tomada especial de contas, este STF assentou a imprescritibilidade de pretensão de ressarcimento ao erário análoga à presente. No entanto, no julgamento do já citado RE 669.069, houve manifestações dos juízes desta Corte em sentido aparentemente diverso do fixado no precedente, formado quando a composição do Supremo era substancialmente diversa. Em face disso, incumbe submeter novamente à análise do Plenário desta Corte, sob a sistemática da repercussão geral, o alcance da regra estabelecida no § 5º do art. 37 da CF/88, relativamente a pretensões de ressarcimento ao erário fundadas em decisões de Tribunal de Contas."

7. Nestes termos, a apreciação acerca da (im)prescritibilidade do ressarcimento ao erário não prescinde de acurada avaliação da natureza do ilícito. Diante das premissas jurídicas fixadas neste Despacho, consolida-se que: (a) a prescritibilidade do ressarcimento dos danos ao erário decorrentes de ilícito de natureza civil; (b) a imprescritibilidade dos prejuízos decorrentes de crimes e atos dolosos tipificados como improbidade administrativa; (c) o método de exclusão para fins de caracterização dos ilícitos civis, assim "*não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante*"; e que (d) cabe aos órgãos jurídicos de execução avaliar a natureza do ilícito em cada caso concreto, realizando a subsunção dos fatos às orientações jurídicas vigentes.

8. Caso acolhido, sugere-se que seja conferida ciência às Consultorias Jurídicas junto ao Ministérios e órgãos assemelhados, às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e em São José dos Campos, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral Federal, à Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil e à Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Sugere-se, outrossim, que seja conferida ciência à Secretaria-Geral de Contencioso, de maneira a ratificar solicitação (já posta no Despacho n.

76/2020/DECOR/CGU/AGU - NUP 01400.005912/2017-84 - seq. 29) para que referenciado órgão avalie a possibilidade de conferir acompanhamento estratégico ao RE 636.886, comunicando esta Consultoria-Geral da União acerca do resultado do julgamento a ser proferido pela Suprema Corte.

Brasília, 20 de fevereiro de 2020.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

Documento assinado eletronicamente por Victor Ximenes Nogueira, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 383377950 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Victor Ximenes Nogueira. Data e Hora: 20-02-2020 16:14. Número de Série: 1781977. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

DESPACHO Nº 5/2019/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADO: CNPAD/CGU

ASSUNTOS: Deliberação da 26ª sessão ordinária

1. A CÂMARA NACIONAL DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES - CNPAD/CGU/AGU, reunida em Sessão Deliberativa Ordinária no dia 11 de junho de 2019, aprovou a seguinte proposta de enunciado, conforme ata de reunião em anexo:

A impossibilidade de instauração ou continuidade de processo administrativo disciplinar, em face de prescrição, nos termos do Parecer GMF 03/2016, não impede o ressarcimento do dano ao erário, o qual poderá ser promovido pelos seguintes meios: i) notificação para pagamento voluntário, nos termos do art. 46, da Lei nº 8.112/90; ii) instauração de processo administrativo nos termos da Lei nº 9.784/99; iii) por protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo prévio (jurisprudência do STJ; iv) Tomada de Contas Especial; ou v) cobrança judicial.

(Relatoria Dra. Débora Vasti Silva do Bomfim Denys)

2. Ante o exposto, submeto à aprovação do Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR, os termos do Enunciado e parecer que o fundamenta.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

KARINE BERBIGIER RIBAS

Advogada da União

Assessora

CONJUR/MC

Documento assinado eletronicamente por Karine Berbigier Ribas, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 310650312 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Karine Berbigier Ribas. Data e Hora: 19-02-2020 15:43. Número de Série: 0x851028E5E04A42AE94249B17F3BC17F1.

PARECER Nº 1/2019/CNPAD/CGU/AGU**NUP:** 00688.000720/2019-10**INTERESSADOS:** CNPAD/CGU**ASSUNTOS:** Ressarcimento ao erário diante de prescrição da pretensão punitiva disciplinar**EMENTA:** INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PAD. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR OUTROS MEIOS. JURISPRUDÊNCIA STF E STJ. DOUTRINA.

1. Independência das instâncias e possibilidade de cumulação das sanções administrativa, civil e penal, em caso de prática de irregularidades pelo servidor público no exercício de suas atribuições.
2. Verificada a prescrição e extinta a punibilidade, deixa de existir potencial formação processual de culpa, por impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva no âmbito administrativo (Parecer GMF nº 3 - PARECER N. 005/2016/CGU/AGU).
3. Em caso de prejuízo ao erário e ocorrida a prescrição administrativa, deve-se instaurar processo próprio, com vistas ao ressarcimento dos cofres públicos, ante a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade ou atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo (Repercussão Geral nº 666 no RE 669.069 e nº 897 no RE nº 852.475).
4. Na ocorrência de dano quantificado e atualizado monetariamente, o recolhimento pode ser voluntário, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/90.
5. Caso não seja quantificado o débito, a apuração do dano pode dar-se por meio de processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784/99.
6. O valor devido ao erário poderá ser inscrito em dívida ativa, nos casos decorrentes de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos ativos ou inativos, desde que submetido a processo administrativo prévio, consoante precedente do STJ.
7. Exauridas as medidas administrativas, nas hipóteses em que for cabível, será instaurada Tomada de Contas Especial para apuração do fato, identificação do responsável e quantificação do dano, garantindo-se o devido processo legal, para posterior recolhimento do débito.
8. Poderá ainda ser manejada ação judicial específica para cobrança do valor devido ao erário, independentemente do esgotamento das medidas administrativas. Precedente do STJ.

Senhor Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

RELATÓRIO

1. No âmbito das competências da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares – CNPAD, prevista na Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019, merecerá análise o tema *“Hipóteses de ressarcimento ao erário em caso de prescrição administrativa de infração disciplinar”*.
2. A questão foi suscitada no âmbito da CNPAD, em face do entendimento consolidado no Parecer GMF nº 3/2016, diante do qual não é cabível a instauração de processo administrativo disciplinar para apuração de fatos, cuja penalidade disciplinar está prescrita.
3. Nesta esteira, o parecer busca analisar a possibilidade de ressarcimento ao erário decorrente de ato infracional administrativo praticado por servidor público federal, que já tenha sido atingido pela prescrição punitiva, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990.

4. É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

5. A Lei nº 8.112/90, em seu art. 142¹, estabelece os prazos prescricionais para a Administração exercer o direito de punir, espécie de extinção da punibilidade do agente, em razão do decurso de prazo sem a ação disciplinar correspondente e a execução da respectiva sanção.

6. Vale destacar, por oportuno, que é assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao entendimento de que o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o processo administrativo disciplinar, e não a ciência de qualquer autoridade da Administração Pública:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PROCURADOR AUTÁRQUICO E EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DOS FATOS PELA AUTORIDADE COMPETENTE.

O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar - PAD (art. 142, § 1º), e não a ciência de qualquer autoridade da Administração Pública, como pretende o autor. Precedente: AgInt no AREsp 374.344/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5/3/2018.”

(AgInt no REsp 1439251/PR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2014/0045676-8, Rel. Min BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA STJ, julg. 23/08/2018, pub. DJe 30/08/2018) (destaques nossos)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO DA RECEITA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DOS TÓPICOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 142 DA LEI 8.112/90. PRAZO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO. REINÍCIO DA CONTAGEM. PORTARIA INAUGURAL. PRESCINDIBILIDADE DA DESCRIÇÃO MINUCIOSA DA IMPUTAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DISPENSABILIDADE NO PROCEDIMENTO PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE QUE EXIGE A DEMONSTRAÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO. PRODUÇÃO DE PROVAS. VIA INADEQUADA AO REEXAME. INCURSÃO NO ART. 117, IX, DA LEI N. 8.112/90. DEMISSÃO. VINCULAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

O termo inicial do lustro prescricional para a apuração do cometimento de infração disciplinar é a data do conhecimento do fato pela autoridade competente para instaurar o Processo Administrativo Disciplinar.”

(EDcl no MS 11493/DF EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0032454-2, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julg. 09/05/2018, pub. DJe 15/05/2018). (destaques nossos)

7. Este entendimento foi consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula nº 635, assim ementada:

“Súmula 635

Os prazos prescricionais previstos no art. 142 da Lei n. 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se

com o primeiro ato de instauração válido - sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar - e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.”

8. Assim sendo, caso a Administração decida pela deflagração do processo administrativo disciplinar, cumpre ressaltar que o reconhecimento da prescrição importa na extinção da punibilidade e impossibilidade do registro da pena nos assentamentos funcionais do servidor.

9. Neste aspecto, a Administração Pública Federal deve observar o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, que declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei nº 8.112/90, no sentido de que, no âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.

10. O Acórdão proferido no MS 23.262/DF encontra-se assim ementado:

“Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo PAD. O status de inocência deixa de ser presumido somente após decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório ou de decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade. Segurança concedida, com a declaração de inconstitucionalidade incidental do art. 170 da Lei nº 8.112/1990.”

(MS 23262/DF, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno do STF, julg. 23/04/2014, pub. Dje 30/10/2014)

11. Nessa linha de raciocínio, o Parecer GMF nº 3/2016 (PARECER N. 005/2016/CGU/AGU 2), parecer vinculante aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República em 19-XII-2016, afirmou que:

“As decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas que atuam no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. As razões de decidir (*ratio decidendi*) que normalmente compõem os pronunciamentos judiciais desses tribunais estão qualificadas não apenas como razões substantivas, que contêm os elementos de justificação e de correção material da tese fixada, mas igualmente como razões de autoridade, as quais se impõem como normas de observância e de cumprimento geral.

A argumentação jurídica produzida por uma Corte Constitucional, portanto, se caracteriza também pelo argumento de autoridade que se forma por razões que se justificam independentemente de seu conteúdo substancial, e que não se constitui necessariamente de aspectos persuasivos, mas de uma autoridade vinculante. Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, dessa forma, representam instituições políticas que, qualificadas como órgãos primários na estrutura de um sistema institucionalizado de normas, combinam a produção e a aplicação jurídica de maneira muito especial e assim determinam, de modo autoritativo, as situações jurídicas dos indivíduos e de suas relações sociais.

(...)

A garantia da presunção de inocência deve funcionar como um bloqueio a essas intervenções restritivas na esfera funcional do servidor público que se justificam apenas na mera instauração de procedimento investigativo ou de processo administrativo disciplinar. Na hipótese de prescrição da pretensão punitiva, portanto, deixa de existir qualquer possibilidade futura de formação de culpa por parte da autoridade competente. E, conforme a garantia da presunção de não-culpabilidade, a Administração não pode mais se basear no fato atingido pela prescrição para adotar medidas restritivas contra o servidor. Assim, como conclui o Ministro Dias Toffoli, 'consumada a prescrição antes de instaurado o PAD ou em seu curso, há impedimento absoluto da prática de ato decisório condenatório ou formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo instituto. Por ser matéria de ordem pública, deve a autoridade julgadora, no momento em que instada a se manifestar, reconhecer ou não a estabilização da relação intersubjetiva entre a Administração Pública e o servidor pelo decurso do tempo'. Nesse aspecto, a presunção de inocência possui uma relação intrínseca com o princípio da segurança jurídica, em seu sentido objetivo, como norteador da regularidade dos atos estatais e da estabilização de expectativas dos indivíduos, assim como em sua feição mais subjetiva, como princípio da proteção à confiança legítima em relação à conduta do Estado. O instituto da prescrição, nesse sentido, ao exigir a extinção do processo em curso ou impedir a instauração de um novo procedimento, em virtude da extinção da punibilidade, garante a regularidade e a estabilidade das relações entre indivíduo e Estado, obstando, igualmente, quaisquer medidas restritivas fundadas no fato abarcado pela prescrição. Como afirmou o Ministro Dias Toffoli em seu voto no MS 23.262, 'o reconhecimento da prescrição da ação disciplinar acarreta, então, a extinção do PAD desde o exaurimento do prazo prescricional, impedindo que a controvérsia subsista por tempo maior que o lapso temporal estabelecido pelo legislador ordinário no art. 142 da Lei nº 8.112/90, prestigiando-se o princípio da segurança jurídica, que deve ser ressaltado no caso de aplicação de regras sancionadoras e da incidência de seus efeitos'. Portanto, na linha argumentativa seguida pelo STF, é possível afirmar que, se a garantia da presunção de inocência no âmbito dos processos administrativos disciplinares impede que o servidor sofra antecipadamente os efeitos jurídicos sem a consolidação processual de um *status* de culpabilidade, com maior razão ela bloqueia qualquer medida restritiva da condição funcional do servidor se, verificada a prescrição e extinta a punibilidade, deixe de existir a potencialidade de formação processual da culpa. O voto do Relator, nesse sentido, conclui que 'o *status* de inocência deixa de ser presumido somente após a decisão definitiva na seara administrativa, ou seja, não é possível que qualquer consequência desabonadora da conduta do servidor decorra tão só da instauração de procedimento apuratório (sindicância ou PAD) ou da decisão que reconheça a incidência da prescrição antes de deliberação definitiva de culpabilidade."

12. Assim, repise-se, consagrou o referido Parecer que, verificada a prescrição e extinta a punibilidade, deixa de existir potencial formação processual de culpa, ou seja, há impedimento absoluto de ato decisório condenatório ou de formação de culpa definitiva por atos imputados ao investigado no período abrangido pelo processo administrativo disciplinar.

13. Por outro lado, oportuno lembrar que o Estatuto do Servidor Civil estabelece, também, que a responsabilidade civil, penal e administrativa do servidor pelo exercício

irregular de suas atribuições (art. 121) e que as sanções civis, penais e administrativas são independentes entre si e podem cumular-se (art. 125).

14. Portanto, diante da impossibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar em caso de prescrição da pretensão punitiva, e considerando a independência das instâncias, que permite à Administração Pública buscar o ressarcimento ao erário decorrente de infração administrativa praticada pelo servidor público federal no exercício do cargo, importa discorrer sobre a imprescritibilidade da pretensão e os meios cabíveis de ressarcimento ao erário.

DA IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

15. Na esteira desse raciocínio, cumpre destacar que resta indubitado que a regra insculpida no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal (*A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.*) contém dois comandos: o primeiro, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, nos termos da lei; e o segundo, o da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, não podendo a lei, obviamente, dispor em contrário. Assim, a expressão “ressalvadas as ações de ressarcimento” retirou a possibilidade de fixação de prazos prescricionais na hipótese, restando suficientemente clara e expressa a imprescritibilidade³.

16. O STF reconheceu a repercussão geral do alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa, *verbis*:

“Ementa: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.”

(RE 669069 RG / MG - MINAS GERAIS, REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, Julg.02/08/2013, pub. 26/08/2013)

17. Nos termos do voto do Relator:

“O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.”

18. Nos debates daquela sessão de julgamento, o Relator esclareceu que o que é imprescritível - aliás, decorre do próprio § 5º - é a ação de ressarcimento de danos ao erário.

19. Destaque-se o contido na decisão do RE nº 669.069, no qual se discutiu a Repercussão Geral nº 666 (Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao Erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa), quanto à prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ilícitos civis. A questão constitucional acerca da abrangência da pretensão ressarcitória decorrente de ilícito de natureza civil, pela regra da imprescritibilidade do art. 37, § 5º, da Carta Magna, ficou assim definida:

“Assentou-se, assim, a tese de que **‘é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil’**. Nos debates travados

na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.

Por isso mesmo, recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de dois temas relacionados à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário:

(a) Tema 897 – ‘Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa’; e

(b) Tema 899 – ‘Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas’.

Desse modo, se dúvidas ainda houvesse, é evidente que as pretensões de ressarcimento decorrentes de atos tipificados como ilícitos de improbidade administrativa, assim como aquelas fundadas em decisões das Cortes de Contas, não foram abrangidas pela tese fixada no julgado embargado.

(...)

De outra monta, a leitura dos precedentes prolatados por esta Corte que reproduziam o entendimento da **imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário** diziam respeito, em sua maioria esmagadora, a **atos de improbidade administrativa ou atos cometidos no âmbito de relações jurídicas de caráter administrativo**.

Essas discussões também não são abrangidas pela tese firmada no julgado embargado, que, conforme já esclarecido, **aplica-se apenas a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.**” (destaques nossos)

(EMB. DECL. NO RE 669.069 MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julg. 16/06/2016, Tribunal Pleno STF)

20. Portanto, restou intocável a tese da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de atos de improbidade ou atos cometidos no âmbito das relações jurídicas de caráter administrativo, cujo alcance restringe-se a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado.

21. Nos termos do voto do Relator, destaque-se, ficou clara *"a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante."*

22. No mesmo sentido, a Repercussão Geral nº 897 foi assim decidida pelo STF, no julgamento do RE nº 852.475:

“O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 897 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.

Vencidos os Ministros Alexandre do Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: 'São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa', vencido o Ministro Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.8.2018."

INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E PREJUÍZO AO ERÁRIO

23. Assente nessas premissas, cumpre destacar a recente interpretação do § 6º do art. 37 da Constituição, feita pelo Decreto nº 9.830/19 (que regulamentou artigos da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro - LINDB), no sentido de que, em atenção aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, o direito de regresso somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, conforme artigos 12 e 14.

24. Portanto, diante de ilícito administrativo que não seja mais passível de punição administrativa ou de abertura do processo administrativo disciplinar em face da prescrição, é cabível o ressarcimento ao erário não prescrito, valendo-se a Administração Pública dos seguintes meios:

(i) desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União - GRU, se houver concordância do servidor, na forma prevista no art. 46 da Lei nº 8.112/90;

(ii) instauração de processo administrativo destinado a apurar e quantificar o dano, nos termos da Lei nº 9.784/99, de forma a esgotar as medidas administrativas com vistas ao ressarcimento pretendido;

(iii) por protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo prévio (jurisprudência do STJ);

(iv) instauração da Tomada de Contas Especial; ou

(v) proposição de ação judicial específica que determinará o alcance da responsabilidade civil e o ressarcimento do dano causado ao erário.

25. Na primeira hipótese, constatada a ocorrência de dano ao erário, em que o valor seja quantificado, cabe a reposição ou indenização pelo servidor responsável, conforme os seguintes dispositivos da Lei nº 8.112/90, *verbis*:

Art. 45. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum desconto incidirá sobre a remuneração ou provento.

Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

Art. 47. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de sessenta dias para quitar o débito. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

Parágrafo único. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

26. A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão paradigma no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.182/DF, da Relatoria do então Ministro Maurício Correa, cujo precedente atribuiu a responsabilidade pelo dano ao erário a servidor, em razão de apuração em processo administrativo disciplinar, sendo determinado pela Administração que o valor do débito correspondente fosse restituído mediante descontos mensais em sua remuneração sem, entretanto, haver consentimento do servidor.

27. Na decisão proferida no aludido MS nº 24.182, decidiu-se que o pagamento pelo servidor, na forma do art. 46 da Lei nº 8.112/1990, somente poderia ser efetivado após sua anuência com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado. Assim, julgou pela ilegalidade do desconto em folha sem a prévia concordância do servidor, porque inaplicável a autoexecutoriedade do procedimento administrativo. Neste mesmo sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao relatar o Mandado de Segurança nº 28.416, reportou-se ao Mandado de Segurança n. 24.182 e asseverou, *in verbis*:

“Esta Corte, por ocasião do julgamento do MS 24.182/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, assentou que o pagamento pelo servidor, na forma do art. 46 da Lei n. 8.112/1990, só poderá ocorrer com sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado.

Ocorre que o caso tratado era de uma condenação indenizatória, por desaparecimento de 187 (cento e oitenta e sete) talonários de tíquete alimentação, que estavam sob sua guarda e responsabilidade do servidor.

Nesse sentido, concluiu o Tribunal pela **ilegalidade do desconto em folha sem a anuência do servidor, sob o fundamento de que não se aplicaria, àquele caso, a autoexecutoriedade do procedimento administrativo, dado que a competência da Administração é restrita às sanções de natureza administrativa em face de ato ilícito praticado pelo servidor, não podendo alcançar, compulsoriamente, as consequências civis e penais, estas sujeitas à decisão do Poder Judiciário.**” (destaques nossos)

28. O Relator do MS nº 24.182 foi categórico ao afirmar que *“as disposições do art. 46 da Lei n. 8.112/1990, longe de autorizar a Administração a executar a indenização apurada em processo administrativo, apenas regulamenta a forma como poderá ocorrer o pagamento pelo servidor, logicamente após sua concordância com a conclusão administrativa ou a condenação judicial transitada em julgado”*.

29. Assim, somente é cabível o ressarcimento de prejuízo ao erário por meio de desconto em folha de pagamento ou Guia de Recolhimento da União - GRU, se houver concordância do servidor, na forma prevista no art. 46 da Lei nº 8.112/90.

30. A regra do art. 46, da Lei nº 8.112/90 aplica-se ao servidor em atividade. A esse respeito, trazemos o entendimento assentado no PARECER GM 10/2000, aprovado pelo Exmº Senhor Presidente da República em 04/08/2000 (Processo nº 00400.001506/99-18), que tratou de reposição de valores recebidos por servidores em cumprimento de decisões liminares cassadas e que se encontraram em débito com o erário, no sentido de que **a devolução de valores ao erário será mediante desconto em folha**, previsto no art. 46, da Lei nº 8.112/90, **para o servidor em atividade**, em consonância com a doutrina, para a qual a disposição abrange tanto as devoluções devidas por atos dolosos quanto culposos:

“16. Buscar em que medida esse ato de reposição se fará, poderá ser definido pelo administrador, logicamente dentro dos limites da legalidade.

17. A reposição de valores recebidos indevidamente ou **prejuízos causados ao erário**, por servidores públicos civis, já era feita durante a vigência do antigo Estatuto dos Funcionários (Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 197, § 1º) mediante o desconto em prestações mensais não excedentes da décima parte do vencimento ou remuneração, à míngua de outros bens que respondessem pela indenização, de os vultosos prejuízos ou de altos recebimentos indevidos.

(...)

19. Na conformidade do § 2º do artigo 47 da Lei nº 8.112/90, com a alteração procedida pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, não se via a possibilidade de resolver a questão focada nos autos do processo, uma vez que, em assim fazendo, inclusive com a inscrição dos valores na dívida ativa da União, ver-se-ia a ocorrência de consequências danosas aos servidores públicos atingidos, mesmo porque a devolução seria feita na sua totalidade.

(...)

23. No que concerne a essas reposições ao erário, devidamente corrigidas, ao comentar o art. 46 do diploma legal original, IVAN BARBOSA RIGOLIN, nos seus "Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis" - Saraiva: 1993: pg. 110, assim preleciona:

‘Fixa este dispositivo que **qualquer devolução ou ressarcimento de dinheiro aos cofres públicos por servidor será deduzido de seu pagamento mensal, em parcelas que não excedam a décima parte do conjunto da remuneração ou do provento, em valores atualizados**. Quer isto dizer que, **tanto aquelas devoluções devidas por atos dolosos ou culposos do servidor**, quanto aquelas devidas por erros escusáveis ou involuntários (sendo que as primeiras são o que a lei deve ter querido significar indenização, e a segunda reposição), após terem os seus valores apurados em expediente administrativo onde precisa até mesmo ser ouvido o servidor, garantindo-se-lhe defesa, serão deduzidas automaticamente pela Administração a cada pagamento mensal. As parcelas deduzidas não poderão exceder a décima parte do vencimento mais vantagens permanentes (remuneração, caso o servidor seja ativo) ou do provento (da aposentadoria ou da disponibilidade, caso seja inativo).

A lei exige a cada mês a atualização do valor deduzido ao servidor. Tal exigência, perfeitamente justa e correta, visa reparar a perda do poder aquisitivo do dinheiro, e é tanto mais necessária e útil quanto maior for a inflação a cada mês, pouco significando nos momentos de ‘congelamentos’ de preços, salários e valores, impostos por medidas legislativas de natureza econômica e abrangência geral para o País. O fator de atualização monetária da expressão real das parcelas será aquele vigente, e quase se pode dizer ‘em moeda’, a cada ocasião de descontos (sabendo-se com que frequência se criam e extinguem índices em nosso país).’

24. Na verdade - e isto é preciso que se diga - convém aos interesses do Estado-Administrador a manutenção integral e harmoniosa do conjunto de qualidades que fazem do servidor, que a ele presta serviços, um elemento de plena utilidade na realização das tarefas administrativas que lhe incumbe realizar, porque a este Estado-Administrador, em suma, interessa manter num grau de rendimento satisfatório a produção laboral daqueles que dele recebem estipêndios mensais, porquanto, para atingir seus fins, não poderá considerá-los apenas como instrumentos (ou ferramentas de trabalho) mas, como seres humanos, possuidores de deveres e direitos, estes últimos se emparelhando com os direitos individuais e coletivos dos

cidadãos, inscritos no Capítulo I, art. 5º, da Constituição da República.”
(destaques nossos)

31. A Administração adotou, portanto, o entendimento em consonância com a doutrina, de que a devolução ao erário, após terem seus valores apurados, deverão, primeiramente, obter a anuência do servidor, para desconto em folha, nos termos do art. 46, da Lei nº 8.112/90.

32. Como, no caso sob análise, trata-se de pretensão punitiva prescrita da Administração, não se aplica o art. 47 da Lei nº 8.112/90. A inscrição em dívida ativa e posterior cobrança judicial ou extrajudicial encontra-se prevista para a hipótese de não quitação do débito se o servidor *for demitido, exonerado, ou tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada*, ou seja, pressupõe processo disciplinar com penalidade aplicada ou saída voluntária do serviço público. Nestes casos, o débito deverá ser solvido no prazo de sessenta dias. Caso não ocorra o pagamento nesse prazo, somente então o débito será inscrito em dívida ativa, consoante dispõe o art. 47, da Lei nº 8.112/90.

33. Para a **inscrição em dívida ativa de valores decorrentes de casos de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos ativos ou inativos**, como o alcance, a reposição e a indenização, tem-se que a correspondente inscrição em dívida ativa se submete a disciplina legal específica, com a **necessidade de processo administrativo prévio**, consoante precedente do STJ, citado no PARECER/PGFN/CDA 2348/2012:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. REQUISITOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA DE SUPOSTO CRÉDITO ORIUNDO DE ILÍCITO CIVIL EXTRA CONTRATUAL APURADO ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A inscrição em dívida ativa não é forma de cobrança adequada para os créditos provenientes exclusivamente de ilícitos civis extra contratuais que não tenham sido previamente apurados pela via judicial. Isto porque, em tais casos, não há certeza da existência de uma relação jurídica que vai ensejar o crédito, não havendo ainda débito decorrente de obrigação vencida e prevista em lei, regulamento ou contrato. Precedentes: REsp. Nº 441.099 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 07 de outubro de 2003; REsp. Nº 362.160 - RS, Rel. Min. José Delgado, julgado em 05 de fevereiro de 2002.

2. **Afirmção que não agride os valores decorrentes de casos de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos como o alcance, a reposição e a indenização, posto que sua inscrição em dívida ativa se submete a disciplina legal específica, com processo administrativo prévio, e nesses casos há uma relação jurídica entre o causador do dano e a administração pública (condição de servidor ou funcionário público) que preexiste ao próprio dano causado (...)**

(AgRg no REsp 800.405/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 26/04/2011) (O destaque não consta do original)

(...)

62. De igual forma, extrai-se do *caput* do artigo 47 da Lei nº 8.112, de 1990, a autorização legal para o Poder Público imputar administrativamente a servidor demitido, exonerado, ou que tiver aposentadoria ou disponibilidade cassada o dever de ressarcir ao erário. Ocorre que, nesses casos, o legislador foi adiante ao estipular expressamente, no parágrafo único do dispositivo em baila, a inscrição em dívida ativa.

63. O fato de o legislador ter previsto a inscrição em dívida ativa na hipótese descrita no artigo 47 da Lei nº 8.112, de 1990, não põe em xeque a conclusão acima registrada no sentido de que a autorização legal para cobrança administrativa é suficiente para, se o caso, conduzir o crédito à inscrição em DAV. Aliás, se assim não fosse, valores atribuídos a servidores ativos jamais poderiam ser inscritos em dívida ativa, ao contrário de dívidas de servidores já exonerados. Esta distinção, evidentemente, não se sustenta.

64. Ao que parece, o legislador previu expressamente a inscrição em DAV de servidor exonerado, demitido, ou com aposentadoria ou disponibilidade cassada por enxergar que nestes casos, não mais remanescendo vínculo jurídico entre as partes, o caminho natural para satisfação de seu crédito viria pela inscrição em dívida ativa e não pelo desconto em folha de pagamento.

65. Como visto, o ressarcimento ao erário imputado a servidor público ativo ou pensionista encontra fundamento no artigo 46 da Lei nº 8.112, de 1990. Por sua vez, o artigo 47 da referida norma justifica o ressarcimento do servidor que não mais tem vínculo com a Administração. Remanesce, no entanto, dúvida quanto à base legal da cobrança do expansionista.”

34. Extraí-se do voto do Relator do REsp 800.405/SC, as seguintes conclusões:

“Como já asseverei, a inscrição em dívida ativa de valor decorrente de ilícito extracontratual deve ser fundamentada em dispositivo legal ou normativo específico que não o art. 159 ou o art. 1.518, do Código Civil de 1916 (art. 186, art. 927 e art. 942, do atual Código Civil).

Essa afirmação não agride os valores decorrentes de casos de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos como o alcance, a reposição e a indenização, posto que sua inscrição em dívida ativa se submete a disciplina legal específica. Além disso, nesses casos há uma relação jurídica entre o causador do dano e a administração pública (condição de servidor ou funcionário público) que preexiste ao próprio dano causado, veja-se:

a) **reposição**: devolução feita ao erário, pelo servidor público, de determinado *quantum*, em razão de recebimento indevido (normalmente de remuneração ou proventos) ou de indenização indevida (art. 45, parágrafo único, e art. 46, da Lei n. 8.112/90);

b) **indenização**: reparação do dano causado pelo servidor público ao erário no exercício de suas funções (art. 46, da Lei n. 8.112/90);

c) **alcance**: diferença para menos apurada em um processo de tomada de contas entre os valores confiados a um funcionário público, ante o cargo por ele ocupado ou função pública por ele desempenhada, perante a Administração, em virtude de ter havido sua sonegação, extravio ou desvio (art. 214, §1º e art. 225, §1º, da Lei n. 1.711/52, e art. 1º, do Decreto-lei n. 3.415/41).”

35. Exige-se, logicamente, que o crédito fazendário esteja devidamente acertado após o regular trâmite de processo administrativo. Uma vez constituídos administrativamente, os créditos decorrentes de ressarcimento ao erário podem ser enquadrados no conceito de dívida ativa não tributária previstos nas Leis nº 4.320/64 e 6.830/80, sendo imperativa sua inscrição em dívida ativa.

36. Por fim, a Certidão de Dívida Ativa poderá ainda ser protestada no Tabelionato de Protesto de Títulos, conforme previsão contida no art. 1º, da Lei nº 9.492, de 10 de

setembro de 1997, caso o crédito esteja abaixo do limite de cobrança para execução judicial, conforme Portaria MF nº 75, de 22/03/2012 (DOU nº 59, de 26/03/2012, p. 22).

37. Na segunda hipótese aventada, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da Administração e não se dispondo do *quantum* devido pelo servidor, o ressarcimento ao erário pode se iniciar por meio de processo administrativo simplificado, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

38. Quanto ao trâmite do processo administrativo, previsto na referida Lei, tem início de ofício (art. 5º), com a finalidade apurar e quantificar o prejuízo. Não há forma determinada, a não ser quando a lei expressamente o exigir (art. 22), e o servidor será intimado das decisões e das diligências efetivadas (art. 26). A Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado, em caso de risco iminente (art. 45).

39. Em todo o desenvolvimento do processo administrativo será garantido o direito de ampla defesa do interessado e o desatendimento das intimações por parte do servidor não importa em reconhecimento da verdade dos fatos e nem renúncia a direito (art. 27). A instrução do processo dá-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelos autos, sem prejuízo do direito de apresentação de provas pelo interessado. Tais atos instrutórios devem realizar-se de modo menos oneroso para o servidor (art. 29), ao qual cabe a prova dos fatos alegados (art. 36). O servidor será intimado de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização (art. 41). Se o servidor declarar que os fatos estão registrados em documentos ou processos da própria Administração ou em outro órgão, a obtenção dos documentos ou cópias será obtida de ofício, com vistas à instrução (art. 37).

40. Na fase instrutória e antes da decisão, o servidor poderá juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias e aduzir alegações concernentes à matéria objeto do processo. As provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias poderão ser recusadas, por meio de decisão fundamentada (art. 39). O interessado tem direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 46). A Administração observará a prioridade de tramitação nos casos elencados no art. 69-A.

41. Encerrada a fase instrutória, o servidor terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 44). Segue-se o relatório e a decisão motivada. Se o órgão de instrução não for competente para emitir a decisão final, deverá elaborar relatório indicando a motivação da abertura do processo, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, e encaminhará o processo à autoridade competente (art. 47).

42. A decisão poderá estabelecer a ciência do servidor e sua anuência com o desconto em folha de pagamento, do valor correspondente à reposição ao erário, na forma estabelecida no art. 46, da Lei nº 8.112/90.

43. Poderá, ainda, a Administração instaurar a **Tomada de Contas Especial** ou propor ação judicial específica para delimitação do alcance da responsabilidade e o correspondente ressarcimento do dano causado ao erário, nos casos cabíveis, analisados concretamente.

44. No que diz respeito à instauração de Tomada de Contas Especial-TCE, esse processo administrativo de rito próprio tem a finalidade de apurar responsabilidade por ocorrência de dano à Administração Pública Federal, a fim de obter o respectivo ressarcimento, com

objetivo de: i) apurar os fatos; ii) quantificar o dano; e iii) identificar dos responsáveis, nos termos do art. 2º da IN TCU 71/2012.

45. Pode ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão ou entidade jurisdicionada, assim entendida como a responsável pela gestão dos recursos, em face de pessoas físicas ou jurídicas que deram causa ou concorreram para a materialização do dano, depois de esgotadas as medidas administrativas internas com vista à recomposição do erário ou à elisão da irregularidade, tais como a notificação para reposição voluntária, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90 e o processo administrativo previsto na Lei nº 9.784/99, mencionados acima.

46. Portanto, antes da instauração de uma TCE, a autoridade máxima do Órgão deverá ter esgotado as medidas administrativas com vistas ao ressarcimento pretendido e o dano ao erário, atualizado monetariamente, deverá ser de valor igual ou superior à R\$ 100.000,00 (cem mil reais), valor de alçada previsto no art. 6º, da IN TCU 71/2012⁴.

47. De acordo com art. 8º da Lei 8.443/1992, a instauração da tomada de contas especial tem por pressuposto a apuração das seguintes irregularidades: a) omissão no dever de prestar contas; b) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; c) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; d) prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário⁵. (destaque nosso)

48. Vê-se que se trata de um procedimento administrativo próprio, que deverá, igualmente, garantir o contraditório e a ampla defesa, com a possibilidade de recurso. Caso se comprove o dano ao erário, o débito apurado tem eficácia de título executivo extrajudicial (art. 515, I, do NCPC), após o julgamento pelo TCU, tornando a dívida líquida e certa. Em seguida, o responsável será notificado para recolher o valor devido, no prazo de 15 (quinze) dias. Se, regularmente notificado, não pagar a importância devida, será promovida a cobrança judicial da dívida.

49. A cobrança judicial da dívida, oriunda de dano ao erário, pode ser ajuizada **independentemente do esgotamento das medidas administrativas**. Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE QUE O PARECER PRODUZIDO POR FISCAL DO TRABALHO DEIXOU DE PROMOVER EXAME COMPLETO DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT OF MANDAMUS. DEFESA APRESENTADA CONTENDO TODAS AS TESES DE RESISTÊNCIA QUANTO AO FATO IMPUTADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO IMPETRANTE. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONDUTAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FATOS E A PENA APLICADA CONFIGURADAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROCEDIMENTO ADEQUADO A APURAR SUPOSTA IRREGULARIDADE QUE CAUSE PREJUÍZO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RESSARCIMENTO** DE VALORES AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO SERVIDOR PÚBLICO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO JUDICIAL. IMPRESCINDÍVEL. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No caso de demissão imposta a servidor público - na espécie, conversão de exoneração em destituição de cargo em comissão - submetido a

processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, visando restringir a atuação do Poder Judiciário à análise dos aspectos formais do processo disciplinar.

(...)

8. O ex-servidor, profissional experiente quanto à Administração Pública, vendo-se diante de pleito, no mínimo, controvertido e cujo eventual deferimento demandaria dispêndio de vultosa quantia pelo erário, deixou de conduzir a questão por intermédio dos canais competentes para tanto, tomando decisão calcada apenas no seu entendimento pessoal sobre a matéria, denotando esse proceder total descompasso com o trato que deve ser destinado à coisa pública.

(...)

9. Cabe ao agente público federal, tomando conhecimento eventuais irregularidades das quais resultem prejuízo ao erário, informar o Tribunal de Contas da União, para que sejam tomadas as providências pertinentes, sendo a Tomada de Contas Especial o procedimento adequado a apurar tais fatos e, caso necessário, determinar a aplicação de sanções aos responsáveis.

10. Nos termos do que dispõe o art. 46 da lei n.º 8.112/90, caso haja concordância do servidor público, é possível o **ressarcimento** de valores supostamente devidos por meio de descontos em folha de pagamento ou emissão de GRU. Caso contrário, é imprescindível a propositura de ação judicial específica, na qual seja estabelecido o alcance da **responsabilidade civil** e determinado o **ressarcimento** do dano causado ao erário.”

(MS 14432/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Terceira Seção, STJ, julg. 13/08/2014, pub. DJe 22/08/2014) grifos nossos

50. Portanto, não autorizado o desconto em folha pelo servidor, pode a Administração propor as medidas judiciais específicas, imediatamente.

CONCLUSÃO

51. Ante o exposto, conclui-se, em caso de infração administrativa atingida pela prescrição da penalidade administrativa, e na existência de prejuízo ao erário não prescrito, pode a Administração Pública providenciar o ressarcimento do dano ao erário, independentemente da instauração do processo administrativo disciplinar, pelas seguintes formas:

- desconto em folha devidamente autorizado pelo servidor, na forma prevista nos arts. 46 e 122, § 1º, ambos da Lei nº 8.112/90;
- por processo administrativo, nos termos da Lei nº 9.784/99;
- por protesto extrajudicial ou execução fiscal, precedido de processo administrativo prévio (jurisprudência do STJ);
- por Tomada de Contas Especial, na qual será apurado o fato, identificado o responsável e quantificado o dano; ou
- ação judicial específica.

É o parecer.

Brasília, 13 de agosto de 2019.

Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys
Procuradora Federal
CNPAD/CGU/AGU

¹ Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.

² AGU. Sítio. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1532556>. Acesso em 10/09/2018

³ VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. A ação de ressarcimento do erário e a imprescritibilidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/acao-ressarcimento-erarioimprescritibilidade>. Acesso em 11/02/2020

⁴ TCU, sítio oficial. Disponível em http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20235542/do1-2017-05-25-instrucao-normativa-n-76-de-23-de-novembro-de-2016-20235432. Acesso em 01/10/2018

⁵ Idem

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Documento assinado eletronicamente por Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys. Data e Hora: 18-02-2020 18:19. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por Renato do Rego Valenca, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Renato do Rego Valenca. Data e Hora: 18-02-2020 18:08. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por Neide Marcos da Silva, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Neide Marcos da Silva. Data e Hora: 21-02-2020 12:39. Número de Série: 17245182. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por Karine Berbigier Ribas, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Karine Berbigier Ribas. Data e Hora: 18-02-2020 11:26. Número de

Série: 0x851028E5E04A42AE94249B17F3BC17F1. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v5.

Documento assinado eletronicamente por Bruno Demczuk de Alencar, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Bruno Demczuk de Alencar. Data e Hora: 18-02-2020 12:32. Número de Série: 116087515248781750120970967350712574613. Emissor: AC OAB G2.

Documento assinado eletronicamente por Vinicius de Carvalho Madeira, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Vinicius de Carvalho Madeira. Data e Hora: 18-02-2020 13:48. Número de Série: 17223246. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por Jefferson Heitor de Medeiros Kirchner, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Jefferson Heitor de Medeiros Kirchner. Data e Hora: 20-02-2020 15:44. Número de Série: 1782645. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por Rui Magalhaes Piscitelli, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 279737707 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): Rui Magalhaes Piscitelli. Data e Hora: 18-02-2020 20:05. Número de Série: 7256745761337164983.

23 - SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO

Assuntos abordados neste Parecer: Oposição de sigilos bancário e fiscal (antes da redação dada ao art. 198 do Código Tributário Nacional - CTN pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001) ao Tribunal de Contas da União.

PARECER AGU Nº GQ-110

NOTA: A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo. Em 10.9.96". Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 12/07/96, pg. 18050 (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

PROCESSO Nº: 00002.002045/96-88

ORIGEM: Ministério da Fazenda

ASSUNTO: Sigilo bancário e fiscal frente ao TCU.

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/PRO-04/96, de 02 de setembro de 1996, da lavra do eminente Consultor da União, Dr. MIGUEL PRÓ DE OLIVEIRA FURTADO, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 09 de setembro de 1996.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER Nº AGU/PRO-04/96 (Anexo ao Parecer nº GQ-110)

EMENTA: Regra constitucional não escrita outorga ao TCU, quando em missão também constitucional de inspecionar bens e valores públicos, direito de examinar informações mesmo sigilosas, desde que intimamente vinculadas a inspeções ou auditorias em curso. Considerando que tal acesso não é indiscriminado, como sugerem as decisões 224/94 e n. 670/95 do Tribunal, e tendo em vista a gravidade das penas a que se sujeitam autoridades e funcionários, quer atendam às solicitações, quer deixem de a elas atender, aconselha-se a submissão da questão ao Judiciário.

(Nota: O Parecer AGU nº GQ-110 foi exarado sob a vigência da redação original do art. 198 do CTN, antes da alteração dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, e foi considerado parcialmente revisado, no que tange a sigilo fiscal, pelo Parecer AGU nº AM-8.)

PARECER

O Exmo Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República submete à apreciação de V. Ex.^a o dissídio que se estabeleceu entre o Tribunal de Contas da União - TCU, de um lado, e a Secretaria da Receita Federal - SRF, e o Banco Central do Brasil - BACEN, de outro, a respeito de prestação de informes sigilosos. É de grande interesse a consulta, porque coloca em pólos opostos órgãos de Poderes diversos da República.

Resume-se a questão em saber se o BACEN e a SRF podem franquear o acesso do TCU a informações que a legislação timbra de sigilosas.

2. O TCU - segundo atestam transcrições das Decisões n. 224/94 e 670/95 feita em parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, considera que nenhum sigilo lhe pode ser oposto:

Decisão n. 224/94:

"8.5 - Comunicar ao Banco Central do Brasil que o entendimento firmado por este Tribunal, com relação ao TC-001.202.279/92-6, é que o sigilo bancário de que trata o art. 38 da Lei nº 4.595/64, não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas pelo TCU, em face das normas constitucionais e legais em vigor (art. 70, *caput*, e 71, incisos e parágrafos da Constituição Federal, e art. 42 da Lei n. 8.443/92), sob pena das sanções previstas em lei (§§ 1º e 2º do art. 42 da Lei nº 8.433/92, c/c o art. 58, inciso IV da mesma lei), mantendo-se o referido sigilo".

Decisão n. 670/95:

"8.1 - firmar entendimento de que o sigilo fiscal de que trata o art. 198 da Lei n.º 5.172/66 (Código Tributário Nacional) não se aplica às ações de fiscalização do Tribunal de Contas da União, sendo, portanto, inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados no exercício das diversas espécies de inspeções ou auditorias realizadas por esta Corte de Contas, em face das normas constitucionais e legais em vigor (art. 70 *caput*, e 71, incisos e parágrafos da Constituição Federal, art. 42 da Lei n. 8.443/92 e art. 54 da Lei nº 3.470/58) sob pena das sanções previstas em lei (parágrafos 1º e 2º do art. 42 c/c art. 58, incisos IV e V e art. 44 da Lei nº 8.443/92).

3. O Banco Central, escudado no art. 38 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e a SRF, nos arts. 197, 198 e 199 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, recusam-se sistematicamente a fornecer dados protegidos pelo sigilo bancário e pelo sigilo fiscal.

4. Direitos fundamentais - Antes de iniciar os comentários ao art. 153 da Constituição federal de 1967, com a redação e a numeração dadas pela Emenda n. 1, de 1969, e ao estudar o conceito de direito fundamental, PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV. 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 617 e seguintes) salienta a existência de direitos constitucionais não fundamentais, para, a seguir, distinguir, dentre os fundamentais, os que têm origem constitucional dos que lhe são anteriores. Estes, diferentemente desses e daqueles, são absolutos e o próprio Estado não pode deixar de atendê-los: "*Direitos fundamentais valem perante o Estado e não pelo acidente da regra constitucional*" (op. c., Tomo IV, p. 617) (Grifos do original). Poucas páginas à frente, especifica:

"Quando o Estado, sem ser obrigado a edictar alguma regra jurídica, ou a reconhecê-la como implícita, porque a ordem jurídica supra-estatal não o contém, edicta regras jurídicas em que se traduz a equação *the man versus the State*; portanto, por sugestão sua, própria, ou do seu povo, o direito é fundamental, porém não supra-estatal. Assim, nem todos os direitos que aparecem nas Declarações de Direitos são supra-estatais: são direitos fundamentais, ou apenas, constitucionais (Direitos e garantias). Os direitos supra-estatais, pelo menos sistematicamente, são concebidos como anteriores ao Estado." (p. 624, 625) (Grifos do original)

5. Impossibilitado, porém, de fundá-los no Direito Natural, que sua imensa formação positivista impedia, insere-os ainda no âmbito jurídico, mas como princípio do Direito das Gentes:

"Os direitos fundamentais limitam os poderes do Estado. Até há pouco a doutrina e os legisladores constituintes falavam, vagamente, de faculdades do Estado, ou atribuíam a tais limitações caráter de ordem de Deus, ou de direito natural, ou, mais modestamente, de regra jurídica a priori. Só recentemente, quando começaram a avivar-se certos traços da distribuição supra-estatal das competências, foi que se viu que algum desses direitos são conteúdo de princípios de direito das gentes." (p. 621)

6. Ainda que por via diversa chegou-se ao mesmo resultado. Mas MARITAIN já chamou a atenção para o que ele denominou de "conclusões práticas" a que homens da mais diversa formação chegam, desde que se não se lhes peça a fundamentação:

"Como o demonstrou de modo muito claro a Declaração Internacional de Direitos publicada pelas Nações Unidas em 1948, não é fácil, sem dúvida, mas é possível estabelecer uma formulação comum dessas conclusões práticas ou, por outras palavras, dos vários direitos possuídos pelo homem em sua experiência pessoal e social. Seria, entretanto, completamente fútil procurar uma justificação racional comum para essas conclusões práticas e para esses direitos. Se tal fizéssemos, correríamos o risco de impor um dogmatismo arbitrário ou deter-nos-iam diferenças irreconciliáveis. O problema que ora se levanta é o do acordo prático entre homens que, teoricamente, se opõem uns aos outros. (...)

Durante uma das reuniões da Comissão nacional Francesa da UNESCO, na qual se discutiam os Direitos do Homem, espantou-se alguém de que proponentes de ideologias violentamente opostas houvessem concordado no levantamento de uma lista de direitos. Sim, replicaram eles, concordamos na enumeração desses direitos, contanto que não nos perguntem por quê. A partir do por quê, começa a divergência." (JACQUES MARITAIN. O Homem e o Estado. 3. ed. Rio: Agir, 1959. P. 91 e 92 - Grifos do autor)

7. Mas que direitos fundamentais supra-estatais são esses? Dentre outros, evidenciados ao longo do estudo, eis alguns mencionados por PONTES:

"A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e a inviolabilidade da correspondência (correios, telégrafos, telefones) são tidas como direitos fundamentais absolutos. Relativos são os direitos de contrato, de comércio e indústria, e o direito de propriedade. Existem esses, mas valem conforme a lei; à diferença daqueles, que se formulam de modo absoluto, apenas cabendo à lei regular as exceções." (op. c. Tomo IV, p. 618, 619 - Grifos do original)

8. Citados aí pelo autor estão os direitos previstos nos incisos XI e XII do art. 5º da atual Constituição federal. O direito à intimidade e à vida privada isentas de bisbilhotices públicas que a Constituição reconhece no art. 5º, X, conquanto não mencionados por PONTES, porque a Carta anterior não o continha de forma explícita, parece dever também ser entre eles inserto. Os direitos, à intimidade e à privacidade, portanto, seriam daqueles direitos fundamentais supra-estatais que o próprio constituinte estaria adstrito a aceitar. Aliás, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada em 1948, em cujo primeiro *considerandum* se atesta que a "dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo", estipula:

Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Tais anseios, talvez mais ardentes à época porque estavam muito vivos na lembrança os horrores da guerra total recém-acabada, só se constitucionalizaram em maior amplitude, no Brasil, em 1988:

Art. 5º. (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

9. Mesmo antes, porém, de constitucionalizar-se a regra, mas numa clara demonstração de compreensão antecipada da questão, o STF, no Mandado de Segurança n. 2.574 - MG (RTJ, 2/429), protegia de olhares indiscretos as fichas cadastrais dos bancos, assentando que

"Não há lei que obrigue um banco a exhibir o seu fichário cadastral de natureza sigilar e de seu uso privado. Assim é ilegal, e pode ser anulado por mandado de segurança, a ordem judicial de exibição."

O voto do Min. VILLAS BOAS continua:

"As fichas cadastrais são organizadas pelos bancos para seu uso exclusivo, pertencendo ao seu arquivo secreto. Nelas são consignadas informações várias sobre a idoneidade financeira e moral dos que operam na praça.

Constituindo esse documentário, de natureza sigilar, que não é comum às partes mas privativamente seu, o Banco não pode ser compelido a mostrá-lo a quem quer que seja ainda que a sua recusa, como no caso, possa ser interpretado como falta de colaboração com a Justiça."

Ressai do acórdão a dupla proteção concedida: a do cadastrado, cuja vida negocial deixa de ser exposta a terceiros, e também a do banco que não se vê coagido a expor um conceito, uma mera opinião pessoal sobre a correção dos seus clientes que, por deficiência de dados, pode até não ser verdadeira,. Os bancos, como as pessoas naturais, não podem ser coagidos, nem mesmo judicialmente, a dizer o que pensam de terceiros.

10. Sigilo Bancário - Está visto, portanto, que o direito da pessoa - melhor que "do indivíduo" (cf. MARITAIN. Os Direitos do Homem. 3. ed. Rio: José Olímpio, 1967. P 15 e ss.) - à intimidade e à vida privada tem conspícua origem e mesmo que não se conseguisse ainda atá-lo ao gênero dos direitos fundamentais supra-estatais, onde o insere o Direito Natural, certo é que constitui espécie de direito fundamental constitucional.

11. O que importa agora é saber se o sigilo bancário está ancorado nesse preceito constitucional.

12. No geral, mesmo dentre os autores que pretendem um sigilo menos rígido, costuma-se vincular o sigilo bancário a esse preceito constitucional. No Supremo Tribunal Federal, se excetuarmos os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e FRANCISCO REZEK, talvez a maioria dos demais tenda a ver o sigilo bancário como desdobramento do direito à Privacidade inserido no inciso X do art. 5º da Constituição. Pensam assim os Ministros MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORREIA e ILMAR GALVÃO. Eis, por exemplo, o que se pode ter por síntese do pensamento do Min. CELSO DE MELLO:

"Sabemos que a tutela jurídica da intimidade constitui - qualquer que seja a dimensão em que se projete - uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor

constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo - e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado - uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público." (Agravo Regimental em Inquérito n. 897-DF) (O negrito é do original)

Aliás, na mesma linha também se manifestaram CARLOS VELLOSO e CÉLIO BORJA na Petição n. 577-DF (RTJ, 148/366).

13. No STJ, cite-se, no mesmo sentido, o entendimento unânime da Primeira Turma, no Recurso Especial n. 37.566-5-RS, de que foi Relator o Min. DEMÓCRITO REINALDO (RSTJ., 60/357)

14. Na Doutrina poderíamos mencionar, dentre outros, MIGUEL REALE (1º Ciclo de Estudos de Direito Econômico), TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (Sigilo de dados: O Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 1/141, 1992), ARNOLD WALD (O sigilo bancário no projeto de lei complementar de reforma do sistema financeiros e na lei complementar n. 70, in Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas 1/196, 1992) e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES (Sigilo bancário, Direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade, in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de dezembro de 1992).

15. O art. 5º, XII - Alguns doutrinadores e mesmo algumas decisões fundam o direito à privacidade ora no inciso X, ora no inciso XII, ora em ambos os incisos do art. 5º da Constituição. A redação ambígua do inciso XII contribui para isso, embora pareça possível (e desejável) que se estremem as hipóteses previstas nos dois incisos.

O inciso X, de forma clara, protege a pessoa, enquanto o inciso XII tem em vista a manifestação de pensamento da pessoa. É certo que ambos resguardam, em última análise, a pessoa, mas um versa sobre a pessoa em si, enquanto o outro diz respeito à manifestação de pensamento dela. Embora pareça sutil a diferença, trata-se de coisas diversas. O direito à proteção da intimidade (senso amplo) da pessoa é diverso do direito à proteção do sigilo às suas manifestações de pensamento. São enfoques vários, embora a pessoa seja o alvo de proteção de todos esses direitos.

16. Creio que se deve a PONTES DE MIRANDA, em obra de 1944, a indicação precisa do fundamento em que se baseia o sigilo da correspondência. É conveniente conhecer-lhe o pensamento, conquanto longa a citação:

"Durante trinta anos de estudos dos direitos do homem, no terreno jurídico e no político, como em suas bases filosóficas, nunca nos satisfez o que encontramos sobre a inviolabilidade da correspondência e o princípio do segredo profissional. Sempre nos intrigou a presença desses enunciados, que nos parecia isolado, singular, entre os outros enunciados de direitos públicos básicos.

Os escritores costumam enumerar os direitos fundamentais - uns de liberdade, outros de igualdade - e abruptamente falar do princípio da inviolabilidade da correspondência, sem lhe indagar da natureza ou da procedência lógica. Nós mesmos dele tratamos. em diferentes obras, sem lhe descobrirmos a estrutura e a procedência lógicas. Somente após tentativas para pô-lo em sistema lógico, segundo métodos de lógica simbólica, com que por vezes submetemos a prova enunciados nossos, foi que chegamos à conclusão que nos pareceu satisfatória: trata-se, apenas, de um dos casos de liberdade do pensamento - a liberdade de não emitir o pensamento. Assim, a inviolabilidade da correspondência, o segredo

profissional, o segredo em geral, encontram o seu lugar sistemático. Ao mesmo tempo lhe percebemos a parecença com as outras liberdades de negação - a liberdade de ser ateu ou de ser contra as religiões, de que acabamos de falar e a de inviolabilidade de domicílio, cuja análise também não encontramos feita." (PONTES DE MIRANDA. Democracia, Liberdade, Igualdade [Os três caminhos]. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 360)

17. Esse texto que o autor reproduziu nos comentários que fez à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, assim continua:

"Para bem apanharmos o lugar em que nasce a liberdade correspondente à inviolabilidade de correspondência, é suficiente atentarmos na gradação: liberdade de pensar, liberdade de não pensar; liberdade de emitir o pensamento, liberdade de não emitir o pensamento; liberdade de emitir o pensamento para todos, liberdade de só o emitir para alguns ou para alguém, ou para si mesmo.

De modo que a liberdade de não emitir o pensamento se esgalha, como ocorre às outras.

a) Liberdade de não emitir o pensamento, cuja espécie mais radical é a de pensar e de não emitir o pensamento de maneira nenhuma.

b) Liberdade de não emitir o pensamento, exceto para reduzido número (e.g., segredo da correspondência circular, dos avisos reservados a empregados, ou a amigos, habitantes de prédio ou de povoação).

c) Liberdade de não emitir o pensamento, exceto para um (e.g., cartas particulares)." (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV. 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 170 - Grifos do original).

18. A leitura agora feita do inciso XII leva-nos ao entendimento de que o Constituinte agrupou os quatro meios de transmissão física do pensamento: a) correspondência, telegramas, dados (via computadores) e telefonemas.

Assim, os dados (de computação), vistos estaticamente, são protegidos de maneira diversa. Já a transmissão desses dados - que, por sinal, hoje é feita através de linhas telefônicas - é que é alcançada pelo inciso XII. Ainda que esses dados sejam públicos, está vedada a interceptação deles durante a transmissão.

19. Versando sobre o § 9º do art. 153 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, lembrou PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo V. 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 174) que

"O art. 153, § 9º, não protege, constitucionalmente, toda a liberdade de não emitir o pensamento. Só se refere ao sigilo da correspondência e ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas. Fora daí, têm de ser invocadas outras regras jurídicas da Constituição de 1967, ou das leis ordinárias. Mas basta haver a transmissão para que incida o art. 153, § 9º." (O negrito não é do original, mas a sublinha o é)

20. Do mesmo entender é o Prof. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. "Sigilo de Dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. P. 145, 146), após o exame redacional do inciso XII, em que aprecia a pontuação e os conectivos, ensina:

"Obviamente o que se regula é comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefônica. O que fere a liberdade de omitir pensamento é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com que o que devia ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passe

ilegitimamente ao domínio de um terceiro. Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. Mas se alguém entra nesta transmissão, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou porque uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violando o sigilo de dados.

A regra constitucional do inciso XII apanha, pois, apenas a transmissão. E no Recurso Especial n. 37.566-5 - RS, o Min. DEMÓCRITO REINALDO menciona exclusivamente o inciso X (RSTJ, 60/357)."

21. Registre-se, porém, a bem da verdade, que, mesmo no STF, a matéria continua controversa. No MS n. 21.729-4, os Min. MARCO AURÉLIO, MAURÍCIO CORRÊA e CELSO DE MELLO fundam-se em ambos os incisos - X e XII - do art. 5º da Constituição; já os Min. FRANCISCO REZEK e SEPÚLVEDA PERTENCE seguem o entendimento do Prof. TÉRCIO FERRAZ.

22. Limitabilidade de direitos supra-estatais - Ainda que tidos como fundamentais e supra-estatais, e, portanto, inextinguíveis pelo Estado, os direitos à intimidade e à vida privada, que talvez se possam genericamente chamar de direitos à privacidade, ficam sujeitos a limitações:

"Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor das exceções. Quer dizer: o Estado aponta casos em que o direito não existe, devendo, porém, ficar dentro do âmbito que o conceito supra-estatal de cada um desses direitos lhe deixa." (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV, 3. ed. Rio: Forense, 1987. P. 626)

Todavia, o exercício dessa faculdade só se faz possível mediante norma legal, ainda que não-escrita.

23. O Sistema Financeiro e o Código Tributário - Em 31 de dezembro de 1964, editou-se, no Brasil, a Lei n. 4.595, cujo art. 38, recepcionado pela Constituição, segundo a Doutrina e a Jurisprudência, assim dispõe:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º. As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§ 2º. O Banco Central do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.

§ 3º. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações [de] que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central do Brasil.

§ 4º. Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º deste artigo deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do

Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§ 5º. Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º. O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

§ 7º. A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

24. Dois anos depois do disciplinamento do sistema financeiro, editou-se a Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, que, no capítulo referente à fiscalização, prescreveu as seguintes normas:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

(...)

II - Os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

25. Essas são, pois, dentre outras, algumas das hipóteses que o legislador entendeu de excepcionar. Considere-se, no entanto, que - e o Parecer PGFN/Nº833/96, de autoria do Dr. CARLOS EDUARDO DA SILVA MONTEIRO já chama a atenção para isso - em razão de a Constituição de 1988 prescrever que ambas as matérias se regulam por lei complementar, as alterações que nelas se pretendam fazer demandam essa classe de leis.

26. Os bancos e o fisco - Durante longo tempo, houve entendimento doutrinário de que o parágrafo único do art. 197 do Código Tributário harmonizava-se com os parágrafos do art. 38 da Lei n. 4.595. A única exceção prevista no Código dizia respeito - entendia-se - à proteção do segredo profissional de advogados, médicos etc. e não ao sigilo bancário, uma vez que os bancos eram expressamente citados no art. 197, dentre os que deviam prestar informes ao fisco.

Esse foi o ensinamento de ALIOMAR BALEEIRO (Direito Tributário Brasileiro. 6. ed. ver. e acresc. Rio: Forense, 1974. P. 550):

"O parágrafo único do art. 197 naturalmente está endereçado à proteção do segredo profissional em relação às quaisquer entidades ou pessoas de todas as atividades e profissões, a que se refere o inciso VII desse mesmo dispositivo. Não se conceberia que o advogado e o padre, por ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função de sua atividade, contra delações a que os obrigaram, e até os punem se as fizerem (Cód. Penal, art. 154).

Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas de sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis. Diversa é a situação do advogado, do médico e do padre, cujo dever profissional lhes não tranca os ouvidos a todos os desvios de procedimento ético ou jurídico, às vezes conhecidos somente da consciência dos confitentes."

No mesmo sentido foi a lição de HUGO DE BRITO MACHADO (Curso de Direito Tributário. 4. ed. Rio: Forense, 1987. P. 136):

"O dever de informar encontra limite no denominado sigilo profissional. Assim não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a guardar segredo em razão de cargo, ofício, função, magistério, atividade ou profissão (C.T.N., art. 197, parágrafo único)."

Confira-se ainda JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (Constituição Federal Anotada. 2.ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1986. P. 238), adiante citado.

27. É verdade que o parágrafo único do art. 197 também se referia a manutenção de sigilo sobre fatos conhecidos em razão de "atividade", o que seria suficiente para excepcionar a atividade bancária. Mas como admitir tal interpretação, se os bancos vinham expressamente mencionados, no *caput* do mesmo artigo como obrigados à prestação de informações?! Se excluíssemos as "operações ativas e passivas e serviços prestados"(art. 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1965), que são as que se sujeitam ao sigilo, o que sobraria para justificar a inclusão dos bancos no art. 197 do Código Tributário?!

28. Editada a Constituição de 1988, a interpretação conjugada de dois dispositivos provocou uma guinada de cento e oitenta graus: o primeiro, o art. 5º, X (se se quiser, acrescente-se também o inciso XII) e o outro, o art. 145, verbis:

Art. 145. (...)

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
(o negrito não é do original)

Embora o texto pudesse ser interpretado como autorização específica ao fisco para ter acesso às informações sigilosas dos bancos, desde que "nos termos da lei", i. é, o acesso só se daria quando previsto em lei, como era o caso dos parágrafos 5º e 6º do art. 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1964, houve quem entendesse, numa interpretação restritiva, que a referência a "direitos individuais" aí feita, de fato, fechava-lhe a porta. No Supremo Tribunal alguns Ministros aderiram a esse último entendimento. Essa é a visão do Min. MARCO AURÉLIO que, embora sem mencionar o art. 145, só admite o acesso do fisco às operações e serviços bancários com ordem judicial. Na mesma linha, figuram os Ministros MAURÍCIO

CORRÊA (com invocação expressa do art. 145, § 1º), CELSO DE MELLO e ILMAR GALVÃO, todos eles em votos, no MS n. 21.729-4.

29. A Primeira Turma do STJ, no Recurso Especial n. 37.566-5 - RS, ainda que se fundando numa interpretação - digamos - um tanto estranha do parágrafo 5º do art. 38 da Lei n. 4.595, de 31.12.1964, chegou ao mesmo resultado:

"Tributário. Sigilo bancário. Quebra com base em procedimento administrativo-fiscal. Impossibilidade.

O Sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).(...)

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação às matérias arroladas em lei." (RSTJ, 60/357)

Agora, à vista desse entendimento, nem mesmo o fisco tem mais acesso às informações bancárias sem o auxílio do Judiciário.

30. Os bancos frente ao TCU - Conforme vimos acima, é indispensável que a lei outorgue poder aos requisitantes de informações bancárias sigilosas. Antes, porém, de examinar cada uma das leis invocadas, para saber se o TCU está a tanto autorizado, urge saber que espécie de tribunal é o TCU.

31. Conquanto tribunal, o TCU é tribunal de natureza administrativa, que inegavelmente exerce função ancilar do Congresso Nacional, sem nenhum vínculo com o Judiciário. Ao longo de sua centenária existência teve variadas funções e gerou intensa controvérsia sobre sua natureza e sobre o significado do termo "jurisdição", usado na Constituição. ISAIAS COSTA DIAS e EVALDO LOPES DE ALENCAR, em tese apresentada ao 16º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil (Os Tribunais de Contas e o sigilo bancário), fazem resenha dessas doutrinas. No centro das divergências está o poder de julgar (art. 70, II) e o exercício de jurisdição (art. 73), que a Constituição de 1988 repete, em nada contribuindo para esclarecer a questão.

"A expressão jurisdição - ensina PONTES - no sentido de todo o poder público, toda a *potestas juris dicendi*, seja legislativa, seja judiciária, seja executiva, denuncia conteúdo medieval. O direito canônico ainda mantém esse significado de abarcamento de todo o poder público; o direito das gentes e o direito público interno laico falam de jurisdição do Estado A e de jurisdição do Estado-membro b, ou de jurisdição do delegado policial ou fiscal b. O exato sentido técnico é restrito; o de julgar, o de dizer qual o *jus* que incidiu: *dicere jus*." (Comentários ao Código de Processo Civil [de 1973] Tomo I, 1ª ed. Rio: Forense, 1974. P. 78, 79).

32. Em que sentido o art. 73 o empregou?

JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de Direito Constitucional Positivo. 5ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. P. 629) parece entender o termo em sua acepção antiga, porque, nada dizendo quanto ao art. 73, quando examina a faculdade de "julgar contas", afirma que "não se trata de função jurisdicional, não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas".

33. Já PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III, 3. Ed. Rio: Forense, 1987. P. 254) atribui-lhe função "judicialiforme" e, embora dizendo que "retirou-se quase toda a função judiciária" (o grifo é do autor), depois

de enumerar algumas atribuições do TCU, acrescenta: "Até aqui não há qualquer decisão judicial. Somente há no art. 70, § 4º, e no art. 72, § 8º, [onde] se diz que ao Tribunal de Contas cabe julgar (julgará) da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores."

34. O Supremo Tribunal, de seu turno, editou a Súmula n. 6, assim concebida:

"A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário."

35. Feita essa digressão sobre o Tribunal de Contas, retome-se o fio da meada para verificar se alguma das normas citadas pelo TCU lhe outorga acesso a informes sigilosos, uma vez que sua qualidade de tribunal sem vínculo com o Judiciário exclui-o das exceções do art. 38 da Lei n. 4.565, de 31.12.1964, e do parágrafo único do art. 198 da Lei n. 5.172, de 25.10.1966.

36. A Lei n. 3.470, de 28.11.1958 - Estabelecia o art. 58 desse diploma legislativo, invocado pelo TCU, que

Art. 58. Nenhuma informação poderá ser dada sobre situação fiscal e financeira dos contribuintes, sem que fique registrado, em processo regular, que se trata de requisição feita por magistrado no interesse da Justiça ou por chefes de repartições federais, diretores da Prefeitura do Distrito Federal e Secretários da Fazenda nos Estados, no interesse da administração pública.

Parágrafo único. As informações requisitadas pelos diretores da Prefeitura do Distrito Federal e Secretários da Fazenda Estadual somente poderão versar sobre receita e despesas das firmas ou sociedades, bem como a respeito de propriedades imobiliárias.

37. Esse artigo está inserto em lei que alterava a legislação do imposto de renda e, ao que se vê de forma clara, não diz respeito a sigilo bancário, mas a sigilo fiscal. O que o artigo regula é o sigilo a ser observado pela Fazenda, e as únicas exceções que estabelece são em benefício da Justiça e de outras repartições do Executivo. Sem sombra de dúvida, a matéria veio a ser posteriormente regulada, pelo Código Tributário (Lei n. 5.172, de 25.10.1966) que, sendo-lhe posterior, derogou-o, no tocante às requisições da Justiça, pelo parágrafo único do art. 198, e quanto aos pedidos das demais repartições arrecadoras do Estado, Distrito Federal e Municípios, pelo art. 199.

Portanto, a Lei n. 3.470, de 28.11.1958, não serve de amparo à pretensão do TCU, quer porque ele não se insira em nenhuma das hipóteses admitidas, quer porque está revogada.

38. O art. 42 da Lei Orgânica do TCU - É verdade que o art. 42 parece outorgar ao Tribunal de Contas o poder de ter acesso a quaisquer documentos, sob pena de aplicação de multa (art. 58). Eis como foi redigido esse artigo:

Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.

§ 1º. No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º. Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal implicará as sanções previstas no inciso IV do art. 58 desta Lei.

39. Consoante antes assinalado, ambas as leis em jogo - tanto a Lei n. 4.595, de 31.12.64, como a Lei n. 5.172, de 25.10.1966 - foram recepcionadas pela nova Constituição federal como se leis complementares fossem, i. é, como as matérias de que tratam só podem ser versadas por leis complementares, a doutrina afirma que elas adquiriram *status* de leis complementares. Sobre essa modificação de categoria - digamos assim - já não existe mais controvérsia, nem doutrinária nem jurisprudencial. Significa isso que, para derrogar os dispositivos das Leis que estruturaram o sistema bancário e editaram o Código Tributário preciso seria que a Lei n. 8.443, de 16.7.1992, também estivesse no nível das leis complementares. A qualidade de lei ordinária, de que goza, não lhe outorga, portanto, qualquer poder de derrogar as normas que amparam o sigilo bancário e o fiscal.

40. Os arts. 70 e 71 da Constituição federal - Estabelece a Constituição nesses artigos a competência do Tribunal de Contas da União, atribuindo-lhe, dentre outras, além da função fiscalizatória, com realização de inspeções e auditorias o poder de exigir prestação de contas das pessoas aí mencionadas e julgá-las. Em nenhum momento, porém, permite-lhe a Constituição, de forma expressa, o acesso a dados protegidos pelo sigilo bancário e fiscal, como se pode ver:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1.º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2.º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3.º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4.º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

41. Se autorização expressa não há, cumpre examinar a possibilidade de extrair-se tal poder das funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, porque não se pode olvidar que, segundo PONTES DE MIRANDA (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo I, 3. Ed. Rio: Forense, 1987. P. 103):

"Nos nossos dias, o contingente de regras não-escritas de direito constitucional é enorme: não só porque o direito constitucional supõe princípios gerais concernentes ao conceito de Estado e desenvolvíveis tautologicamente, ou ao conceito de federação, ou ao conceito de Município, ou relativos à divisão e à harmonia dos poderes, ou, ainda, à matéria de Declarações de Direito, do estado de sítio, da rigidez das Constituições, do Método de Fontes e Interpretação das regras constitucionais, como porque a ciência procede, quotidianamente, a crítica cerrada de conceitos e de enunciados, fixando-os, ou precisando-os, de modo que o intérprete de uma Constituição tem de lançar mão de todo esse material rico - e enriquecível a cada momento - pelo esforço de seu país e de fora."

42. E mais adiante, no tomo III da mesma obra, ensina PONTES:

"Qualquer órgão administrativo do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário tem de remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas. Tem esse o dever de tomar as providências para as inspeções necessárias, inclusive quanto a perícias, verificação de pagamentos, de pontualidade e de observância de qualquer lei que se refira à matéria. Tais investigações não tem limites que resultem de inviolabilidade de correspondência e de sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 153, § 9º), se não se vai além daquilo que diz respeito ao que há de constar de contas a serem prestadas, ou já prestadas. Dá-se o mesmo que ocorre no tocante às comissões de inquérito que o

Congresso Nacional, ou a Câmara dos Deputados, ou o Senado Federal cria (art. 37). "(PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo III, 3. Ed. Rio: Forense, 1987. P. 223)

43. Na mesma esteira, JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO também consegue extrair do texto do art. 72 da Emenda constitucional n. 1, de 1969, os poderes de ter acesso a informações bancárias:

"A Lei federal n. 4.595, de 31-12-1964, instituiu a disciplina jurídica do sigilo das instituições financeiras. Determinou, em norma de ordem pública, que as instituições financeiras conservassem o sigilo (a) em suas operações (ativas e passivas) e (b) nos serviços por elas executados e prestados. A quebra do dever legal de sigilo caracteriza infração penal, perseguível mediante ação penal pública, e sujeita o responsável à pena reclusiva de um a quatro anos. O princípio do sigilo bancário sofre algumas derrogações legais. O sigilo não prevalecerá em função (a) de determinação judicial, (b) de solicitação emanada de Comissão Parlamentar de Inquérito e (c) de pedido formulado por agentes fiscais da União (Ministério da Fazenda) e dos Estados-Membros. Essas exceções evidenciam o caráter meramente relativo da norma legal que dispõe sobre o sigilo. Assinale-se, de outro lado, que a competência fiscalizadora do Tribunal de Contas estadual, de natureza marcadamente constitucional, legitima o acesso desse órgão ao conteúdo dos atos relacionados com operações financeiras realizadas no âmbito da Caixa Econômica do Estado, que é, inegavelmente, uma instituição financeira pública."

44. Em apoio desse entender, invoca CELSO DE MELLO o Parecer emitido, em 14.10.1980, por GIORIANO FELIZOLA TOJAL (Parecer n. 83/80, publicado na Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a fls. 15 e ss.).

45. Foi diante da pretensão fiscal de invadir sem limites os domínios do sigilo bancário, de que há exemplos recentes na legislação, que terminaram por exacerbar-se as críticas a essa atitude e a radicalizarem-se opiniões no sentido oposto. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e GILMAR FERREIRA MENDES, em artigo antes citado e publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, detectaram o que consideram "certa liberalidade": "A despeito de disposições tão claras - referem-se os autores aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição federal - têm-se verificado certa liberalidade na requisição ou no fornecimento de informações cobertas pelo sigilo bancário". Liberalidade que, com certeza, não pode ser debitada aos bancos, sempre acusados de sonegar informes. De qualquer forma, assim fortaleceu-se a tese da necessidade do sigilo.

46. Sabe-se, porém, que o sigilo bancário e o sigilo fiscal não são absolutos, como o STF tem repetidamente proclamado. Mas também não é verdade, como pareceu ao TCU que possa ter acesso a tudo, sem quaisquer barreiras. É que não se pode perder de vista a finalidade específica da fiscalização ou da auditoria que está em curso. Quem fiscaliza, por exemplo, certo órgão haverá de ter acesso a documentos contábeis etc., mesmo sigilosos, mas que tenham relação específica com o objetivo da fiscalização. Tais fiscais ou auditores não podem aproveitar a ocasião para pedir informes reservados sobre outras pessoas, sobre outros órgãos ou sobre outros assuntos.

47. Essa idéia vem bem expressa no despacho proferido pelo Min. SEPÚLVEDA PERTENCE no inquérito n. 901-6 - DF (DJ de 23.2.1995, fls. 3506) e que, ainda que em circunstâncias diversas, traçou a linha demarcatória que bem se aplica ao caso:

"Do mesmo julgado [Petição 577 - RTJ148/366] se extrai, contudo, segundo penso, que não cabe autorizar a ruptura do sigilo bancário, senão quando

necessária, por sua pertinência, à informação de procedimento investigatório em curso sobre suspeita razoavelmente determinada de infração penal, incumbindo a demonstração de tais pressupostos ao requerente da autorização respectiva.

Ao contrário, entendo, não pode a disclosure das informações bancárias, servir de instrumento de devassa exploratória, isto é, não destinada à apuração de uma suspeita definida, mas, sim, à busca da descoberta de ilícitos insuspeitados."

Dir-se-á que a fiscalização busca precisamente a descoberta de casos talvez ocultos. Sim, mas a exploração haverá de cingir-se ao órgão fiscalizado, não podendo servir de pretexto para "devassa exploratória" à procura de informações outras sobre outros órgãos, por exemplo.

48. Creio mesmo que a obtenção de informes ou de documentos sigilosos sobre outras pessoas ou órgãos em tais circunstâncias possa configurar a espécie prevista no inciso LVI do art. 5º da Constituição:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

49. Em busca de conselho que possa facilmente ser seguido pelos administradores, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. LUIZ CARLOS STURZENEGGER, em despacho que proferiu sobre o Parecer PGFN/Nº 833/96, de início citado, assim se manifestou:

"Em termos práticos, se o que cabe ao TCU é a fiscalização da utilização de dinheiros públicos, é evidente que informações necessárias ao pleno exercício de tal mister hão de ser irrestritamente prestadas, tanto pelo Banco Central quanto pela Secretaria da Receita Federal."

Embora o douto Procurador-Geral leve essa regra às últimas conseqüências, não permitindo o conhecimento de nenhum dado sigiloso que se não refira a dinheiro público, interpreto a regra mais benignamente: O TCU - entendo - em certos casos, pode ter conhecimento de informações sigilosas, desde que sejam meio de alcançar aquele fim. Em outras palavras: as informações sujeitas a sigilo, de pessoas ou empresas não fiscalizados, só podem ser levados ao conhecimento do TCU, se imprescindíveis à fiscalização do dinheiro público. Se - por exemplo - durante fiscalização da Caixa Econômica Federal, quiser o TCU verificar a exatidão do saldo de Depósitos Populares, pode dar-se-lhe acesso às contas individuais, com essa única finalidade. Nenhum dado, todavia, dessas contas pode ser levado ao conhecimento de quem quer que seja, nem mesmo do Congresso Nacional. Será a Caixa Econômica que estará - *Ex hypothesi* - sob fiscalização e não as pessoas físicas que por acaso mantenham conta na instituição.

50. Parece-me, portanto, que regra constitucional não escrita, nos limites acima expostos, autoriza o acesso a dados sigilosos.

51. Portanto, o exame isento da questão, leva ao entendimento de que ao Tribunal de Contas pode ter acesso, mesmo a dados sigilosos, quando estiver em missão, que hoje lhe está assegurada, de fiscalizar as instituições financeiras. Isto não lhe confere, entretanto, a pretensão a qualquer informação sobre quem não esteja, *in actu*, submetido à sua fiscalização. Igualmente, no tocante ao sigilo fiscal, a fiscalização que exerça sobre atividades, por exemplo, da Receita Federal, não lhe permite acesso, *exempligratia*, às declarações de rendimentos das pessoas.

Em outras palavras, quando a órgãos fiscalizatórios se permite o conhecimento de dados reservados a permissão tem em mira, exclusivamente, a finalidade daquela fiscalização, e não coscuvilhar a vida alheia.

52. Não se pode esquecer, também, de que quem quer que tenha acesso a essas informações, quer no TCU, quer no Judiciário, fica, sob as mesmas penas legais, obrigado ao sigilo, nos termos do § 6º do art. 38 da Lei n. 4.565, de 31.12.1964, do art. 198 da Lei n. 5.172, de 25.10.1966, e do art. 86, IV, da Lei n. 8.443, de 16.7.1992, não os isentando - no meu entender - a aparência de publicidade que as especulações da imprensa apresentam. É que a mera especulação é radicalmente diferente da revelação autêntica de fatos cujo conhecimento se deve exclusivamente em virtude da função fiscalizatória.

53. As penalidades - Resta, por último o exame das penalidades com que o Tribunal de Contas ameaça para obter as informações que pretende. Aqui, é preciso dizer que se os informes pedidos estiverem entre aqueles que, de acordo com o que antes se disse, lhe devam ser prestados, o responsável por eles pode realmente ser apenado com multa, expressamente prevista no art. 58, IV:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...)

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal.

54. Já no que diz respeito à possibilidade de afastamento, ainda que temporário de servidor, não creio que possa ser defendida com tanta tranqüilidade. De fato, a Lei Orgânica do Tribunal é expressa nesse sentido, como se vê de seu texto, mas parece-me de constitucionalidade duvidosa:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

§ 1º. Estará solidariamente responsável a autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no *caput* deste artigo.

§ 2º. Nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos artigos 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastante para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Tenha-se em conta, em primeiro lugar, que o pressuposto da conduta punível é que não haja motivo para a sonegação dos documentos ou haja a mera intenção de retardamento ou dificuldade da auditoria ou inspeção. Ora, não se dirá que o sujeitar-se a processo crime não é motivo suficiente, ou que haja a intenção de retardar ou dificultar a auditoria ou inspeção. Quanto à provável inconstitucionalidade, resulta ela da desmedida intervenção de um Poder em outro.

55. Creio que, entendida a Constituição nos seus justos limites, manter-se-á aquele equilíbrio entre a vida privada e a vida pública de cada pessoa a que se refere ALCEU AMOROSO LIMA, quando comenta o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

"A distinção entre vida privada (ou particular) e vida pública (ou social) é uma conseqüência da própria natureza da pessoa humana, sobre a qual está construído todo esse admirável edifício jurídico internacional, que devemos respeitar e praticar como um dos dados fundamentais de toda

sociedade digna desse nome. O homem é um ser ao mesmo tempo voltado para dentro de si mesmo e para fora de si. São duas faces congêntas de sua natureza, de cujo equilíbrio depende a normalidade ou anormalidade da vida humana, individual ou coletiva." (Os Direitos do Homem e o Homem sem Direitos. Rio: Francisco Alves, 1974. P. 72, 73)

56. Como quer que seja, a divergência doutrinária sobre o tema e mesmo sobre o limite do acesso aos dados sigilosos, recomenda extrema cautela no trato da questão, não aconselhando a que, na falta de texto expresso de lei, se levante o véu do sigilo, exclusivamente com base em revelação de regra legal não-escrita, principalmente diante de certas passagens dos votos proferidos no MS 21.729-4, e assim expressos (o negrito é nosso, a sublinha indica realce do original):

Min. MARCO AURÉLIO:

"Em última análise, tenho que o sigilo bancário está sob proteção do disposto nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Entendo que somente é possível afastá-lo por ordem judicial."

Min. MAURÍCIO CORRÊA:

"Senhor Presidente, os 17 (dezessete) precedentes aqui examinados ou apenas mencionados permitem extrair com segurança a doutrina desta Corte firmada no transcorrer de quase cinqüenta anos, sendo de se notar que ela está calcada em dois princípios fundamentais: o primeiro diz que o direito ao sigilo bancário é um direito individual, mas não absoluto, porque cede diante do interesse público; o segundo princípio informa que a violação do sigilo bancário só é permitida no interesse da justiça e por determinação judicial."

Min. CELSO DE MELLO:

"Apenas o Judiciário pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

Sendo assim, Sr. Presidente, e tendo em consideração as razões expostas, entendo que a, decretação [de quebra] do sigilo bancário pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer legitimamente as informações que lhe tenham sido requisitadas"

Min. ILMAR GALVÃO:

"Também tenho por certo que toda pretensão à quebra do sigilo bancário - salvo a exceção prevista no art. 58, § 3º, da Constituição, relativa às Comissões Parlamentares de Inquérito, que têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais -, haverá de passar pelo crivo do Poder Judiciário, incumbindo a este verificar, observadas as cautelas do devido processo legal e do direito à ampla defesa, se está ela apoiada em motivo revestido da relevância necessária a justificá-la."

57. Como se viu, é especialmente delicada a situação dos servidores e das autoridades detentoras de informações sigilosas dada a gravidade das penas a que podem sujeitar-se, quer atendam ao TCU, quer deixem de atendê-lo.

58. À vista do exposto, e considerando que a ninguém é dado obter acesso a informes sigilosos indiscriminadamente, como pretende o TCU ("inadmissível a sonegação de quaisquer processos, documentos ou informações solicitados" - Decisões 224/94 e 670/95, de início citadas), sou de opinião que não devem ser franqueadas as informações que a legislação vigente tache de sigilosa. Paralelamente, para que a atitude não seja interpretada

como de confronto, é conveniente que a questão seja submetida à apreciação do Judiciário, com o que se evita grave conflito institucional entre órgãos de Poderes diversos, cômicos ambos de que apenas cumprem a lei.

É como me parece, S.M.J. de V. Ex^a.

Brasília, 2 de setembro de 1996

Miguel Pró de Oliveira Furtado
Consultor da União.

Assuntos abordados neste Parecer: Possibilidade de compartilhamento de dados protegidos por sigilo fiscal, da Administração tributária federal para o Tribunal de Contas da União e para a Controladoria-Geral da União, mediante solicitação por autoridade para apuração de ilícito ou mediante intercâmbio para auditoria e inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União. Revisão parcial do Parecer AGU nº GQ-110, onde abordava necessidade de autorização judicial para aquela Corte ter acesso a dados protegidos por sigilo fiscal.

PARECER AGU Nº AM-8

NOTA: A respeito deste Parecer, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: *“Aprovo. Publique-se os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 18 de outubro de 2019”*. Publicado na íntegra no Diário Oficial da União (DOU) de 18/10/19, pg. 40, Edição Extra-B (Parecer vinculante, conforme o § 1º do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00400.000843/2019-11

INTERESSADOS: Secretaria-Executiva do Ministério da Economia

ASSUNTO: Acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, por órgãos de controle externo e interno (TCU e CGU), para fins de auditoria.

PARECER Nº AM - 8

Adoto, para fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00955/2019/GAB/CGU/AGU, o anexo Parecer nº 053/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 18 de outubro de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 955/2019/GAB/CGU/AGU

PROCESSO Nº : 00400.000843/2019-11

INTERESSADOS: Secretaria Executiva do Ministério da Economia

ASSUNTO: Acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, por órgãos de controle externo e interno (TCU e CGU), para fins de auditoria, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal e demais órgãos da Administração Tributária.

Senhor Advogado-Geral da União,

Aprovo o Parecer nº 053/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU, submetendo-o à vossa apreciação, para que, em sendo acolhido, seja encaminhado à elevada apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, para os fins dos art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 17 de outubro de 2019.

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO
Advogado da União
Consultor-Geral da União

PARECER Nº 53/2019/CONSUNIAO/CGU/AGU

PROCESSO: 00400.000843/2019-11

INTERESSADO: Secretaria-Executiva do Ministério da Economia

ASSUNTO: Acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, por órgãos de controle externo e interno (TCU e CGU), para fins de auditoria, no âmbito da Secretaria Especial da Receita Federal e demais órgãos da Administração Tributária.

EMENTA: SIGILO FISCAL. DADOS E INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. ARTS. 5º, X e XII, e 145, § 1º, DA CF/1988. BASES DE DADOS. COMPARTILHAMENTO COM ÓRGÃOS DE CONTROLE EXTERNO (TCU) E INTERNO (CGU). NECESSIDADE DE ACESSO. FINALIDADE: AUDITORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL. INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES. IDENTIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE PARA A REALIZAÇÃO DA AUDITORIA OU INSPEÇÃO. USO VINCULADO AO RESPECTIVO ESCOPO. TRANSFERÊNCIA DO SIGILO. POSSIBILIDADE. ART. 198, DO CTN. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPATIBILIDADE COM A PRESERVAÇÃO DO SIGILO. REVISÃO PARCIAL DO PARECER GQ-110, DE 1996.

I - A competência dos órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU), em procedimentos de auditoria ou inspeção, restringe-se à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da União e de entidades da administração direta e indireta, não tendo por objetivo a fiscalização do cidadão ou de pessoa jurídica não submetidos às suas esferas de atuação.

II - Informações protegidas por sigilo fiscal, sob custódia de órgãos da Administração Tributária Federal, podem ser compartilhadas com os órgãos administrativos federais de controle (TCU e CGU), transferindo-se-lhes o sigilo, na forma do art. 198, do Código Tributário Nacional.

III - A solicitação pode ser feita por autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, na forma do art. 198, § 1º, II, do CTN, quando (i) comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, (ii) com o objetivo de investigar o sujeito passivo (pessoa física ou jurídica determinada) a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

IV - Mediante decreto e instrumento próprio, no qual se estabeleçam os limites de uso da informação e as condicionantes necessárias ao resguardo do sigilo, pode ser realizado o compartilhamento de dados fiscais com o Tribunal de Contas da União ou com a Controladoria-Geral da União, sem anonimização, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria e inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União.

V - O intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, nos termos e limites do art. 198, § 2º, do Código Tributário Nacional, com transferência do sigilo, para fins de auditoria na administração tributária e aduaneira, na gestão fiscal ou nas demonstrações financeiras da União pressupõe: (i) a existência de processo administrativo regularmente instaurado, contendo clara definição do objetivo e escopo da auditoria; (ii) que a entrega das informações se dê mediante recibo, que formalize a transferência, facultado, pela própria natureza, o uso de tecnologia que lhe faça as vezes e assegure

autenticidade, integridade, registro de acessos e rastreabilidade (iii) a existência de manifestação fundamentada, contemporânea ao momento processual, demonstrando a pertinência temática da informação com o objeto da auditoria ou inspeção e a necessidade e indispensabilidade de acesso, vale dizer, com indicação de que o trabalho não pode ser realizado ou que o seu resultado não pode ser alcançado por outro modo, mesmo com a anonimização; (iv) uso restrito ao fim específico de realização da auditoria, vedada a divulgação ou a utilização para finalidade diversa do respectivo escopo.

Senhor Consultor-Geral da União,

I. DA CONSULTA

1. Por meio do Parecer SEI nº 81/2019/CAT/PGFACTP/PGFN-ME, de 21 de maio de 2019, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional consulta a Advocacia-Geral da União acerca da possibilidade de revisão do Parecer GQ-110, de 9 de setembro de 1996, aprovado pelo Presidente da República em 10 de setembro de 1996 (DOU 12.09.1996, Seção 1, pág. 18050), que conclui, em síntese, que não devem ser franqueadas ao Tribunal de Contas da União (TCU) informações que a legislação vigente tache de sigilosa, considerando conveniente que a questão seja submetida à apreciação do Judiciário.

2. O pedido de revisão do Parecer GQ-110, de 1996, formulado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, decorreu do Ofício SEI nº 464/2019/SE-ME, de 17 de maio de 2019, por meio do qual o Secretário Executivo do Ministério da Economia solicita apoio daquela Procuradoria-Geral na condução de providências necessárias, em articulação com a Advocacia-Geral da União, com vistas à elaboração de Parecer que uniformize o entendimento jurídico no âmbito da administração pública federal, acerca da oponibilidade ou não do sigilo fiscal, previsto no art. 198 do Código Tributário Nacional, aos órgãos de controle (CGU e TCU). Destaca, em sua missiva, que, ainda que do ponto de vista institucional, a Receita Federal do Brasil se coloque à disposição dos órgãos de controle, seus dirigentes e servidores deparam-se diuturnamente com a barreira representada pela interpretação de que o imperativo do sigilo também se aplicaria aos órgãos de controle. Nessa senda, destaca que o momento presente requer um amadurecimento institucional que possibilite o avanço seguro para um outro patamar de relacionamento entre a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e os órgãos de controle, "*condição necessária ao constante aprimoramento organizacional que resulta das periódicas auditorias realizadas por tais órgãos*".

3. Em análise preliminar, por meio do Parecer SEI nº 81/2019/CAT/PGACTP/PGFN-ME, pondera aquela Procuradoria-Geral que o tema constitui antigo objeto de apreciação no seu âmbito de atuação, lembrando, em especial, a existência de Pareceres anteriores daquele órgão que, tratando de situações específicas¹, concluem pela possibilidade de acesso, por parte do Tribunal de Contas da União, a informações protegidas por sigilo fiscal, com ressalvas de cautelas, não obstante haver posicionamento sobre os limites de acesso geral a tais informações. Salienta, contudo, a vigência do entendimento jurídico mais conservador quanto à oposição da regra do sigilo fiscal, em sentido geral, como se extrai do mencionado Parecer nº GQ-110, de 1996, que obriga ao fiel cumprimento os órgãos e entidades da Administração Federal. Por tal razão, a posição mais recente daquele órgão jurídico, inclusive com base em decisões singulares do Supremo Tribunal Federal, orienta-se no sentido de preservar as informações protegidas por sigilo fiscal que permitam a identificação dos contribuintes do acesso por parte do Tribunal de Contas da União². Na ordem, citando importantes precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, pondera que o acesso a dados protegidos por sigilo fiscal parece ser útil e necessário para o cumprimento adequado das competências constitucionais atribuídas ao Tribunal de Contas da União,

chamando à reflexão quanto à possibilidade de o acesso, pelo TCU, a dados protegidos por sigilo fiscal, poder ser cogitado como transferência de informação no setor público, com as cautelas que a hipótese comporta.

4. A propósito, a Secretaria Executiva do Ministério da Economia, por meio do citado Ofício SEI nº 464/2019/SE-ME, de 17 de maio de 2019, sobreleva que a forma como atualmente vem-se operacionalizando o acesso a informações pelo TCU não se tem revelado suficiente e adequado para o desempenho das atribuições constitucionais por parte daquele Tribunal. Com efeito, por meio do Ofício SEI nº 469/2019/SE-ME, de 20 de maio de 2019, dirigido ao Min. RAIMUNDO CARREIRO, do Tribunal de Contas da União, ao tempo em que relata os esforços empreendidos para atender, da melhor forma possível, dentro do atual cenário, as necessidades de auditoria, para aperfeiçoar a interação institucional e para aprimorar a auditoria, pelos órgãos de controle, dos dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira da RFB, informou àquele Tribunal o encaminhamento da presente demanda a esta Advocacia-Geral da União, no fito de elaborar-se parecer, tendo por objeto a fixação de interpretação do art. 198, do CTN, quanto ao tratamento do sigilo fiscal, em relação aos órgãos de controle, bem como a avaliação da possibilidade de edição de Decreto do Chefe do Poder Executivo, para disciplinar o processo e as condições a serem observadas para a operacionalização do acesso a dados protegidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU) e Controladoria-Geral da União (CGU).

5. Oportuno acrescentar que, em 12 de junho de 2019, o Tribunal de Contas da União (TCU) emitiu parecer prévio sobre as contas do Presidente da República relativas ao exercício de 2018, opinando pela aprovação, *"com ressalvas, exclusivamente em relação ao conteúdo analisado, dada a impossibilidade de acesso aos dados administrados pela Receita Federal"*³. Na respectiva sessão, foi proferido o Acórdão nº 1.331/2019, por meio do qual se aprovou o referido Parecer Prévio, ressaltando ainda, relativamente ao Balanço Geral da União, que:

"Não foi possível obter evidências apropriadas e suficientes para fundamentar a conclusão de auditoria, e tendo em vista que os possíveis efeitos de distorções sobre os elementos auditados que não são detectados representam ou podem representar parcela substancial das demonstrações financeiras, o Tribunal fica impossibilitado de expressar opinião sobre a confiabilidade e a transparência do conjunto das informações registradas no Balanço Geral da União do exercício de 2018."

6. No referido Parecer Prévio, foi emitido também um alerta à Casa Civil da Presidência da República, sobre a necessidade de adotar medidas efetivas para viabilizar os trabalhos de auditoria do TCU nas demonstrações financeiras da União, de forma a assegurar a emissão de opinião sobre as futuras prestações de contas do Presidente da República.

7. Eis a síntese do essencial.

II. DO MÉRITO

8. A questão central a ser equacionada consiste em definir se podem os órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU) acessar informações protegidas por sigilo fiscal para o desempenho de suas atribuições institucionais.

9. Há, nessa controvérsia estabelecida há anos, aparente colisão de preceitos constitucionais: de um lado, a competência constitucional e legal dos órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU), os quais constituem órgãos da Administração Pública (CF, arts. 70, 71 e 74); de outro, a necessidade de preservação da privacidade e da intimidade do contribuinte (CF, art. 5º, X e XII) contra o acesso amplo e irrestrito a dados fiscais (art. 198, CTN) por parte dos órgãos de controle, cuja competência está adstrita à fiscalização da

legalidade da atuação da administração pública e, em especial, da legitimidade dos atos de gestão, no que se refere aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

10. Não se trata, portanto, de discutir se os órgãos administrativos federais de controle podem ou não auditar a administração tributária e aduaneira, a gestão fiscal ou as demonstrações financeiras da União, mas sim de saber se, no exercício dessa competência, podem os respectivos servidores ter acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, sob custódia de órgãos encarregados da administração tributária federal.

11. Antes de adentrar no cerne da questão do sigilo, cumpre fazer uma breve consideração sobre as competências dos órgãos auxiliares de controle externo e interno.

II.1. As Competências dos Órgãos de Controle Externo e Interno

II.1.1. O Tribunal de Contas da União

12. Não há dúvidas acerca da relevância do papel e das funções institucionais do Tribunal de Contas da União. Trata-se de Instituição não exercente de função judicial, que possui a singular e valorosa posição de órgão auxiliar do Congresso Nacional (art. 71).

13. Com efeito, nos termos da Constituição Federal,

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - (...)

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - (...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - (...)

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - (...)

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º (...)

14. Além desses dispositivos, possui competências especiais previstas nos arts. 33, § 2º, e 161, parágrafo único, da CF/1988⁴.

15. Do exame inicial desses principais preceptivos constitucionais, constata-se que o TCU possui várias linhas de atuação, cabendo destacar, no que diz com o objeto aqui examinado, que a Constituição Federal, no art. 71, conferiu ao TCU a competência para "*realizar, (...) inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades*".

16. A Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU), por sua vez, reforça-lhe o leque de competências (art. 1º), estabelecendo inclusive a incumbência de "acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União e das entidades referidas no inciso I deste artigo, mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios" (art. 1º, IV).

17. Também a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, prescreve expressamente, a par de outras recomendações, que:

a) "*constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação*" (art. 11);

b) "*a prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições*" (art. 58);

c) "*o Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar*" (art. 59).

18. Do exame dessas competências, ressurte a dimensão da responsabilidade do Tribunal de Contas, porquanto lhe cabe emitir parecer prévio sobre as contas a serem prestadas, as quais, como se viu, devem evidenciar o desempenho da arrecadação, ações de recuperação de créditos e fiscalização de receitas, compreendendo, enfim, a avaliação da eficiência da administração tributária e aduaneira e da gestão fiscal. E, juntamente com o sistema de controle interno, cabe-lhe velar pelo estrito cumprimento das normas previstas na LRF.

19. Por isso, em face das competências delineadas na Constituição Federal e na sua Lei Orgânica, o Tribunal de Contas da União entende que: se, para realizar auditorias e inspeções nos órgãos encarregados da arrecadação tributária, forem necessárias informações sigilosas, pode aquele Tribunal, no estrito cumprimento de sua competência institucional, acessá-las independentemente de autorização judicial, para assegurar o resultado útil dos seus processos de controle externo, única forma de cumprir o mandato que lhe foi constitucionalmente outorgado. Tal possibilidade emanaria, segundo sustenta, da

teoria dos poderes implícitos, a dizer-se que, além dos poderes expressamente conferidos pela Constituição Federal, teria o TCU outros, implícitos, sem os quais restaria inviabilizado o exercício de sua competência. Vale referir, no ponto, o voto do Relator Raimundo Carreiro, proferido no Acórdão nº 1174/2019 - TCU - Plenário:

“Nesta oportunidade não apenas reitero o que disse naquela ocasião como chamo a atenção para o fato de que o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais, tem construído o entendimento de que o acesso deste Tribunal a dados protegidos por sigilo fiscal decorre da teoria dos poderes implícitos e não representa quebra do sigilo, mas sim a sua transferência a esta Corte que deve adotar as providências necessárias à proteção dessas informações.

Nesse sentido destaco o leading case formado a partir do julgamento do MS 24.510, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, no qual o STF reconheceu o poder geral de cautela do TCU, com fundamento da teoria dos poderes implícitos.”

20. Destacamos que, em acórdão paradigmático, exarado no Mandado de Segurança nº 33.340-DF, a Suprema Corte, por maioria de votos, sob a Relatoria do MIN. LUIZ FUX, reconheceu que o TCU não pode abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competência, constituindo *"prerrogativa constitucional do Tribunal (TCU) o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos"*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL.

1. O controle financeiro das verbas públicas é essencial e privativo do Parlamento como consectário do Estado de Direito (...).

2. O primado do ordenamento constitucional democrático assentado no Estado de Direito pressupõe uma transparente responsabilidade do Estado e, em especial, do Governo. (...)

3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos.

4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos.

(...)

7. O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, *manu militari*, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008.

8. *In casu*, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão

decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito.

9. A preservação, *in casu*, do sigilo das operações realizadas pelo BNDES e BNDESPAR com terceiros não, apenas, impediria a atuação constitucionalmente prevista para o TCU, como, também, representaria uma acanhada, insuficiente, e, por isso mesmo, desproporcional limitação ao direito fundamental de preservação da intimidade.

(...)

10. O princípio da conformidade funcional a que se refere Canotilho, também, reforça a conclusão de que os órgãos criados pela Constituição da República, tal como o TCU, devem se manter no quadro normativo de suas competências, sem que tenham autonomia para abrir mão daquilo que o constituinte lhe entregou em termos de competências. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ª edição. Coimbra: Almedina, 2002, p. 541.)

(...)

18. Denegação da segurança por ausência de direito material de recusa da remessa dos documentos.”

(MS 33340, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015)

21. Cabe observar, contudo, que, em relação ao referido caso, o STF entendeu, ao final, estar-se diante de dados não acobertados por sigilo bancário ou empresarial, concluindo que *"operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001"* e que *"o Tribunal de Contas da União não está autorizado a, manu militari, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo"*. Oportuno lembrar que, no âmbito do Poder Legislativo, a Constituição Federal outorgou expressamente às comissões parlamentares de inquérito - e somente a elas os *"poderes de investigação próprios das autoridades judiciais"* (art. 58, § 3º), deixando de fora o controle externo a cargo do Congresso Nacional, de quem o Tribunal de Contas da União exerce papel auxiliar. Embora as atribuições do TCU possam justificar a necessidade de acesso, não houve previsão expressa na Constituição Federal ou em lei específica⁵.

22. Não obstante o entendimento esposado no acórdão proferido no MS 33.340/DF - que valoriza a perspectiva constitucional das prerrogativas do Tribunal para acessar os dados necessários ao cumprimento de sua missão - entendemos, como se procurará demonstrar adiante, que as hipóteses de afastamento do sigilo fiscal constituem aquelas contempladas expressamente na lei. Isto porque, ressalvadas as exceções previstas na própria Constituição Federal⁶, as hipóteses de afastamento ou de transferência do sigilo, entre órgãos que não constituam Fazenda Pública, de informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, não, necessariamente, de encontrar amparo na lei.

23. Importante esclarecer aqui, por necessário, que os órgãos administrativos de controle externo (TCU) e interno (CGU) ora instauram procedimentos de controle que possuem sujeito(s) determinado(s), para investigação administrativa, ora designam procedimentos que possuem apenas um objeto determinado, assim entendidos aqueles que não possuem indivíduos específicos, pessoas físicas ou jurídicas (sujeitos passivos delimitados), sob observação, avaliação ou investigação. Tratem-se por ora destes últimos.

24. Para o desempenho do seu mister, o Tribunal realiza, dentre outros procedimentos, auditorias (financeiras, operacionais ou de conformidade) e inspeções. As auditorias constituem trabalhos com escopo mais amplo e objeto determinado, mas não necessariamente com um sujeito passivo (de auditoria) determinado. Tais procedimentos podem ter por objetivo: **(i)** a melhoria da prestação de contas das entidades e órgãos públicos ou a verificação da confiabilidade de demonstrações financeiras; **(ii)** o aperfeiçoamento da gestão pública, por meio do exame da eficiência, eficácia, efetividade e economicidade de organizações, além da aferição do resultado de programas, projetos e atividades governamentais que demandam a aplicação de recursos públicos; ou ainda **(iii)** a verificação de processos ou macroprocessos de trabalho, em comparação com normas e padrões estabelecidos.

25. A complexidade de tais atividades, conforme se vê de relatórios do Tribunal de Contas da União, tornaria inviável a sua realização por meio de meros acessos individualizados a sistemas da administração tributária, não sendo suficiente, para garantir a realização das auditorias e demais procedimentos, a mera atribuição de senhas para pesquisas unitárias, fazendo-se necessário ao menos o acesso a - "espelhos" de - bases de dados primárias.

26. Em Voto proferido no dia 22 de maio de 2019, na TC 021.258/2018-0 (Acórdão nº 1.174/2019-TCU-Plenário), enfatizou o eminente Ministro RAIMUNDO CARREIRO, Relator do Acórdão nº 1.174/2019-TCU-Plenário, citando observações da Secretaria de Gestão da Informação para Controle Externo (SGI), que:

"As atividades de planejamento e ação de controle externo são pautadas pelo processamento de informações relativas à gestão das políticas públicas das distintas funções de governo.

O simples acesso a sistemas gerenciadores de bases de dados não tem o condão de preencher todas as condições necessárias e suficientes para atuação plena e eficaz do TCU. Assim, faz-se necessário prever o compartilhamento de bases de dados completas quando necessário, de modo a viabilizar uma análise *in totum* e com a profundidade requerida para solucionar o nível de complexidade presente nas diversas questões administrativas que apresentam à Corte, nos moldes atualmente presente em muitos dos julgados do Tribunal."

27. Segundo relatos do Tribunal de Contas da União, no TC 005.576/2019-9, a Receita Federal do Brasil, por meio da Portaria RFB nº 1.343, de 24 de agosto de 2018, teria regulamentado o procedimento para acesso ao Tribunal em ambiente seguro e controlado, denominado "*Sala de Sigilo*", em resposta ao item 9.1 do Acórdão-TCU nº 977/2018-Plenário, no qual se registrou abstenção em expressar conclusão sobre a confiabilidade e a transparência das informações referentes a Créditos Tributários a Receber a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) registrados nas demonstrações contábeis do Ministério da Fazenda do ano de 2017.

28. Afirma o Tribunal de Contas da União, contudo, que tal solução foi considerada insuficiente pela respectiva equipe de auditoria financeira no então Ministério da Fazenda, relativas às contas do ano de 2018. A simples criação de ambiente seguro e controlado não se mostrou suficiente "*para mitigar as limitações ao alcance da auditoria*", não atendendo às necessidades relativas à "*obtenção de evidência de auditoria apropriada e suficiente para fundamentar a conclusão de auditoria*".

29. Assevera que:

“Segundo a equipe de auditoria, embora o estabelecimento da sala de sigilo demonstre uma disposição inicial para o compartilhamento de informações, as dificuldades impostas aos trabalhos de auditoria, na prática, inviabilizam a realização de vários procedimentos obrigatórios previstos nas normas de auditoria, como o controle de qualidade, o peer review, os procedimentos de coordenação e de supervisão da auditoria e de documentação dos papéis de trabalho, por exemplo.” (TC 021.258/2018-0, peca 30, p. 266)

30. Nesse e em outros procedimentos, vem aquele Tribunal registrando que as interpretações restritivas conferidas, acerca do alcance do compartilhamento de informações protegidas por sigilo fiscal com o TCU, acabam por provocar prejuízos, também, à *"formulação e à avaliação das políticas públicas nacionais previstas nas leis orçamentárias, impactando a eficiência da prestação dos serviços públicos essenciais à população e a estabilidade das finanças públicas nacionais"*.

31. Em linha de princípio, apresentam significativa plausibilidade as justificativas daquele Tribunal quanto às exposições de dificuldades e anotações de prejuízos aos seus trabalhos, sendo oportuno destacar a existência de apontamentos que noticiam a inviabilização de 122 trabalhos de auditoria e fiscalização realizados pelo Tribunal junto à Receita Federal do Brasil (Acórdão nº 1.174/2019-TCU-Plenário - TC 021.258/2018-0).

II.1.2. A Controladoria-Geral da União

32. Situação semelhante é a da Controladoria-Geral da União, órgão central do sistema de controle interno, incumbido das atividades de auditoria pública, prevenção à corrupção e melhoria da transparência da gestão, no âmbito do Poder Executivo Federal.

33. Nos termos da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, cabem-lhe, dentre outras, as atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção, incremento da transparência e execução das atividades de controladoria, no âmbito da Administração Pública Federal. Da mesma forma que o órgão auxiliar de controle externo, para cumprir sua missão, realiza atividades similares de auditoria, fiscalização, inspeção e correição.

34. Sua atuação, como órgão de controle interno, destina-se especialmente a subsidiar o exercício da direção superior da Administração Pública Federal, a cargo do Presidente da República, o aperfeiçoamento da gestão, o controle de qualidade das políticas públicas e da qualidade do gasto, o fortalecimento da integridade, a promoção da ética e da transparência, no fito de velar pela adequada e regular aplicação dos recursos públicos.

35. Sua missão tem, igualmente, assento constitucional nos arts. 70 e 74, que estabelecem:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

(...)

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e

entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

36. A Controladoria-Geral da União, Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, possui, em sua nobre missão, dentre outras, a incumbência de avaliar a ação governamental e a gestão dos agentes públicos e demais responsáveis por recursos públicos, além de apoiar o controle externo. Confira-se, a propósito, o que diz a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001:

Art. 19. O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal visa à avaliação da ação governamental e da gestão dos administradores públicos federais, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e a apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Art. 20. O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal tem as seguintes finalidades:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

37. Esta competência, portanto, tem base constitucional e alcança órgãos e entidades da Administração Pública Federal e a fiscalização da execução de recursos públicos descentralizados, provenientes do orçamento da União, destinados a outros entes subnacionais e a organizações privadas.

38. Há que se registrar, nesta oportunidade, que a Controladoria-Geral da União também atua, ora em processos com sujeitos passivos determinados, ora em processos com objeto de auditoria amplo.

39. Quanto aos primeiros (com sujeito passivo determinado), merece especial ressaltado, a título de exemplo, a circunstância de que, forte no art. 13, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992⁷, regulamentado, no âmbito do Poder Executivo Federal, pelo Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, que instituiu a sindicância patrimonial, a Controladoria-Geral da União pode, *"ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público"*, determinar *"a instauração de sindicância patrimonial, destinada à apuração dos fatos"* (art. 8º).

40. Também constituem exemplos a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas, por atos lesivos à administração pública, na forma da Lei nº 12.846, de 1º de

agosto de 2013, e a responsabilização administrativa disciplinar de servidores públicos da União, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

41. Quanto à segunda categoria de processos (com objeto amplo), nos quais ressaí a necessidade de informações fiscais para fins de auditoria ou inspeção, a situação é semelhante à do Tribunal de Contas da União, tendo em vista que a Controladoria-Geral da União também tem competência para realizar procedimentos dessa natureza.

42. Acrescente-se, por oportuno, na categoria de procedimentos com objeto amplo que a legislação já consagra ao controle interno e externo, a possibilidade de realizar auditorias patrimoniais nas declarações de bens e rendas que compõem o patrimônio de agentes públicos, nas quais não se tem, necessariamente, um sujeito determinado. Com efeito, a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, estabelece a obrigatoriedade de apresentação de declaração de bens e rendas por ocasião da entrada em exercício de cargos e funções, durante o desempenho das atribuições e na vacância, para o fim de permitir ao Tribunal de Contas da União e à Controladoria-Geral da União *"exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas"* (art. 1º, § 2º, II), podendo ainda *"representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados"* (inciso III). Nesse caso, inclusive, pode o declarante, a seu critério, entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Receita Federal, conforme prevê o § 4º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, ou autorizar o seu acesso⁸. Para tornar viável a realização dessa auditoria patrimonial, no caso de administradores ou responsáveis por bens e valores público ou sujeitos à prestação de contas, a lei expressamente permite a tais órgãos *"utilizar as declarações de rendimentos e de bens"* recebidas, *"para proceder ao levantamento da evolução patrimonial do seu titular e ao exame de sua compatibilização com os recursos e as disponibilidades declarados"* (art. 4º, § 2º). E estabelece ainda que *"a Fazenda Pública Federal e o Tribunal de Contas da União poderão realizar, em relação às declarações de que trata esta lei, troca de dados e informações que lhes possam favorecer o desempenho das respectivas atribuições legais"* (art. 5º), observados os limites legais estabelecidos. No mesmo sentido, prevê o Decreto nº 5.483, de 2005, relativamente à Controladoria-Geral da União:

Art. 7º A Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá analisar, sempre que julgar necessário, a evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio, na forma prevista na Lei nº 8.429, de 1992, observadas as disposições especiais da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.

43. Se assim é, então a presente compreensão acerca das necessidades de informação dos órgãos federais de controle (TCU e CGU) só pode ser válida se conjugada e sistemática, a dizer que as atividades de auditoria exercidas pela Controladoria-Geral da União, na sua área de competência, não podem ser enxergadas de maneira diferenciada daquelas exercidas pelo Tribunal de Contas da União.

44. Para fins de auditoria, impende salientar que não se divisa qualquer distinção significativa, entre a atuação de um e de outro órgão de controle, dentro da sua esfera de competência, que possa apontar para um grau de necessidade diferenciado entre ambos.

45. Feita esta breve digressão acerca das competências e necessidades dos órgãos de controle externo e interno, passemos ao exame das normas relativas ao sigilo fiscal.

II.2. O Sigilo Fiscal

46. O tema tratado no Parecer GQ-110, cuja revisão se pretende, foi objeto de inúmeros pareceres exarados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao longo dos últimos anos,

tendo, de um modo geral, predominado o entendimento no sentido de se manterem sob o manto do sigilo fiscal as informações pessoais e os dados de contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, relativos às suas operações e seus negócios.

47. Na convicção de que, para a adequada análise do tema proposto, será necessário examinar os principais dispositivos constitucionais e legais a ele relacionados, pedimos vênha para transcrevê-los a seguir.

48. A Constituição Federal de 1988 adverte, em cláusulas explícitas, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Art. 145. (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

49. Observem, de início, que o sigilo fiscal, tido como desdobramento do direito à vida privada e à intimidade, encontra também disciplina complementar nas limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, que só permite à administração tributária atuar - se e quando - "*respeitados os direitos individuais e nos termos da lei*" (art. 145, § 1º).

50. Os arts. 198 e 199 do Código Tributário Nacional, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, por sua vez, reza que:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais;

II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III - parcelamento ou moratória.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

51. Vê-se, pois, que a proteção do sigilo fiscal, de nítido caráter individual, não é um direito absoluto. Está sempre condicionado à presença ou não de valor maior, de interesse público, que pode legitimar à atuação estatal na esfera reservada, observando-se, contudo, os procedimentos, limites e formas que a própria lei estabelecer. Nesse sentido, as prescrições constantes dos parágrafos do art. 198, do CTN, ao tempo em que buscam precisamente neutralizar a oposição do veto permanente de acesso aos dados fiscais, disciplinam as hipóteses, parâmetros, procedimentos e formas em que poderá ser levantado o resguardo da integridade desses valores maiores protegidos pela Constituição Federal. Com efeito, tratando-se de garantia constitucional, o respeito aos estritos limites estabelecido pela lei constitui condição necessária e indispensável para legitimar eventual relativização⁹.

52. Tendo presente a essencialidade do que se contém no art. 198, do CTN, e abstraindo-se aqui, por se encontrarem fora do escopo deste trabalho, as hipóteses tratadas no art. 199 ou a ele relacionadas¹⁰, examinemos as três balizas estabelecidas pela primeira norma para franquear o acesso a dados fiscais:

a) requisição de autoridade judiciária, no interesse da justiça (art. 198, § 1º, I);

b) solicitações de autoridade administrativa¹¹ no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, com o objetivo de investigar o sujeito, por prática de infração administrativa (art. 198, § 1º, II);

c) intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, mediante processo regularmente instaurado, com formalização da transferência, de modo a assegurar a preservação do sigilo (art. 198, § 2º).

53. Cabe chamar a atenção, para logo, que o art. 198 dignou-se contemplar expressamente, como exceção, no inciso I do § 1º, a própria requisição de autoridade judiciária, de modo a reforçar que, à falta de amparo legal expresso, não se concebe a existência de outras hipóteses supralegais de compartilhamento além daquelas ali delineadas.

54. Antes de tratar da hipótese versada no inciso II do § 1º (solicitação de autoridade administrativa), resgatamos aqui a observação inicial, no sentido de que, dentre os procedimentos passíveis de instauração, no âmbito desses órgãos de controle, no exercício de suas competências constitucionais e legais, ora se pode estar diante de processos com sujeitos passivos determinados (pessoa física ou jurídica), cuja conduta constitui alvo de averiguação ou investigação, por possível prática de infração administrativa, ora se está a atuar em processos com escopo amplo, ou seja, com um objeto de auditoria delineado, mas não necessariamente adstrito a um ou mais sujeitos passivos determinados, como costuma ocorrer com os procedimentos de auditoria e inspeção.

55. A hipótese de que trata o inciso II do § 1º do art. 198 do CTN alcança apenas as solicitações feitas no interesse da Administração Pública, uma vez comprovada a instauração regular de processo administrativo, com o objetivo de investigar o sujeito passivo (determinado), ao qual se refere a informação, por prática de infração administrativa.

56. E tendo presente, portanto, que o Tribunal de Contas da União, assim como a Controladoria-Geral da União, constituem órgãos da Administração Pública, eventual necessidade de acesso a informações acerca da "*situação econômica ou financeira do sujeito passivo*" ou sobre "*a natureza e o estado de seus negócios ou atividades*" pode ser atendida com amparo no inciso II do § 1º do art. 198, observadas as condicionantes ali estabelecidas: **(i)** solicitação no interesse da Administração Pública, mediante **(ii)** comprovação da instauração regular de processo administrativo, que **(iii)** tenha por objeto investigar o sujeito passivo por prática de infração administrativa.

57. Constitui situação peculiar, contudo, a necessidade de acesso a informações fiscais para instrumentalizar a realização de auditorias e inspeções, cujos processos, ordinariamente, não possuem propriamente um sujeito passivo - pessoa física ou jurídica - delimitado, sob investigação, em sentido estrito, mas sim um escopo, em geral, amplo, de auditoria. Esta situação será objeto de análise específica adiante, em título próprio, que tratará do "*Compartilhamento de Informações e Transferência do Sigilo*" (item "II.2.2").

58. Antes, porém, pedimos vênia para um breve adendo, acerca do procedimento denominado "*anonimização*".

II.2.1. Anonimização de Dados

59. Aspecto merecedor de particular consideração é o relativo à ocultação da identidade¹² do contribuinte no eventual compartilhamento de informações protegidas por sigilo fiscal, para fins de auditoria.

60. Em decisão singular proferida pelo Min. ROBERTO BARROSO, no Mandado de Segurança nº 27.091/DF, impetrado em face de Acórdão TCU nº 1.835/2007 (Processo TC nº 025.686/2006-7), que fixara prazo de 15 dias úteis para que o titular da Secretaria da Receita Federal do Brasil apresentasse os documentos e informações requeridas pela equipe de auditoria do Tribunal de Contas da União, sob pena de aplicação de multa, restou assentado que:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TCU DIRIGIDO AO SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL. REQUISIÇÃO AMPLA DE DADOS DE CONTRIBUINTES IDENTIFICÁVEIS.

1. Requisição à Receita Federal, pelo TCU, de acesso a todos os processos de habilitação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) situados em Brasília.

2. A requisição ampla e irrestrita de dados fiscais ínsitos à privacidade de contribuintes, sem ocultação de sua identidade, acarreta violação a direito fundamental (CF, art. 5º, X).

3. Segurança concedida.”

(MS 27.091, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 30/03/2017, publicado em DJe-067 DIVULG 03/04/2017 PUBLIC 04/04/2017)

61. Do teor da decisão, colhemos:

"(...)

7. A questão posta no presente mandado de segurança diz respeito à possibilidade de o TCU, para o exercício de suas atribuições constitucionais, ter acesso direto a informações fiscais dos contribuintes.

8. Entre as competências do TCU se insere a fiscalização das entidades da administração direta quanto à legalidade de sua atuação (CF, art. 70, *caput*), podendo, para tanto, realizar inspeções e auditorias nas unidades administrativas do Poder Executivo (CF, art. 71, IV).

9. Compete-lhe especificamente *'acompanhar a arrecadação da receita a cargo da União ..., mediante inspeções e auditorias, ou por meio de demonstrativos próprios, na forma estabelecida no regimento interno'* (Lei nº 8.443/1992, art. 1º, IV). Para garantir a efetividade de suas funções, a legislação prevê que *"Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto"* (Lei nº 8.443/1992, art. 42, *caput*). O TCU, portanto, possui a prerrogativa legítima de controle dos procedimentos de arrecadação das receitas públicas, dentre as quais a receita tributária.

10. No exercício de suas atribuições, contudo, o TCU está sujeito a limitações constitucionais e legais, notadamente aquelas ligadas aos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), que compreendem os dados bancários e fiscais dos contribuintes.

11. De acordo com a jurisprudência do STF, esses direitos não são absolutos, podendo ser relativizados, desde que observado o princípio da proporcionalidade, pelo legislador. Nessa linha de compreensão, o Tribunal admitiu a constitucionalidade do art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que inseriu o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, autorizando a Receita Federal a transferir a outros órgãos públicos informações sigilosas no âmbito da Administração Pública (ADI 2859, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.02.2016).

12. Os referidos dispositivos, no entanto, em princípio, não se aplicam à hipótese discutida neste mandado de segurança, pois a norma do art. 198, § 1º, II se refere a *'solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa'* (sem destaques no original). Aliás, o próprio ato impugnado consigna a inaplicabilidade do dispositivo (fl. 26).

13. O ato impugnado neste mandado de segurança consiste numa determinação genérica do TCU ao Secretário da Receita Federal, por meio da qual pretende ter acesso a todos os processos de habilitação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex) situados em Brasília.

14. A finalidade de obtenção desses dados é a de verificar a legalidade da atuação da própria Receita Federal do Brasil em sua função de arrecadação tributária e de autoridade aduaneira. Não se trata, por conseguinte, de informação requisitada com o objetivo de investigar uma pessoa específica.

15. Contudo, ao exigir o acesso a todos os processos de habilitação no Siscomex, sem fazer qualquer ressalva pertinente à ocultação da identidade dos sujeitos passivos, o TCU acaba por demandar indiretamente o conhecimento dos dados fiscais de todos os contribuintes que tenham se habilitado no sistema, incluindo informações sobre as mercadorias negociadas, os preços praticados, os agentes envolvidos etc.

16. Nesses moldes o ato impugnado se apresenta como inconstitucional, dada a violação, posto que indireta, ao direito à intimidade e à privacidade dos sujeitos passivos tributários identificados nos processos de habilitação.

17. Por fim, ressalto que, em julgado recente (Acórdão nº 1.391/2016), o TCU alterou sua perspectiva a respeito do tema, requisitando da Secretaria da Receita Federal do Brasil o compartilhamento de dados *"anonimizados"*, isto é, com ocultação da identidade dos sujeitos passivos. Essa técnica, numa primeira análise, parece viabilizar a concordância prática entre a

garantia de sigilo fiscal e a necessidade de controle da administração tributária.

18. Entretanto, como já exposto, no presente mandado de segurança o ato coator consiste em requisição ampla e irrestrita de informações da Receita Federal do Brasil que incluem dados ínsitos à privacidade dos contribuintes. Nesse formato, a requisição é inconstitucional." (Grifamos)

62. Sobre esta decisão singular, proferida no MS nº 27.091, na qual se entendeu que a requisição de dados fiscais, sem ocultação da identidade do contribuinte, acarreta violação a direito fundamental, cumpre destacar que, em recente decisão (22/05/2019) proferida na TC 021.258/2018-0 (Acórdão nº 1.174/2019-TCU-Plenário), relacionada à Auditoria Operacional realizada na Secretaria Especial da Receita Federal, o Tribunal de Contas da União, refletindo o aludido precedente da Suprema Corte, lembra, não obstante, que ainda *"não é possível afirmar que existem parâmetros claros na jurisprudência do STF para estabelecer os limites de atuação do controle externo em questões envolvendo sigilo fiscal"*. Colhemos o ensejo para trazer à consideração os esclarecedores argumentos constantes do relatório desse Acórdão do TCU, acerca do procedimento de anonimização preconizado no MS 27.091:

"Entretanto, com a máxima vênia à proposta apresentada pelo ilustre ministro relator, estabelecido aliás, em exame de cognição sumária, como alegado pelo próprio, a proposta de compartilhamento de dados anonimizados não viabiliza a concordância prática entre a garantia de sigilo fiscal e a necessidade de controle da administração tributária, por diversos motivos.

Inicialmente cabe destacar que a RFB sequer dispõe de sistemas capazes de operar com dados anonimizados. Para fornecer dados anonimizados para o TCU, a RFB teria que investir, os já escassos recursos, para remodelar todos os seus sistemas, a fim de permitir que exportem automaticamente os dados de forma anonimizada. Além disso, vários dos sistemas possuem como tela de entrada das consultas os números do CPF ou CNPJ dos contribuintes, o que implica a identificação individual dos mesmos. Assim, a própria estrutura dos sistemas teria que ser alterada para viabilizar a consulta sem identificação individual, demandando ainda mais recursos.

Outra opção, seria a anonimização manual de milhares de registros, por partes dos servidores da administração tributária, antes de entregá-los ao TCU, o que demandaria centenas de horas de esforço para cada processo de fiscalização, o que implica em custos elevados e ineficiência, da mesma forma.

Ainda assim, segundo o art. 12 da LGPD, se o processo de anonimização ao qual os dados forem submetidos puder ser revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quanto, com esforços razoáveis, estes ainda serão considerados dados pessoais, estando, em tese, protegidos pelo sigilo fiscal.

Se porventura o processo de anonimização não puder ser revertido, tais dados seriam inúteis para o controle externo da administração tributária, pois por exemplo, para se avaliar se uma determinada pessoa jurídica usufruiu de benefícios tributários indevidamente, ocasionando prejuízo ao erário, é necessário se conhecer as características inerentes à pessoa para se contrapor aos requisitos previstos na lei para fruição.

Da mesma forma, quando a União declara em seus demonstrativos financeiros que possui crédito tributário ou dívida ativa contra determinado contribuinte, é preciso se verificar se tal contribuinte realmente existe, se

está ativo economicamente, se possui capacidade contributiva, se não contestou tal crédito, dentre outros fatores. Caso contrário, estaríamos diante dos chamados ‘*créditos podres*’, que não deveriam ser reconhecidos no Balanço Geral da União, por exemplo.

Por fim, de maneira semelhante, para avaliarmos se a Receita foi cuidadosa em suas obrigações de arrecadar, ou se porventura permite a prescrição de créditos tributários, causando severos danos ao erário, é preciso identificar os contribuintes sobre os quais pairam as obrigações tributárias a fim de cruzar tais informações com os dados dos processos administrativos fiscais, por exemplo, a fim de identificar se as medidas legais cabíveis foram adequadamente adotadas pela administração tributária.

Assim, o processo de anonimização é ineficaz ou por não afastar o caráter personalíssimo dos dados, ou por inviabilizar, na prática, a prerrogativa legítima de controle dos procedimentos de arrecadação das receitas públicas.” (Grifamos)

(Acórdão nº 1.174/2019-TCU-Plenário - Sessão de 22/05/2019 - Ordinária)

63. Das considerações acima, exemplificativamente colhidas, é possível perceber que, com o simples acesso a dados de contribuintes com identidade ocultada, o Tribunal de Contas da União vem encontrando, nos seus procedimentos de auditoria e inspeção relacionadas à Administração Tributária, severas dificuldades para a realização de avaliação de riscos de distorções relevantes, seja na análise de demonstrações financeiras, seja no exame de registros de transações, que afetam potencialmente a formação de opinião sobre a confiabilidade das demonstrações, com o nível de segurança razoável, porque estariam a inviabilizar a utilização de técnicas de análise de dados e a comprometer a possibilidade de obtenção de evidências de auditoria suficientes e adequadas que, de outro modo, poderiam, em tese, oportunizar ressalvas de entendimento da auditoria. Tais dificuldades estariam a caracterizar-se, no entender do órgão, como limitações aos trabalhos, resultando em ressalvas às conclusões finais de relatórios.

64. Desse breve escorço, portanto, denota-se que o procedimento da anonimização, experimentado para tornar viável a realização de auditorias ou inspeções, não vem se mostrando suficiente para garantir a eficiência dos seus resultados.

II.2.2. Compartilhamento de Informações e Transferência do Sigilo

65. O Parecer nº GQ-110, em análise, exarado sob a vigência da anterior redação do art. 198, do CTN, conclui que:

“EMENTA: Regra constitucional não escrita outorga ao TCU, quando em missão também constitucional de inspecionar bens e valores públicos, direito de examinar informações mesmo sigilosas, desde que intimamente vinculadas a inspeções ou auditorias em curso. Considerando que tal acesso não é indiscriminado, (...), e tendo em vista a gravidade das penas a que se sujeitam autoridades e funcionários, quer atendam às solicitações, quer deixem de a elas atender, aconselha-se a submissão da questão ao Judiciário.”

66. Vê-se, assim, que o entendimento firmado sob a égide da anterior redação do art. 198, do CTN, foi no sentido de que as informações sigilosas de pessoas ou empresas não fiscalizadas pelo TCU somente podem ser levadas ao seu conhecimento se imprescindíveis à fiscalização de dinheiro público, arrematando-se que, no tocante ao sigilo fiscal, restou vedado o acesso às declarações de rendimentos¹³, mesmo quando em fiscalização às atividades da Receita Federal.

67. Tem-se agora em alvo saber se a alteração promovida no art. 198, do CTN, pela Lei Complementar nº 104, de 2001, permite evoluir o entendimento, considerando as necessidades de auditoria com foco nas demonstrações financeiras da União, na gestão fiscal e da Administração Tributária e Aduaneira.

68. Nessa linha, das três exceções à regra do sigilo, apontadas, precedentemente, na atual redação do art. 198, do CTN, o intercâmbio de informação sigilosa (§ 2º) há de ser considerado como hipótese potencialmente hábil e suficiente para amparar eventual compartilhamento com órgãos administrativos federais de controle, para fins de auditoria, observadas as condições estabelecidas na norma: **(i)** comprovar a instauração regular de processo administrativo, contendo clara definição do objetivo e escopo da auditoria; e **(ii)** formalizar a entrega e transferência à autoridade solicitante por meio que assegure a preservação do sigilo.

69. A mais autorizada interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do § 2º do art. 198, do CTN, consolidada no julgamento das ADIs nº 2390, 2.859, 2.386 e 2.397, reconheceu estar-se diante de típica hipótese de transferência de sigilo e não de quebra de sigilo:

“EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. (...) Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. **Ausência de quebra de sigilo.** (...)

1. (...)

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, **no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública.** Outrossim, a **previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico** que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

8. (...)”

(ADI 2859, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016)

70. Em face, no entanto, da excepcionalidade da hipótese aqui tratada, cuja possibilidade de conformação jurídica se analisa para atendimento a legítimas necessidades de órgãos administrativos auxiliares de controle, há de se acrescentar outras condicionantes para permitir o acesso, que ressaem, igualmente, do ordenamento jurídico: **(i)** a existência de manifestação fundamentada, contemporânea ao momento processual, demonstrando a pertinência temática da informação com o objeto da auditoria ou inspeção e a necessidade e indispensabilidade de acesso, vale dizer, com indicação de que o trabalho não pode ser realizado ou que o seu resultado não pode ser alcançado por outro modo, mesmo com a anonimização; e **(ii)** uso restrito ao fim específico de realização da auditoria ou inspeção, vale dizer, vedada a divulgação ou a utilização para finalidade diversa do respectivo escopo.

71. É que, embora o § 2º do art. 198 transpareça projetar-se, à primeira vista, como unicamente jungido ao inciso II do § 1º do mesmo artigo, a leitura atenta permite depreender que tal dispositivo expressa modalidade peculiar de compartilhamento, a amparar a própria reciprocidade de troca de informações com órgãos da Administração Pública: o intercâmbio.

72. Ao compulsar-se a Exposição de Motivos¹⁴ do Projeto de Lei Complementar nº 77, de 1999, que resultou na Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, a qual promoveu

a alteração no art. 198, do Código Tributário Nacional, essa mesma intenção revela-se evidente, nas reflexões feitas na respectiva fundamentação:

“(…)

13. O objetivo das alterações propostas para o art. 198 é a flexibilização do sigilo fiscal, retirando de seu âmbito situações em que tal restrição não se justifica, inclusive nos casos de intercâmbio de informações no âmbito da Administração Pública, bem assim nas situações de representações fiscais para fins penais, inscrição na Dívida da Fazenda Pública e parcelamentos concedidos, onde a transparência da ação do Poder Público se sobrepõe aos interesses individuais.”

73. A possibilidade de intercâmbio de informações sigilosas, no âmbito da Administração Pública, com órgãos que não se caracterizam como Fazenda Pública, ou que com ela não possuam simetria, apoia-se no permissivo legal de compartilhamento (art. 198, § 2º, do CTN) e na avaliação da real necessidade de acesso, para o cumprimento de sua missão, e desde que criados mecanismos institucionais de freios, previstos na legislação, que assegurem o respeito a garantias fundamentais e não provoquem prejuízos ou distorções no exercício de suas competências, ou nas relações de equilíbrio entre os poderes.

74. O intercâmbio, assim como a solicitação de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública (art. 198, § 1º, II) constituem típicas hipóteses em que a própria lei complementar expressamente prescinde a prévia autorização judicial ou supervisão antecipada do Poder Judiciário.

75. Sendo assim, e por considerar passíveis de configuração esses pressupostos legitimadores do compartilhamento de informações protegidas por sigilo fiscal com o Tribunal de Contas da União e com a Controladoria-Geral da União, passamos a tratar dos demais parâmetros norteadores desse intercâmbio.

76. Antes, porém, impõe-se enfatizar que a atividade desempenhada por esses órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU) revela-se, como tantas outras, essencial ao funcionamento do Estado Fiscal. E o aprimoramento legal de suas competências, a par dos avanços tecnológicos, passou a determinar, com maior clareza, a necessidade de compartilhamento de bases de dados contendo informações submetidas a sigilo fiscal. Nesse sentido, é importante relembrar que a Lei Complementar nº 101, de 2000, a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, adveio exatamente para promover um aperfeiçoamento do regime fiscal dos entes nacionais, buscando primar pela responsabilidade e transparência na gestão fiscal, pela prevenção de riscos e correção de desvios *"capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas"*. Com o seu advento, portanto, restou expressamente reforçada a legitimidade, indispensabilidade e responsabilidade da atividade de controle externo e interno para fiscalizar a respectiva administração tributária: *"O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar (...)"* (art. 59).

77. Convém reavivar - e reavivar novamente - que as prestações de contas, nos termos da referida Lei Complementar, devem evidenciar, por exemplo, *"o desempenho da arrecadação"*, com destaque das *"providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições"* (art. 58), ao tempo em que, como dito, a Lei prescreve ao Tribunal de Contas e ao controle interno a fiscalização da própria Gestão Fiscal. Tal cenário conduz a uma situação paradoxal: de um lado, os órgãos federais de controle externo e

interno têm o impostergável dever de fiscalizar a gestão fiscal, sob as perspectivas adnumeradas no art. 70, da Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal; de outro, encontram rédeas no acesso a informações que se projetam como indispensáveis ao proficiente exercício de suas competências. Por isso, entendemos que razões de ordem jurídica recomendam a conformação de alternativa que dê concreção ao que prescrevem as referidas normas.

78. Reforça o entendimento ora perfilhado, inclusive, o fato de haver previsão, na Lei nº 8.730, de 1993, de troca de dados e informações relacionadas a declarações de rendimentos e bens, entre a Fazenda Pública e o Tribunal de Contas da União, *"que lhes possam favorecer o desempenho das respectivas atribuições legais"*, observadas as cautelas e condições legais, transferindo expressamente o dever de sigilo aos funcionários do Tribunal de Contas da União, integrantes de carreira específica:

Art. 5º A Fazenda Pública Federal e o Tribunal de Contas da União poderão realizar, em relação às declarações de que trata esta lei, troca de dados e informações que lhes possam favorecer o desempenho das respectivas atribuições legais.

Parágrafo único. O dever do sigilo sobre informações de natureza fiscal e de riqueza de terceiros, imposto aos funcionários da Fazenda Pública, que cheguem ao seu conhecimento em razão do ofício, estende-se aos funcionários do Tribunal de Contas da União que, em cumprimento das disposições desta lei, encontrem-se em idêntica situação.

79. Acerca das demais condicionantes antevistas como necessárias, para além daquelas constantes do art. 198, do CTN, com o propósito de prevenir disfunções no exercício das competências, estamos em que, no caso, os órgãos federais de controle externo e interno não estão autorizados a avaliar ou utilizar, para o fim de dar início a qualquer procedimento investigativo, dados fiscais sigilosos, porventura obtidos em auditorias ou inspeções, que se refiram à situação econômico-financeira de contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, que não utilizem, arrecadem, guardem, manipulem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos, porquanto não se encontram submetidos à fiscalização por parte de tais órgãos.

80. Saliente-se que os sujeitos passivos das auditorias e inspeções promovidas pelos órgãos de controle externo (TCU) ou interno (CGU) não podem ser as pessoas que não estejam submetidas aos seus âmbitos de auditoria. Aliás, o Tribunal de Contas da União vem, há muito, reconhecendo, como se colhe, v.g., do Acórdão nº 977/2018-TCU-Plenário, que *"as ações desta Corte não têm por objetivo fiscalizar o cidadão, mas sim fiscalizar atos praticados pela RFB, em obediência aos arts. 70 e 71 da CF/1988"*.

81. De fato, a competência dos órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU), em procedimentos de auditoria e inspeção, restringe-se à fiscalização dos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da União e de entidades da administração direta e indireta, não tendo por objetivo a fiscalização do cidadão ou de pessoa jurídica não submetidos às suas esferas de atuação.

82. Da mesma vertente, surge também, como destacado, a necessidade de vedação de divulgação ou de uso para finalidade diversa do escopo de auditoria. É que, repise-se, no âmbito do Poder Legislativo, a Constituição Federal outorgou apenas às comissões parlamentares de inquérito os *"poderes de investigação próprios das autoridades judiciais"* (art. 58, §3º), ao mesmo tempo em que estabelece ao Tribunal de Contas da União o dever de *"prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira,*

orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas" (art. 71, VII). Nesse sentido, relatórios de auditorias e inspeções, cuja elaboração tenha-se baseado em informações fiscais não anonimizadas, indispensavelmente acessadas para tornar viável a execução dos respectivos trabalhos, não podem identificar contribuintes, e as informações destes não podem ser repassadas nem mesmo ao Congresso Nacional para atender solicitações estranhas ao objeto e ao resultado da auditoria.

83. De fato, não podem os órgãos de controle, nos seus relatórios - produzidos em procedimentos de auditoria, inspeção ou qualquer procedimento de fiscalização - porventura não submetidos à restrição de acesso, publicizar informações protegidas por sigilo fiscal ou sigilo profissional¹⁵ ou ainda repassá-las a terceiros.

84. Estas observações, não custa enfatizar, embora possam parecer desnecessárias ou destituídas de razão, têm o propósito de fazer prevalecer, consideradas todas essas razões de interesse público, o respeito ao princípio da legalidade e da razoabilidade, em ordem a evitar a caracterização de situações que possam malferir direitos fundamentais, sem supervisão do Poder Judiciário, sendo de todo recomendável que os órgãos estatais de controle atuem com cautela.

85. É que o exercício de atribuições estatais, em decorrência da eventual expansão de poderes necessários ao exercício de competências constitucionais, demanda observância dos condicionamentos que emergem do texto constitucional e da legislação, para que não se caracterizem como extravasamentos desordenados dos limites de atuação.

86. Assentadas tais premissas, pode-se asserir que a evolução legislativa promovida no art. 198, do Código Tributário Nacional, e o paulatino fortalecimento dos mecanismos de controle social e das competências institucionais e legais induzem à convicção de que não parece, de fato, atender aos reclamos sociais contemporâneos refutar-se peremptória e completamente toda e qualquer possibilidade de os órgãos de controle externo e interno terem acesso a informações protegidas por sigilo fiscal, para a realização de auditorias e inspeções, porquanto valores e princípios superiores - como o aperfeiçoamento da gestão pública e a melhoria das políticas e dos serviços públicos - podem estar-se preterindo em prejuízo da sociedade.

87. Vivemos em novos tempos. O tema sigilo fiscal e acesso por órgãos de controle teve um entendimento, válido para a Administração Federal, firmado há mais de 20 anos. Não obstante, tem ensejado novas controvérsias, especialmente em razão dos avanços tecnológicos, dos anseios sociais pela melhoria da gestão pública, do aperfeiçoamento da legislação e do papel das Instituições, sempre orientados pelo magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Cremos, por isso, que o momento, de mudança cultural em relação à função pública, convoca a uma revisão, ao menos parcial, do entendimento consagrado no Parecer GQ-110, de 1996, que constituiu, durante o período, importante orientador dos atos da Administração.

88. Nessa perspectiva, há de se revisar o entendimento que, em generalização hoje incompatível com a evolução que se espera das organizações públicas, impede o acesso a todo e qualquer dado protegido por sigilo fiscal por parte dos órgãos administrativos federais de controle, especialmente quando se considera que tais acessos dar-se-ão unicamente - e para estes fins - em processos de auditoria cuja metodologia de análise depende de tais informações, e que as pessoas, titulares dos dados fiscais, não constituem os investigados no processo, podendo-se, de qualquer modo, transferir-se o sigilo aos agentes públicos do controle externo (TCU) e interno (CGU) do Poder Executivo Federal.

89. Se cabe aos órgãos de controle a fiscalização da gestão e da utilização de recursos públicos, parece evidente que as informações necessárias ao pleno exercício de tal missão constitucional devam ser satisfatoriamente prestadas, à vista das dificuldades encontradas e devidamente justificadas pelo gestor do órgão de controle.

90. Revela-se expressivo, sob tal aspecto, o que hoje dispõe o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

91. Com efeito, se é certo que o pagamento de tributos constitui dever inarredável de todos, pessoas físicas e jurídicas; se é certo que a lei impõe, como requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal, a efetiva arrecadação de todos os tributos, prevendo inclusive a necessidade de prestação de contas que evidencie o respectivo desempenho e as ações de fiscalização e recuperação de créditos tributários; não é menos certo também que devem ser aperfeiçoados os mecanismos de controle estatal que visam assegurar a boa e regular gestão e aplicação dos recursos públicos, mormente quando se considera que tais mecanismos podem ser operados sem ofensa ao núcleo essencial de direitos fundamentais, como é o caso do sigilo fiscal.

92. A par desse aspecto, entendemos que, mediante decreto e instrumento próprio, no qual se estabeleçam e se observem as respectivas balizas, pode ser realizado o compartilhamento de dados fiscais com o Tribunal de Contas da União ou com a Controladoria-Geral da União¹⁶, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria ou inspeção de dados, processos e controles operacionais da administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou na análise de demonstrações financeiras da União.

93. É que o compartilhamento de informações submetidas a sigilo fiscal, com controle de acesso e rastreabilidade, tido como necessário para o desempenho de competências constitucionais e legais por órgãos federais de controle (TCU e CGU), que serão acessadas a partir de atos legitimados em processos regularmente formalizados, para a realização de procedimentos de auditoria ou inspeção relacionados à fiscalização, nos estritos limites de suas atribuições, não implica desnaturamento do referido sigilo ou violação da privacidade.

94. Entendemos, portanto, à luz das considerações postas, que os órgãos federais de controle externo e interno (TCU e CGU) podem ter acesso a informações protegidas pelo sigilo fiscal, se e quando tais informações tiverem pertinência temática com o objeto da auditoria ou inspeção e se revelarem necessárias e indispensáveis ao desempenho de suas competências, de forma justificada, em procedimentos que tenham sido regularmente instaurados, com escopos delineados, e com uso de tecnologia que garanta controles de segurança, registro de acessos e rastreabilidade.

95. Diz-se necessárias porque, quando se está diante de aparente conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, faz-se necessário estabelecer a ponderação de valores, mediante a verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

96. Impende rememorar, bem por isso, na linha do que se vem expondo, a precisa regra igualmente constante da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

97. Cumpre ter presente, a título de exemplo, ante a sua extrema pertinência, a lúcida advertência feita pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, ao estabelecer a possibilidade de acesso, pelos agentes fiscais tributários, às informações de instituições financeiras, prevendo a necessidade de processo administrativo e a demonstração de que os *"exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente"*:

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

98. Diz-se ainda que o acesso deve ser indispensável, porque, sempre que for possível a realização do procedimento de auditoria ou inspeção mediante anonimização não reversível, deve ser esta opção escolhida.

99. Cabe referir, neste ponto, que, ainda que se tenha como certo que constitui fonte presuntiva legítima uma solicitação de acesso a dados fiscais¹⁷ identificados, proveniente de um órgão de controle com estatutura constitucional, como o TCU, v.g., é necessário que o órgão estatal o faça mediante manifestação adequadamente fundamentada¹⁸, contemporânea ao momento processual, escorada concretamente em suporte fático idôneo, e na qual indique a necessidade objetiva de realização desse acesso excepcional.

100. Note-se que a ressalva de fundamentação¹⁹ para situações de acesso excepcionais a dados fiscais de contribuintes restou perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal até mesmo para Comissões Parlamentares de Inquérito:

"CPI - ATO DE CONSTRANGIMENTO - FUNDAMENTAÇÃO. A fundamentação exigida das Comissões Parlamentares de Inquérito quanto à quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico e telemático não ganha contornos exaustivos equiparáveis à dos atos dos órgãos investidos do ofício judicante. Requer-se que constem da deliberação as razões pelas quais veio a ser determinada a medida."

(MS 24749, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 05-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02171-01 PP-00142 RTJ VOL-00196-01 PP-00186 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 166-170)

101. Embora não se esteja aqui a tratar de hipótese de quebra de sigilo, mas de transferência de sigilo, cabe ter presente que há, de um lado, regra de lei complementar, com fundamento de validade em norma constitucional, que, ao vedar o acesso a dados fiscais, objetiva preservar a vida privada e prevenir qualquer uso compulsivo da informação. E existem, de outro, competências e prerrogativas institucionais de órgãos administrativos de controle, igualmente consagradas pelo texto da Constituição, vocacionadas a conferir justa efetividade à missão de aprimorar a Administração Pública, por meio da avaliação e controle da gestão e das políticas públicas, em benefício da sociedade. E não se pode perder a perspectiva, por mais relevantes que sejam os fundamentos de pretensa prevalência de

um ou de outro entendimento, que se faz necessário observar o princípio da concordância prática, o qual:

"Consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum." (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107)

102. Por isso propõe-se aqui a evolução do entendimento, a partir do permissivo constante do § 2º do art. 198 do CTN, para otimizar o exercício das atribuições dos órgãos de controle, resguardando direitos e garantias individuais.

103. Vale recordar, v.g., que a possibilidade de intercâmbio e compartilhamento de informações sobre a situação econômico-financeira de agentes públicos com o Tribunal de Contas da União, quando observadas as condicionantes legais, já é inclusive objeto de previsão legal expressa na mencionada Lei nº 8.730, de 1993, relativamente às declarações de bens de autoridades, servidores públicos e de todos que exerçam cargos eletivos e cargos, empregos e funções de confiança na administração direta, indireta e fundacional²⁰, hipótese em que o sigilo é transferido:

Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:

I - Presidente da República;

II - Vice-Presidente da República;

III - Ministros de Estado;

IV - membros do Congresso Nacional;

V - membros da Magistratura Federal;

VI - membros do Ministério Público da União;

VII - todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

(...)

Art. 4º Os administradores ou responsáveis por bens e valores públicos da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, assim como toda a pessoa que por força da lei, estiver sujeita à prestação de contas do Tribunal de Contas da União, são obrigados a juntar, à documentação correspondente, cópia da declaração de rendimentos e de bens, relativa ao período-base da gestão, entregue à repartição competente, de conformidade com a legislação do Imposto sobre a Renda.

§ 1º O Tribunal de Contas da União considerará como não recebida a documentação que lhe for entregue em desacordo com o previsto neste artigo.

§ 2º Será lícito ao Tribunal de Contas da União utilizar as declarações de rendimentos e de bens, recebidas nos termos deste artigo, para proceder ao levantamento da evolução patrimonial do seu titular e ao exame de sua compatibilização com os recursos e as disponibilidades declarados.

Art. 5º A Fazenda Pública Federal e o Tribunal de Contas da União poderão realizar, em relação às declarações de que trata esta lei, troca de dados e

informações que lhes possam favorecer o desempenho das respectivas atribuições legais.

Parágrafo único. O dever do sigilo sobre informações de natureza fiscal e de riqueza de terceiros, imposto aos funcionários da Fazenda Pública, que cheguem ao seu conhecimento em razão do ofício, estende-se aos funcionários do Tribunal de Contas da União que, em cumprimento das disposições desta lei, encontrem-se em idêntica situação.

104. De notar-se que, nos termos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, os servidores que exercem funções específicas de controle externo, no Tribunal de Contas da União, são obrigados a *"guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios"* (art. 86, IV). A inobservância de tal advertência legal, caracteriza, inclusive, situação revestida de tipicidade disciplinar e penal, além de potencialmente caracterizadora de improbidade administrativa.

105. Aspira-se, como isso, que o compartilhamento de dados, a partir de processos de auditoria e inspeção regularmente instaurados e com objeto claramente delineado, possa permitir, tanto quanto possível, o acesso a dados e informações em formato eletrônico, de forma estruturada, processáveis por máquina, com adequado grau de granularidade, que facilite o acesso automatizado, cruzamento e análise das informações para os fins a que os processos se destinam, não sendo admissíveis, por evidente: **(i)** acessos genéricos, desproporcionais, imotivados ou desvinculados dos procedimentos de auditoria ou inspeção; e **(ii)** solicitações de acesso ao Órgão de Administração Tributária que exijam trabalhos de consolidação de dados e informações cujos esforços operacionais, prazos de extração e consolidação ou custos financeiros de realização se afigurem desarrazoados. Isto porque é fato que os órgãos da Administração Pública funcionam por meio de inúmeros sistemas informatizados, havendo multiplicidade de bases de dados, muitas vezes não integradas ou operadas por sistemas obsoletos.

III. CONCLUSÃO

106. Ante o exposto, pensamos que se deve reconhecer, com espeque no § 2º do art. 198, do Código Tributário Nacional, a possibilidade de compartilhamento de bases de dados e de transferência do sigilo fiscal aos órgãos de controle externo (TCU) e interno (CGU), para a realização de procedimentos de auditoria e inspeção, quando indispensável aos respectivos trabalhos, e firmar o seguinte entendimento, válido para toda a Administração Pública Federal:

a) informações protegidas por sigilo fiscal, sob custódia de órgãos da Administração Tributária Federal, podem ser compartilhadas com os órgãos administrativos federais de controle (TCU e CGU), transferindo-se-lhes o sigilo, na forma do art. 198, do Código Tributário Nacional;

b) a solicitação pode ser feita por autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, na forma do art. 198, §1º, II, do CTN, quando **(i)** comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, e **(ii)** com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa;

c) mediante decreto²¹ e instrumento próprio, no qual se estabeleçam os limites de uso da informação e as condicionantes necessárias ao resguardo do sigilo, pode ser realizado o compartilhamento de dados fiscais com o Tribunal de Contas da União ou com a Controladoria-Geral da União, sem anonimização, quando indispensável à realização de procedimentos de auditoria ou inspeção de dados, processos e controles operacionais da

administração tributária e aduaneira, da gestão fiscal ou da análise de demonstrações financeiras da União; e

d) o intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública), nos termos e limites do art. 198, § 2º, do Código Tributário Nacional, com transferência do sigilo, para fins de auditoria na administração tributária e aduaneira, na gestão fiscal ou nas demonstrações financeiras da União, pressupõe: **(i)** a existência de processo administrativo regularmente instaurado, contendo clara definição do objetivo e do escopo da auditoria; **(ii)** que a entrega das informações se dê mediante recibo, que formalize a transferência, facultado, pela própria natureza, o uso de tecnologia que lhe faça as vezes e assegure autenticidade, integridade, registro de acessos e rastreabilidade **(iii)** a existência de manifestação fundamentada, contemporânea ao momento processual, demonstrando a pertinência temática da informação com o objeto da auditoria ou inspeção e a necessidade e indispensabilidade de acesso, vale dizer, com indicação de que o trabalho não pode ser realizado ou que o seu resultado não pode ser alcançado por outro modo, mesmo com a anonimização; **(iv)** uso restrito ao fim específico de realização da auditoria, vedada a divulgação ou a utilização para finalidade diversa do respectivo escopo.

107. A evolução de entendimento ora proposto, quanto à possibilidade de compartilhamento de dados fiscais, sob gestão de órgãos da Administração Tributária, para fins de auditoria ou inspeção, está adstrita ao Tribunal de Contas da União e à Controladoria-Geral da União, em razão da especificidade de suas atribuições, não compreendendo outras instâncias de controle interno ou externo.

108. São estas, Sr. Consultor-Geral, as conclusões que nos parecem cabíveis, para sugerir a revisão parcial do Parecer nº GQ-110, aprovado em 09 de setembro de 1996, ressalvando que, evidentemente, o entendimento ora firmado pode vir a sofrer nova reflexão ou mudança em decorrência de soluções de controvérsias no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sub censura.

Brasília/DF, 17 de outubro de 2019.

(Assinado digitalmente - Sistema Sapiens)

Edimar Fernandes de Oliveira

Consultor da União

¹ Pareceres PGFN/CGA nº 1.251/1999, 712/2005 e 951/2005.

² Pareceres PGFN/CAT nº 880/2015, Parecer PGFN/CAT nº 18/2018 e Parecer SEI nº 114/2018/CAT/PGACTP/PGFN-MF

³ Confira-se, a propósito, a Ata nº 20, de 12 de junho de 2019, publicada no Diário Oficial da União de 03 de julho de 2019, Seção 1, pág. 60, relativa à Sessão Extraordinária do Plenário do TCU, na qual foi proferido o Acórdão nº 1.331/2019-TCU/Plenário.

⁴ Art. 33. A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios.

§ 1º (...)

§ 2º As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União.

(...)

Art. 161. Cabe à lei complementar:

I - (...)

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios;

III - (...)

Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II.

⁵ MS 22801, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00167 RTJ VOL-00205-01 PP-00161 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 488-517; no mesmo sentido, MS nº 22.934/DF.

⁶ Como a legítima competência do Poder Judiciário, a atribuição de poderes de investigação às comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º), o compartilhamento de informações fiscais entre administrações tributárias (art. 37, XII) ou entre entes federados (art. 146, parágrafo único, IV).

⁷ Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992:

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no *caput* e no § 2º deste artigo.

⁸ Portaria Interministerial nº 298, de 6 de setembro de 2007 (DOU 11.09.2007 - Seção 1 - pág. 51).

⁹ Nesse sentido, confira-se, v.g., o disposto no Decreto nº 10.047, de 9 de outubro de 2019, que dispõe sobre a governança do Cadastro Nacional de Informações Sociais:

Art. 6º O compartilhamento ou uso das bases de dados e informações a que se refere este Decreto observará o disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, e a legislação pertinente ao sigilo médico.

¹⁰ Constituição Federal:

Art. 37. (...)

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - (...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:

I - (...)

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

¹¹ Nos termos do art. 157, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 246, de 30 de novembro de 2011, "*o relator presidirá a instrução do processo*", podendo, "*mediante portaria, delegar competência a titular de unidade técnica, para realização de (...) diligência e outras providências necessárias ao saneamento do processo*" (§ 1º).

¹² A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, considera:

- anonimização: "*utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo*" (art. 5º, XI);

- dado anonimizado: "*dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento*" (art. 5º, III);

- pseudonimização: "*tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro*" (art. 13, § 4º).

¹³ Parecer GQ-110:

49. (...) O TCU - entendendo - em certos casos, pode ter conhecimento de informações sigilosas, desde que sejam meio de alcançar aquele fim. Em outras palavras, as informações sujeitas a sigilo, de pessoas ou empresas não fiscalizados, só podem ser levados ao conhecimento do TCU, se imprescindíveis à fiscalização do dinheiro público. (...)

50. Parece-me, portanto, que regra constitucional não escrita, nos limites acima expostos, autoriza o acesso a dados sigilosos.

51. Portanto, o exame isento da questão, leva ao entendimento de que ao Tribunal de Contas pode ter acesso, mesmo a dados sigilosos, quando estiver em missão, que hoje lhe está assegurada, de fiscalizar as instituições financeiras. Isto não lhe confere, entretanto, a pretensão a qualquer informação sobre quem não esteja, *ira actu*, submetido a sua fiscalização. Igualmente, no tocante ao sigilo fiscal, a fiscalização que exerça sobre atividades, por exemplo, da Receita Federal, não lhe permite acesso, *exempli gratia*, às declarações de rendimentos das pessoas.

¹⁴ Exposição de Motivos nº 820/MF, de 6 de outubro de 1999, encaminhada por meio da Mensagem nº 1.459, de 7 de outubro de 1999, conforme publicação no Diário da Câmara dos Deputados em 16 de outubro de 1999, pág. 48.927 a 48.932.

¹⁵ De que são exemplos as que podem expor estratégias de cobrança administrativa ou judicial ou estratégias de recuperação.

¹⁶ A possibilidade de compartilhamento de dados fiscais, para fins de auditoria, sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal, ora reconhecida, está adstrita ao Tribunal de Contas da União e à Controladoria-Geral da União, em razão da especificidade de suas atribuições, não compreendendo outras instâncias de controle interno ou externo.

¹⁷ Tidos como indispensáveis para a execução de procedimentos de inspeção e auditoria, sem sujeito passivo determinado.

¹⁸ A fundamentação deve ser apta a demonstrar a pertinência e a necessidade de acesso aos dados para a realização do trabalho de auditoria ou inspeção, não alcançando, por evidente, os seus aspectos intrínsecos ou a necessidade de revelação da própria matriz de planejamento da auditoria.

¹⁹ A necessidade de fundamentação de decisões subsiste inclusive para o Poder Judiciário (art. 93, IX e X, CF/88).

²⁰ No caso de servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, igualmente estabelece que, "*no ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública*" (art. 13, § 5º), podendo, a seu critério, entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal, para suprir a exigência (art. 13, § 4º, Lei nº 8.429, de 1992), ou autorizar o acesso. Pode-se, portanto, concluir, a par do que dispõe a Lei nº 8.730, de 1993, que se corporificou no ordenamento jurídico a possibilidade de os órgãos federais de controle externo e interno (TCU e CGU) exercerem o controle da legalidade e legitimidade da evolução patrimonial dos referidos servidores, respeitadas as normas legais que estabelecem a competência para eventual apuração disciplinar, se for o caso.

²¹ O Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da Administração Pública Federal exclui da referida regulamentação os dados protegidos por sigilo fiscal:

Art. 1º Este Decreto estabelece as normas e as diretrizes para o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e os demais Poderes da União, com a finalidade de:

I - (...)

§ 1º (...)

§ 2º Ficam excluídos do disposto no *caput* os dados protegidos por sigilo fiscal sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia.

Art. 28. A Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia disponibilizará aos órgãos interessados os seguintes dados não protegidos por sigilo fiscal:

I - (...)"

24 - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

Assuntos abordados neste Parecer: Critérios para consideração de infração como de menor potencial ofensivo. Diretriz constitucional e legal para resolução consensual dos conflitos. Desde que atendidos os requisitos normativos, a regra deve ser a celebração de TAC, salvo se a situação concreta apontar a utilidade do processo disciplinar.

PARECER Nº 2/2024/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10.

INTERESSADO: DECOR.

ASSUNTO: Termo de Ajustamento de Conduta - TAC.

Termo de Ajustamento de Conduta - TAC. Procedimento de solução consensual de litígio de natureza disciplinar. Fatos de menor potencial ofensivo ou de menor gravidade são aqueles em que a suposta conduta irregular enquadra-se nas situações previstas nos artigos 116 ou 117, incisos I a VIII e XIX, não havendo indicação de tratar-se de casos preceituados no art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990, hipóteses em que, uma vez observadas as condições específicas indicadas no respectivo ato normativo aplicável, devem, em regra, ser celebrados termos de ajustamento de conduta, ressalvada a possibilidade de decisão fundamentada em sentido diverso, nos termos do art. 20 da LINDB.

Sra. Diretora do DECOR,

I - RELATÓRIO:

1. O tema relativo à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta - TAC foi apresentado e adotado pelos integrantes da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD) como questão relevante a ser enfrentada pelo Colegiado para uniformização de entendimentos no âmbito da Administração Pública Federal.

2. É o relatório. Passa-se a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO:

II.A) TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITO:

3. A celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC por servidores públicos federais, em razão de provável cometimento de ilícitos administrativos disciplinares, previstos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e legislação federal correlata, encontra previsão na Portaria Normativa CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022^[1].

4. A análise aqui restringe-se ao termo de ajustamento de conduta aplicável a servidores públicos federais estatutários, regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, integrantes de órgãos, autarquias, fundações e agências federais, ocupantes de cargo efetivo.

5. Conforme previsto na Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, o TAC consiste em procedimento administrativo para *resolução consensual de conflitos* (art. 61, *caput*), sendo que o termo de ajustamento é aplicável a casos de infração de menor potencial ofensivo (art.

62, caput), conforme transcrições abaixo:

Art. 61. O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.

(...)

Art. 62. Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, nos termos do inciso II do art. 145 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

(...)

6. Para os servidores públicos efetivos estatutários, o conceito de menor potencial ofensivo engloba conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias, nos termos do inciso II do artigo 145 da Lei nº 8.112, de 1990.

7. De ser assinalado que no âmbito da Advocacia-Geral da União o termo de ajustamento de conduta é disciplinado pela Portaria Normativa AGU nº 92, de 17 de maio de 2023. Esse normativo prevê a celebração de ajustamento de condutas para hipóteses de menor gravidade, conforme artigos 1º e 3º, inciso II, abaixo transcritos:

Art. 1º Esta Portaria Normativa disciplina a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, nas hipóteses de infração disciplinar de menor gravidade, no âmbito dos órgãos da Advocacia-Geral da União.

(...)

Art. 3º Para efeitos desta Portaria Normativa, considera-se:

(...)

II - infração disciplinar de menor gravidade: aquela cujas circunstâncias possam resultar, em tese, na aplicação das penalidades de advertência ou de suspensão de até trinta dias;

8. Observe-se que o ilícito administrativo disciplinar de "menor gravidade", previsto no artigo 3º, inciso II, da Portaria Normativa AGU nº 92, de 2023, possui a mesma definição de "menor potencial ofensivo" previsto no artigo 62 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, qual seja, infrações que, caso configuradas, resultariam na aplicação de penalidades de advertência ou suspensão.

9. O artigo 63 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, aponta os outros requisitos para a celebração do TAC e encaminhamento de resolução consensual do conflito de natureza disciplinar existente entre a União, suas autarquias, fundações públicas e agências federais e o servidor público civil, conforme abaixo transcrito:

Art. 63. O TAC somente será celebrado quando o investigado:

I - não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais;

II - não tenha firmado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados a partir da publicação do instrumento; e

III - tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.

10. Também em relação a tais requisitos adicionais, o TAC celebrado na Advocacia-Geral da União observa cumulação de requisitos similares aos adotados pela Controladoria-Geral da União, conforme artigo 4º da Portaria Normativa AGU nº 92, de 2023:

Art. 4º A celebração do TAC somente será possível se, cumulativamente:

I - os fatos envolverem, em tese, infração disciplinar de menor gravidade;

II - o interessado assumir o compromisso de ajustar sua conduta;

III - não houver penalidade disciplinar aplicada ao interessado nos últimos dois anos, contados da data da publicação do julgamento; e

IV - não houver sido celebrado TAC relacionado a fatos semelhantes nos últimos dois anos, contados da data em que o interessado for cientificado da assinatura da autoridade competente para sua aprovação.

11. A partir desse momento, o presente parecer passa a apontar tão somente as disposições previstas na Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, aplicáveis a todos os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 1990. Nada obstante, os aspectos que seguem apontados guardam estreita consonância com as disposições da Portaria Normativa AGU nº 92, de 2023, aplicável no âmbito da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados.

12. O objetivo do TAC é pacificar o ambiente administrativo, mediante a solução consensual do conflito, de modo que o servidor interessado se comprometa a adequar a conduta, observar deveres e proibições e cumprir compromissos propostos pela Administração. A celebração do acordo depende da aceitação voluntária do servidor, havendo um ônus a ser suportado na celebração do termo de ajustamento com a Administração Pública. Atualmente essa previsão consta do artigo 64 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022.

13. Tal método consensual de solução de conflitos engaja os envolvidos na construção de uma solução própria para determinado caso, evitando-se o ônus da apuração e a imposição de uma decisão disciplinar por parte da Administração Pública. A solução cria condições de ampliação de diálogo dentro da gestão pública, melhora a compreensão do comportamento a ser adotado pelo servidor, colabora para a saúde do ambiente de trabalho (evitando estresse emocional da relação entre servidor acusado, advogados e de membros de comissão disciplinar) e gera, consequentemente, maior probabilidade de normalização do serviço público prestado e em menor tempo.

14. Identificado o pressuposto de menor potencial ofensivo da irregularidade e atendidos os requisitos previstos na Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, a Administração Federal deve, em regra, celebrar o TAC. O artigo 61 da mesma portaria aponta os ganhos de eficiência e de efetividade, além da racionalização de recursos públicos, que são objetivados com a solução consensual do conflito, conforme transcrição abaixo:

Art. 61. (...)

Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal deverão optar pela celebração do TAC, visando à eficiência, à efetividade e à racionalização de recursos públicos, desde que atendidos os requisitos previstos nesta Portaria Normativa.

15. De ser observado que os requisitos constantes no artigo 63 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, são de identificação objetiva. De outro lado, a análise da condição prevista do artigo 62 demanda uma reflexão maior. A construção de parâmetros para análise da existência de uma possível infração disciplinar de menor potencial ofensivo ou de menor gravidade (penas hipotéticas de advertência ou suspensão de até 30 dias) exige leitura sistemática da legislação federal.

16. Assim, este parecer pretende colaborar para responder à seguinte pergunta: como interpretar os critérios previstos no artigo 62 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 11 de outubro de 2022, para a celebração do termo de ajustamento de conduta no âmbito do sistema disciplinar do servidor público federal, ocupante de cargo efetivo, regido pela Lei nº

8.112, de 1990, de forma a atribuir maior segurança e uniformização para a aplicação da solução consensual de conflitos disciplinar por meio de termo de ajustamento de conduta?

II.B) IDENTIFICAÇÃO DE FATOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO (MENOR GRAVIDADE):

17. Pode aparentar algo intuitivo ou mesmo calculável identificar quais fatos possuem menor potencial ofensivo (menor gravidade) para a aplicação da solução pacífica de conflitos. Todavia, a Lei nº 8.112, de 1990, não apresenta relação direta entre condutas irregulares e a penalidade a ser aplicada, com exceção das hipóteses de demissão e de suspensão de 15 (quinze) dias para caso de recusa a submeter-se à inspeção médica.

18. Assim, em atenção à necessidade da transparência imposta à Administração Pública pela Constituição Federal e da dignidade dos trabalhadores (servidores) do quadro administrativo estatal, justo e adequado estabelecer cenário jurídico de maior segurança, inclusive para os gestores que atuam no tema disciplinar.

19. Como afirmado, o Estatuto do Servidor Público Civil não prescreve uma categorização por gravidade de conduta, nos moldes do que fazia a revogada Lei nº 8.027, de 1990, que estabelecia a diferença entre condutas passíveis de advertência, suspensão e demissão (artigos 3º, 4º e 5º).

20. De outra sorte, a vigente Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965 (Estatuto dos Policiais Cíveis da União e do Distrito Federal), possui uma classificação própria de ilícitos disciplinares que dialoga com a Lei nº 8.112, de 1990. Essa categorização da legislação policial, integrante do corpo de legislação disciplinar federal, aplicável a servidores federais civis, serve inicialmente de fundamento para reflexão da construção do que deve ser considerado como menor potencial ofensivo (menor gravidade) para a celebração do TAC.

21. Para a Lei Federal nº 4.878, de 1965, o ilícito relacionado aos deveres profissionais e algumas transgressões disciplinares específicas são classificados como de natureza leve, passíveis da aplicação da penalidade mais branda, a de repreensão por escrito (artigos 42 e 46). Essa repreensão guarda relação direta de natureza com a advertência por escrito prevista na Lei nº 8.112, de 1990. Já para as transgressões disciplinares descritas como de natureza grave (e hipóteses de reincidência), a Lei nº 4.878, de 1965, prevê as penalidades de suspensão.

22. Aqui um dado importante: o artigo 41 da Lei nº 4.868, de 1965, aponta como deveres funcionais gerais as hipóteses previstas no artigo 194 da Lei nº 1.711, de 1952. A ausência de cumprimento de deveres é punida com repreensão escrita, nos termos do artigo 42, sendo que essa inobservância de deveres abarca o conceito de natureza leve, conforme artigo 46. Também possuem natureza leve, transgressões específicas apontadas no parágrafo único do artigo 46. Segue transcrição dos dispositivos mencionados:

Art. 41. Além do enumerado no artigo 194 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, é dever do funcionário policial freqüentar com assiduidade, para fins de aperfeiçoamento e atualização de conhecimentos profissionais, curso instituído periodicamente pela Academia Nacional de Polícia, em que seja compulsoriamente matriculado.

Art. 42. Por desobediência ou falta de cumprimento dos deveres o funcionário policial será punido com a pena de repreensão, agravada em caso de reincidência.

(...)

Art. 46. A pena de repreensão será sempre aplicada por escrito nos casos em que, a critério da Administração, a transgressão seja considerada de natureza leve, e deverá constar do assentamento individual do funcionário.

Parágrafo único. Serão punidas com a pena de repreensão as transgressões disciplinares previstas nos itens V, XVII, XIX, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XLIX e LIV do artigo 43 desta Lei.

23. Constatase objetivamente que os deveres previstos no artigo 116 da Lei nº 8.112, de 1990, reproduzem os mesmos valores (e em alguns casos o mesmo texto) do modelo disciplinar do artigo 194 da Lei nº 1.711, de 1952. Com a revogação da Lei nº 1.711, de 1952, pela Lei nº 8.112, de 1990, os Policiais Federais da União passaram a ter que observar os deveres previstos no artigo 116 da Lei nº 8.112, de 1990, dentro de uma aplicação sistemática das regras jurídicas vigentes. Assim, as inobservâncias dos deveres pelos servidores policiais federais, previstos no artigo 116 da Lei nº 8.112, de 1990, são transgressões de natureza leve.

24. Para além e de forma integrada com a análise comparativa dos sistemas disciplinares federais, extrai-se da redação do artigo 63, inciso III, e 64, *caput*, da Portaria Normativa nº 27, de 2022, que tanto as hipóteses de inobservância de deveres, quanto a de violação de proibições, inclusive quando gerarem dano, podem ser objeto da resolução consensual. Assim, os ilícitos previstos no artigo 116 (deveres do servidor) e no artigo 117 (proibições), podem ser objeto de celebração de acordo disciplinar com a Administração Pública, desde que seja ressarcido ou assumido o compromisso de ressarcimento de eventual dano.

25. Por óbvio, há casos previstos no artigo 117 da Lei nº 8.112, de 1990, que não podem ser objeto de TAC. A transgressão das proibições dos incisos IX a XVI do artigo 117 não podem ser objeto de transação, tendo em vista que tais condutas são puníveis com demissão (artigo 132, inciso XIII, da Lei nº 8.112, de 1990).

26. Resta claro, assim, que as inobservância de deveres e violação de proibições (com exceção das hipóteses de demissão), são passíveis de solução consensual por meio de ajustamento de conduta. Todavia, ainda há uma questão a ser enfrentada: como identificar se a conduta é passível de uma penalidade de advertência ou suspensão até o limite de 30 (trinta) dias, considerando que não há expresso tal parâmetro na Lei nº 8.112, de 1990?

II.C) TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E A ANÁLISE DA NATUREZA E GRAVIDADE DA INFRAÇÃO:

27. Em linhas gerais, vale salientar que o art. 66 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, projeta três momentos processuais em que a proposta do TAC poderia surgir no curso da apuração disciplinar, quais sejam: a) por ocasião do juízo de admissibilidade, apresentado pela autoridade correicional (inciso I); b) no período de até 10 (dez) dias após notificação inicial no processo disciplinar, proposto pelo acusado (inciso III c/c §1º); c) antes do relatório final, após produção de provas que indiquem o enquadramento da conduta nos limites das penalidades passíveis de resolução consensual, proposto pela comissão disciplinar (inciso II c/c § 2º). Senão vejamos:

Art. 66. A proposta de TAC poderá:

I - ser oferecida de ofício pelo titular da unidade setorial de correição ou, na inexistência deste, pela autoridade competente para instauração do respectivo processo correicional de responsabilização de agentes públicos;

II - ser sugerida pela comissão responsável pela condução do processo correicional de responsabilização de agentes públicos; ou

III - ser apresentada pelo agente público interessado.

§ 1º Em processos correicionais de responsabilização de agentes públicos em curso, a proposta de TAC poderá ser apresentada pelo interessado à

autoridade instauradora em até 10 (dez) dias após o recebimento da notificação de sua condição de acusado.

§ 2º A proposta de TAC poderá ser sugerida pela comissão antes da apresentação do relatório final, nos casos em que as provas produzidas durante a fase de inquérito indicarem a necessidade de reenquadramento da conduta do acusado, passando esta a ser considerada de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 62 desta Portaria Normativa.

§ 3º A proposta de TAC sugerida por comissão responsável pela condução de processo correccional de responsabilização de agentes públicos ou apresentada pelo interessado poderá ser indeferida quando ausente alguma das condições para sua celebração.

§ 4º O prazo estabelecido no § 1º aplica-se às hipóteses de oferecimento de ofício de proposta de TAC pelo titular da unidade setorial de correição ou pela autoridade competente para instauração do respectivo processo correccional de responsabilização de agentes públicos, que fixará no mesmo ato o prazo para a manifestação do investigado.

28. Assim, dos três momentos previstos pela norma supracitada, apenas por ocasião de apresentação de proposta pela comissão disciplinar, antes do relatório final, a Administração Pública possui elementos mais amadurecidos, submetidos à ampla defesa constitucional no processo disciplinar, que possibilitam uma análise segura e balizada do tipo e quantidade de penalidade a ser aplicada, uma vez que os fatos do processo foram submetidos a contraditório.

29. Em específico, no caso de apuração no âmbito da Advocacia-Geral da União, a proposta de TAC pela comissão disciplinar deve ser apresentada até a fase de indiciamento, desde que não esteja prescrita a penalidade (artigo 6º, §4º, da Portaria AGU nº 92, de 17 de maio de 2023).

30. Veja-se que os elementos para aplicação da penalidade de advertência ou para a quantificação da suspensão constam dos artigos 128 e 129 da Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a **natureza** e a **gravidade da infração** cometida, os **danos** que dela provierem para o serviço público, as **circunstâncias agravantes ou atenuantes** e os **antecedentes funcionais**.

(...)

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (destacado)

31. Os elementos “natureza” e “gravidade da infração” só podem ser efetivamente avaliados após a adequada instrução processual contraditória. Já os “danos”, sob o ponto de vista material econômico, podem ser identificáveis ou mesmo quantificáveis antes da instauração. Danos relativos à imagem da instituição ou eventual perturbação significativa do funcionamento da repartição só podem ser adequadamente aferidos também com a instrução submetida à ampla defesa. Por oportuno, recorde-se que existência de dano material não veda a celebração do ajuste consensual entre Administração e servidor, desde que seja adimplido ou haja o compromisso do pagamento.

32. Ainda, embora os antecedentes funcionais possam deter presunção de veracidade, as circunstâncias agravantes e atenuantes demandam discussão em âmbito processual para serem processualmente avaliadas quanto ao impacto na quantificação da penalidade. Mesmo porque a instrução possibilita que o acusado, investigado em processo disciplinar,

também destaque elementos constantes dos antecedentes e mesmo se oponha a circunstâncias constantes dos assentamentos.

33. Nota-se, portanto, que elementos centrais para a definição e quantificação da penalidade a ser potencialmente aplicada só podem ser efetivamente valorados a partir da efetiva realização da instrução no processo com garantia de ampla defesa, conforme apontamento constitucional.

34. Não se nega que a Investigação Preliminar Sumária – IPS pode trazer elementos de informação para circunstanciar autoria e materialidade, em âmbito de juízo de admissibilidade disciplinar. Nada obstante, não se afasta a precariedade processual de tais elementos, vez que o procedimento é não contraditório e de acesso restrito, conforme previsto no artigo 40 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022. Assim, embora orientem, não podem ser adotados exclusivamente para decisão acerca da celebração do ajustamento de conduta.

35. Então, quais diretrizes legais devem ser observadas para a apresentação do termo de ajustamento pela autoridade indicada no artigo 66, inciso I, da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022?

36. Inicialmente, a autoridade responsável pela instauração disciplinar deve observar a diretriz geral aplicada ao Estado para a resolução de conflitos, qual seja: sempre que possível a solução deverá ser consensual. Tal diretriz, externada no Código de Processo Civil, consiste em norma geral de solução de controvérsias, dirigida ao Estado Brasileiro, não se limitando apenas ao processo civil. Abaixo a transcrição do §2º, do artigo 3º, do CPC:

Art. 3º. (...)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

37. Embora seja claro o direcionamento do texto da norma acima apresentado, em caráter de reforço, recorde-se que as disposições do CPC aplicam-se de forma supletiva e subsidiária ao processo administrativo (artigo 15 do CPC). Assim, sendo possível a solução consensual de conflitos, o termo de ajustamento de conduta disciplinar deve ser adotado.

38. Afastam-se, assim, da celebração de TAC, as hipóteses nas quais não é possível à discricionariedade administrativa aplicar uma penalidade de advertência ou suspensão. Isso porque a Advocacia-Geral da União firmou compreensão, em pareceres vinculantes (PARECER AGU Nº GQ-167, PARECER AGU Nº GQ-177, PARECER AGU Nº GQ-183), que nas hipóteses de demissão previstas na Lei nº 8.112, de 1990, a autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar penalidade distinta. No mesmo sentido de tais pareceres, o teor do enunciado da Súmula nº 650 do Superior Tribunal de Justiça: "A autoridade administrativa não dispõe de discricionariedade para aplicar ao servidor pena diversa de demissão quando caracterizadas as hipóteses previstas no artigo 132 da Lei 8.112/1990". Dessa forma, na prática, na fase anterior ao processo disciplinar, havendo discussões de enquadramento dos fatos em hipóteses de demissão disciplinar, não há espaço para solução consensual do conflito. Nas demais hipóteses, a autoridade pública promoverá a celebração do ajustamento de conduta.

39. Adicione-se a isso outras limitações fixadas pelo Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal que vedam celebração de ajustamento consensual. Não se aplica solução consensual nas hipóteses em que o servidor possua penalidade vigente em seus assentos funcionais, que tenha firmado TAC nos últimos dois anos e que não ressarça ou assuma o compromisso de ressarcir dano causado à Administração, conforme previsão do artigo 63 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022.

40. Apresenta-se razoável essa diretriz apresentada pela Controladoria-Geral da União no mencionado artigo 63 da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022. Há que se avaliar o histórico funcional do profissional antes da decisão de instalação de processo disciplinar. Não havendo registros vigentes que desabonem a conduta profissional, apresenta-se viável a solução consensual. Mesmo havendo prejuízo ao erário, caso o servidor não possua história laboral envolvendo problemas disciplinares, e pague ou assuma a responsabilidade do pagamento do dano, é viável a celebração do TAC.
41. De ser reiterado que a previsão trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, apontando para a consensualidade como regra na solução de conflitos nos processos estatais, destaca o reforço de aspectos constitucionais como a solução pacífica de conflitos, o incremento do diálogo e da solidariedade, a valorização da democracia, com ênfase para autonomia do cidadão (inclusive o servidor) em dialogar e construir soluções mais efetivas com a Administração Pública.
42. O instrumento do TAC enfoca a conciliação e a solução adequada para eventual desalinhamento da relação jurídica de subordinação disciplinar. Há uma imediata composição e um ônus imposto ao servidor em moldar seu comportamento aos aspectos legais, normativos e culturais da instituição, necessários ao cumprimento das atribuições do cargo ocupado. Há, de fato, uma preocupação maior com a equalização dos problemas de funcionamento da Administração Pública e uma ênfase menor na obrigatoriedade de instauração do processo e na pena disciplinar.
43. Como visto, há clara diretriz legal cogente no país a apontar a solução de conflitos de forma consensual, sempre que possível. Ademais, a construção dos parâmetros para interpretação da possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta deve observar os contornos estabelecidos pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), em especial alterações trazidas pela Lei nº 13.665, de 2018 que tratam da interpretação e tomada de decisão nas esferas administrativas (artigos 20 a 30).
44. As consequências práticas da decisão, na avaliação da construção hermenêutica, devem ser consideradas. O TAC é no sistema disciplinar alternativa à regra da instauração disciplinar (nas hipóteses de possível penalidade de advertência ou suspensão). Na prática, o sistema disciplinar federal não oferta de forma clara as hipóteses de advertência e de suspensão até 30 dias. Dessa forma, a análise de suposto ilícito disciplinar tende a enviesar-se para a regra geral, a instauração de processo disciplinar, sem considerar efetivamente a construção de uma solução pacificadora, na forma do § 2º, do artigo 3º, do CPC.
45. Nessa linha, para que se efetive a regra da solução consensual como instrumento de atuação do Estado, adequado deixar claramente sinalizado no sistema disciplinar, tanto para o analista do processo, a autoridade competente, o servidor público e a sociedade, os parâmetros mais precisos para a tomada de decisão pela consensualidade. Dessa forma, antes da instauração do processo disciplinar, não é eficiente deixar espaço de dúvida na construção hermenêutica.
46. Isso, também, porque há necessidade de incrementar um melhoria regulatória e de transparência de modo que a Administração Pública possa cumprir com seus compromissos de boa governança (Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, artigo 3º, IV). Para o presente caso, dentro do conceito de governança, devem ser observadas diretrizes de simplificação administrativa, estabilização e coerência na aplicação do direito administrativo disciplinar. Em reforço ao apresentado, a própria LINDB impõe como dever ao gestor público a atuação para o aumento da segurança jurídica na aplicação das normas:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

47. A solução apresentada neste Parecer garante razoável previsibilidade e uniformização na tomada de decisões. Entregar ao analista processual e à autoridade competente apenas os elementos colhidos na Investigação Preliminar Sumária para que construam, a partir de valores jurídicos abstratos, a solução de enquadramento ou não na hipótese de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias, considerando que a Lei nº 8.112, de 1990, não contribui para a estabilização, racionalização e razoável uniformização do sistema disciplinar. A regra deve ser a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos de inexistência de circunstâncias que indiquem hipóteses legais de penalidade de demissão.

48. Com isso, para a solução consensual de conflitos disciplinares, no âmbito da Administração Pública Federal, envolvendo servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, a autoridade responsável, em regra, deve celebrar o termo de ajustamento de conduta, antes da instauração do processo administrativo disciplinar ou, durante a tramitação do PAD, por proposta do acusado ou sugestão da comissão disciplinar, caso atendidos os seguintes requisitos cumulativos:

(i) a suposta conduta irregular enquadrar-se nas hipóteses dos artigos 116 ou 117, incisos I a VIII, XVII, XVIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 1990;

(ii) não haver indicação de tratar-se das situações previstas no art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990; e

(iii) estarem presentes as condições específicas indicadas no respectivo ato normativo aplicável, destacando-se, nesse aspecto, atualmente, a Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, a qual preconiza, em seu art. 63, que o TAC somente será celebrado quando o investigado: (iii.a) não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais; (iii.b) não tenha firmado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados a partir da publicação do instrumento; e (iii.c) tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.

49. Cumpre expor que, em linhas gerais, aplicam-se as mesmas conclusões para o âmbito da **Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados**. Em relação ao requisito insculpido no item "iii" do parágrafo acima, convém esclarecer que devem estar presentes as condições específicas previstas nos artigos 4º, incisos III e IV e 12, § 5º, inciso I, da Portaria AGU nº 92, de 17 de maio de 2023, quais sejam: (a) não haver penalidade administrativa aplicada ao interessado nos últimos dois anos; (b) não haver sido celebrado TAC por fatos semelhantes nos últimos dois anos; e (c) inexistir descumprimento de TAC nos últimos três anos.

50. No mais, vale externar que, caso a proposta de termo de ajustamento de conduta seja sugerida pela comissão disciplinar, antes da apresentação do relatório (artigo 66, inciso II, da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022), a autoridade instauradora deve avaliar todos os elementos probatórios produzidos e verificar se a provável conclusão do processo disciplinar será o arquivamento, a aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão, hipóteses em que, em regra, deverá acatar a sugestão da comissão disciplinar de celebração de ajustamento de conduta, frisando-se que não será hipótese de TAC se tiver ocorrido a prescrição disciplinar.

51. Por outro lado, em qualquer caso, mesmo se atendidos todos os requisitos para a celebração do termo de ajustamento de conduta, **ressalva-se, de forma excepcional, a possibilidade de instauração ou continuidade da apuração disciplinar, a partir da decisão da autoridade competente, fundamentada em elementos concretos presentes nos autos,**

que aponte a utilidade do processo administrativo disciplinar ou a inadequação da medida de solução consensual, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010), o qual prevê, em seu *caput*, que *"nas esferas administrativa [...] não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão"*, bem como, em seu parágrafo único, que *"a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta [...] inclusive em face das possíveis alternativas"*.

III - CONCLUSÃO:

52. Ante o exposto, concluiu-se que:

a) para a solução consensual de conflitos disciplinares, no âmbito da Administração Pública Federal, envolvendo servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, em regra, a autoridade responsável deve celebrar o termo de ajustamento de conduta, de ofício ou a requerimento do acusado, antes da instauração do processo administrativo disciplinar ou, após iniciado do PAD, mediante proposta do acusado ou sugestão da comissão disciplinar, caso presente o pressuposto de menor potencial ofensivo da irregularidade, ou seja: a.1) a suposta conduta irregular enquadrar-se nas hipóteses dos artigos 116 ou 117, incisos I a VIII, XVII, XVIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 1990; e a.2) não haver indicação de tratar-se das situações previstas no art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990. Também, devem estar presentes condições específicas indicadas em ato normativo aplicável, destacando-se, atualmente a Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, a qual preconiza, em seu art. 63, que o TAC somente será celebrado quando o investigado, cumulativamente: a.3) não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais; a.4) não tenha firmado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados a partir da publicação do instrumento; e a.5) tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública; e

b) excepcionalmente, mesmo se atendidos todos os requisitos para a celebração do termo de ajustamento de conduta, ressalva-se a possibilidade de instauração ou continuidade da apuração disciplinar, a partir de decisão da autoridade competente, fundamentada em elementos concretos presentes nos autos, que aponte a utilidade do processo administrativo disciplinar ou a inadequação da medida de solução consensual, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

53. Considerando a importância da uniformização do tema e do reforço da diretriz legal para adoção de soluções consensuadas no âmbito da Administração Pública Federal, propõe-se remessa ao Advogado-Geral da União e, em seguida, ao Presidente da República Federativa do Brasil com o propósito de adoção vinculante do presente entendimento, nos termos do artigo 40, §1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

IV - PROPOSTA DE ENUNCIADO:

54. Por fim, adequado a adoção de enunciado a seguir de modo a facilitar a aplicação das conclusões existentes no presente parecer, nos seguintes termos:

ENUNCIADO Nº XX/CNPAD/CGU/AGU:

I - Para a solução consensual de conflitos disciplinares, no âmbito da Administração Pública Federal, envolvendo servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, a autoridade responsável, em regra, deve celebrar o termo de ajustamento de conduta, antes da instauração do processo administrativo disciplinar, de ofício ou por requerimento do acusado, ou após a instauração do PAD, mediante proposta do acusado ou sugestão da comissão disciplinar, caso presente o pressuposto de menor potencial ofensivo da irregularidade, ou seja: i) a

suposta conduta irregular enquadrar-se nas hipóteses dos artigos 116 ou 117, incisos I a VIII, XVII, XVIII e XIX, da Lei nº 8.112, de 1990; e ii) não haver indicação de tratar-se das situações previstas no art. 132, da Lei nº 8.112, de 1990. Também, devem estar presentes condições específicas indicadas em ato normativo aplicável, destacando-se, atualmente, a Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, a qual preconiza, em seu art. 63, que o TAC somente será celebrado quando o investigado, cumulativamente: iii) não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais; iv) não tenha firmado TAC nos últimos 2 (dois) anos, contados a partir da publicação do instrumento; e v) tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública; e

II - Excepcionalmente, mesmo se atendidos todos os requisitos para a celebração do termo de ajustamento de conduta, ressalva-se a possibilidade de instauração ou continuidade da apuração disciplinar, a partir de decisão da autoridade competente, fundamentada em elementos concretos presentes nos autos, que aponte a utilidade do processo administrativo disciplinar ou a inadequação da medida de solução consensual, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

À consideração superior.

Brasília, 16 de julho de 2024.

KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI
Advogado da União
Relator

De acordo com o Relator:

ABRAÃO SOARES DIAS DOS SANTOS GRACCO
Advogado da União

ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES
Advogada da União

BRUNO MEDEIROS BASTOS
Procurador Federal

DEBORA VASTI DA SILVA DO BONFIM DENYS
Procuradora Federal

GUILHERME RASO MARQUES
Procurador da Fazenda Nacional

JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO
Advogado da União

JULIANA DE MELO SANT'ANA
Procuradora Federal

LUZIA FONSECA AZEVEDO

Procuradora da Fazenda Nacional

MILA KOTHE

Procuradora da Fazenda Nacional

NEIDE MARCOS DA SILVA

Advogada da União

RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO

Advogado da União

RENATO DO REGO VALENÇA

Advogado da União

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA

Procurador Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

¹ Parte da Portaria Normativa CGU nº 27, de 2022, foi alterada pela Portaria Normativa CGU nº 54, de 14 de fevereiro de 2023. Todavia, não houve alteração em relação ao tema “termo de ajustamento de conduta”.

Documento assinado eletronicamente por LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUZIA FONSECA AZEVEDO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 22-07-2024 12:53. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por MILA KOTHE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MILA KOTHE, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 18-07-2024 16:52. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-07-2024 23:43. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL MONTEIRO DE CASTRO NASCIMENTO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-07-2024 16:14. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-07-2024 14:26. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANA LUIZA DE CARVALHO MONTENEGRO MAGALHÃES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-07-2024 00:39. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT' ANA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-07-2024 00:27. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): BRUNO MEDEIROS BASTOS, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-07-2024 23:20. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENÇA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 17-07-2024 07:47. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JAILOR CAPELOSSI CARNEIRO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br).

Data e Hora: 16-07-2024 20:29. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-07-2024 18:02. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): GUILHERME RASO MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-07-2024 16:57. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por ABRAAO SOARES DIAS DOS SANTOS GRACCO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ABRAAO SOARES DIAS DOS SANTOS GRACCO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-07-2024 17:31. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1508748565 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 16-07-2024 16:44. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.

25 - VACÂNCIA DO CARGO

Assuntos abordados neste Parecer: Mesmo respondendo processo disciplinar e ainda que não transcorrido o prazo de 140 dias desde a instauração, servidor não tem vedado o direito à vacância do cargo que ocupa para ocupar outro cargo inacumulável. No curso da vacância, vínculo com o cargo original e possibilidade de recondução não se extinguem enquanto servidor não superar estágio probatório do novo cargo, não podendo ser exonerado de ofício do primeiro provimento.

PARECER Nº 3/2021/CNPAD/CGU/AGU

NUP: 00688.000720/2019-10

INTERESSADOS: DECOR

ASSUNTO: ASSUNTOS DISCIPLINARES

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR EFETIVO QUE TOMA POSSE EM OUTRO CARGO PÚBLICO INACUMULÁVEL E REPONDE A PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À VACÂNCIA PREVISTA NO ART. 33, INCISO VIII, DA LEI 8.112/90. DESCABIMENTO DA RESTRIÇÃO PREVISTA NO ART. 172 DA LEI 8.112/90.

1. A vacância para ocupar cargo público prevista no inciso VIII do art. 33 da Lei 8.112/90 é direito líquido e certo do servidor aprovado em concurso público e que opte por requerer a vacância para tomar posse no novo cargo.
2. A Administração Pública não pode se valer do comando do art. 172 da Lei 8.112/90 para obstar a vacância de servidor que responde a PAD para posse em cargo público inacumulável, porque, além de tal proibição não estar expressa no art. 172, não ser razoável e esbarrar nos princípios da proibição do excesso e presunção de inocência, afronta a jurisprudência dos tribunais.

Sr. Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR),

1. INTRODUÇÃO

1. Em atenção ao que foi discutido na 17ª Reunião Ordinária da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares e registro nos itens 10 e 11 da **ATA Nº 04/2021/CNPAD/CGU/AGU** (Seq. 472), serve o presente parecer para assentar questão jurídica já pacificada, mas que ainda não foi aprovada, por constar do PARECER Nº 02/2020/CNPAD/CGU/AGU (Seq. 323) - pendente de aprovação pelo DECOR, por conta de divergências em relação à solução jurídica a ser dada nos casos de condenação em cargo público anterior, por hipóteses previstas no artigo 137 da Lei 8.112, de 11 dezembro de 1990.
2. Assim, o objetivo do presente parecer é buscar a pacificação de outro tema constante daquele parecer, mas em relação ao qual não há divergência. Trata-se do tema relativo à possibilidade de se atender a pedidos de vacância mesmo quando o servidor interessado esteja respondendo a processo administrativo disciplinar - PAD.
3. Trata-se, portanto, de manifestação da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CNPAD, prevista na Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019, na qual será analisada a possibilidade de pedido de vacância para assumir outro cargo público, com base no art. 33, inciso VIII da Lei 8.112/90, por servidor que responde a PAD; surge, então, dúvida acerca da possibilidade de se pedir vacância, considerando os termos

do art. 172 da Lei 8.112/90, que impediria a exoneração a pedido e a aposentadoria no curso do processo disciplinar, levando a um possível entendimento de que também estaria impedida a vacância.

4. No âmbito da presente análise, que se pretende restrita a este único ponto (a problemática da possibilidade de aplicação ou não de pena no novo cargo deixamos para o já pronto PARECER Nº 02/2020/CNPAD/CGU/AGU - Seq. 323), busca-se verificar a hipótese em que o servidor, após a prática do ato irregular e antes da conclusão do processo disciplinar, pede vacância para assumir novo cargo efetivo.

5. Nessa linha de raciocínio, pretende-se avaliar a seguinte questão:

- O servidor ocupante de cargo efetivo que responde a PAD pode requerer e ver deferido um pedido de vacância para tomar posse em outro cargo inacumulável, com base no art. 33, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990?

2. DO DIREITO À VACÂNCIA PARA TOMAR POSSE EM OUTRO CARGO PÚBLICO

6. Inicialmente, convém salientar o que diz o art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990:

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

7. Antes de mais nada, importa lembrar que não obstante a redação do art. 172, consolidou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial ^[1] de que o referido impedimento restringe-se ao prazo de 140 dias, equivalente ao prazo legal de 60 dias previsto para apuração, prorrogáveis por mais 60 dias, acrescidos de 20 dias para julgamento, conforme artigos 150 e 167 da Lei nº 8.112, de 1990.

8. Ou seja, além de a vacância não estar expressamente proibida na lei, mesmo a exoneração a pedido e a aposentadoria voluntária só podem ser impedidas ao servidor que responde a PAD dentro de 140 dias. Após este prazo, também elas deverão ser concedidas, ressalvada a hipótese inequívoca de ter sido o acusado o único responsável pela demora na realização da fase de instrução processual.

9. O instituto da vacância, por sua vez, está previsto no art. 33 da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

I - exoneração; (...)

VIII - posse em outro cargo inacumulável;

10. A vacância, segundo Carvalho Filho, “*é o fato administrativo-funcional que indica que determinado cargo público não está provido, ou, em outras palavras, está sem titular*” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 32 ed., São Paulo, Atlas, 218, p. 683).

11. Para Aloísio Zimmer Júnior, “*a posse em outro cargo inacumulável é forma de vacância aplicada, por exemplo, nas ocasiões em que o servidor público estável, aprovado em novo concurso público, igualmente sob as regras da Lei nº 8.112/90, desejar preservar a possibilidade da recondução. [...] A exoneração rompe, em definitivo, o vínculo anterior, porém a declaração de posse em outro cargo inacumulável viabiliza a sua posterior recondução. [...]*” (Zimmer Júnior, Aloísio. Curso de Direito Administrativo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 281).

12. O ato de vacância decorrente de posse em outro cargo inacumulável (art. 33, VIII, da Lei 8.112/90), assim, é instituto diverso da exoneração a pedido (art. 33, I, da Lei 8.112/90), sendo previstos inclusive em dispositivos distintos.

13. Observa-se que a norma legal do art. 172 da Lei 8.112/90 impede, a princípio, a exoneração a pedido e a aposentadoria, enquanto não concluído o PAD instaurado para apuração da conduta do servidor, a fim de garantir a aplicação da penalidade, uma vez que ocorre o encerramento definitivo do vínculo com a Administração Pública naquele cargo e não autoriza o retorno do servidor ao mesmo cargo.

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

Parágrafo único. Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso.

14. Observe-se que mesmo a exoneração, se concedida, o que a lei permite no parágrafo único do seu art. 172, o PAD não fica inviabilizado, podendo, inclusive, ao final, a exoneração ser convertida em demissão.

15. Contudo, não há na Lei previsão de impedimento à vacância para posse em outro cargo público quando o servidor responde a processo administrativo disciplinar. De fato, **a partir da interpretação literal da norma, verifica-se que o texto legal não abrange a hipótese de vacância para posse em cargo inacumulável.**

16. Outrossim, por não haver previsão legal expressa, também a Administração não poderá, ressalte-se, pretender aguardar os 140 dias do prazo de conclusão do PAD para somente então autorizar a vacância. Mesmo porque, o pedido de vacância, quando ocorre para posse em outro cargo público, não pode aguardar prazo arbitrário algum, sob pena de causar prejuízo praticamente irremediável ao interessado, já que, sendo ele presumidamente inocente, não pode se ver privado da chance de tomar posse em outro cargo, cujo prazo de posse é determinado, e a não posse implicaria na perda da vaga.

17. Na vacância, prevista no tratado inciso VIII, o servidor não perde o vínculo em definitivo com o cargo anterior, não se tratando de exoneração como na hipótese do inciso I, uma vez que é prevista a possibilidade de retorno ao cargo anterior do servidor que não logra aprovação no estágio probatório do novo cargo. Confira-se a previsão abaixo constante da Lei nº 8.112/90:

Art. 29. Recondução é o retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorrerá de:

I - inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo;

18. Como sabemos, a recondução pressupõe que o servidor tenha solicitado a vacância para posse em outro cargo inacumulável, visto que não desfaz o vínculo do servidor com a Administração Pública Federal, permitindo inclusive o retorno ao cargo anterior no prazo de três anos, conforme entendimento jurisprudencial, mesmo quando ele tomou posse em cargo público de outro Ente da Federação.

19. Ademais, diante do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a Administração Pública não deve impedir a vacância de servidor que responde a um processo disciplinar, pois implicaria a perda do direito de posse no cargo novo, o qual tem prazo legal para ser assumido, gerando ao servidor um prejuízo desproporcional, excessivo e de difícil reparação.

20. A propósito, tal vedação, por analogia, ainda esbarraria no princípio da Proibição do Excesso, que não permite a restrição a direitos feita de forma exagerada, causando prejuízos

desnecessários e excessivos ao acusado; em desrespeito à razoabilidade, e mormente se feito sem embasamento em lei específica:

A proibição de excesso aparece com uma igualdade substancial, vedando discriminações legais gratuitas, assim entendidas aquelas desnecessárias para que a norma atinja sua finalidade. Trata-se de um controle de sintonia entre direitos coletivos e individuais, para que a promoção de um não seja a negação do outro. (DE MEDEIROS, Marcelo Farina, in <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c8cb735a1ce65da>, acesso em 20/10/2021)

21. De igual modo, aplica-se o **princípio da presunção de inocência** nas hipóteses em que o servidor está respondendo a um processo disciplinar, não sendo possível impedir a vacância por este motivo, sob pena de sua violação.

22. Assim, diante também da ausência de previsão legal, entende-se que não pode haver restrição ao direito à posse em novo cargo pelo fato do servidor responder a PAD, visto que é instituto diverso da exoneração.

23. Neste diapasão, a Administração não poderá negar o pedido de vacância sob esse argumento, ainda que o novo cargo não seja na Administração Pública Federal.

24. Acerca do tema ventilado, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança nº 12.576, em 26 de fevereiro de 2014, em acórdão relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, reiterou que a vacância para ocupar outro cargo público não extingue o vínculo do servidor com o cargo original até que ele passe no estágio probatório do novo cargo, *e que a vacância é um direito líquido e certo do servidor que é aprovado em outro cargo, in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL ESTÁVEL. ESTÁGIO PROBATÓRIO EM OUTRO CARGO PÚBLICO DE REGIME JURÍDICO DISTINTO. RECONDUÇÃO AO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO. POSSIBILIDADE.

1. Da leitura dos dispositivos relacionados à vacância (art. 33) e à recondução (art. 29) de servidor público na Lei n. 8.112/1990, verifica-se que a redação da norma não faz referência ao regime jurídico do novo cargo em que empossado o agente público.

2. O servidor público federal somente faz jus a todos os benefícios e prerrogativas do cargo após adquirir a estabilidade, cujo prazo - após a alteração promovida pela EC n. 19/2008, passou a ser de 3 anos - repercute no do estágio probatório.

3. O vínculo jurídico com o serviço público originário somente se encerra com a aquisição da estabilidade no novo regime jurídico.

4. A Administração tem a obrigação de agir com dever de cuidado perante o administrado, não lhe sendo lícito infligir a ele nenhuma obrigação ou dever que não esteja previsto em lei e que não tenha a finalidade ou motivação de atender ao interesse público, corolário da ponderação dos princípios constitucionais da supremacia do interesse público, da legalidade, da finalidade, da moralidade, da boa-fé objetiva e da razoabilidade.

5. Não se deve impor ao servidor público federal abrir mão do cargo no qual se encontra estável, quando empossado em outro cargo público inacumulável de outro regime jurídico, antes de alcançada a nova estabilidade, por se tratar de situação temerária, diante da possibilidade de não ser o agente público aprovado no estágio probatório referente ao novo cargo.

6. Para evitar essa situação - que em nada atende ao interesse público, mas que representa um prejuízo incomensurável ao cidadão que, ao optar por

tomar posse em cargo de outro regime jurídico, não logra aprovação no estágio probatório ou desiste antes do encerramento do período de provas, ficando sem quaisquer dos cargos -, **deve prevalecer a orientação de que o vínculo permanece até a nova estabilidade, permitindo a aplicação dos institutos da vacância e da recondução.**

7. A doutrina de José dos Santos Carvalho Filho é no sentido de admitir a possibilidade de o servidor público federal estável, após se submeter a estágio probatório em cargo de outro regime, requerer sua recondução ao cargo federal, antes do encerramento do período de Documento: 32983684 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 03/04/2014 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça provas, ou seja, antes de adquirida a estabilidade no novo regime.

8. O servidor público federal, diante de uma interpretação sistemática da Lei n. 8.112/1990, mormente em face do texto constitucional, tem direito líquido e certo à vacância quando tomar posse em cargo público, independentemente do regime jurídico do novo cargo, não podendo, em razão disso, ser exonerado antes da estabilidade no novo cargo.

9. Uma vez reconhecido o direito à vacância (em face da posse em novo cargo não acumulável), deve ser garantido ao agente público, se vier a ser inabilitado no estágio probatório ou se dele desistir, a recondução ao cargo originariamente investido.

10. O direito de o servidor, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado para cargo outro, retornar ao cargo anterior ocorre enquanto estiver sendo submetido ao estágio probatório no novo cargo: Lei 8.112/90, art. 20, § 2º. **É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior (MS n. 24.543/DF, Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 12/9/2003).**

11. No âmbito interno da Advocacia-Geral da União, controvérsia análoga foi resolvida administrativamente, com deferimento da pretensão de recondução.

12. O Consultor-Geral da União proferiu despacho no sentido do deferimento da recondução, por entender ser despicienda a análise do regime jurídico do novo cargo em que o agente público federal está se submetendo a estágio probatório, remetendo a questão ao Advogado-Geral da União para, após aprovação, encaminhar ao Presidente da República para alterar a orientação normativa, de modo a vincular toda a Administração Pública Federal.

13. A ação judicial proposta pela Procuradora Federal requerente no processo administrativo objeto do despacho acima referido foi julgada parcialmente procedente, e a apelação interposta pela Advocacia-Geral da União para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região não foi apreciada, tendo em conta o pedido de desistência feito pela União (recorrente).

14. Diante da nova interpretação a respeito dos institutos da vacância (pela posse em cargo público inacumulável) e da recondução, previstas na Lei n. 8.112/1990, considerando-se, inclusive, que há orientação normativa no âmbito da Advocacia-Geral da União admitindo o direito à recondução de agente público federal que tenha desistido de estágio probatório de cargo estadual inacumulável, aprovada pela Presidência da República, é nítido o direito líquido e certo do ora impetrante.

15. Segurança concedida.

25. Desse modo, conclui-se que o servidor tem direito líquido e certo à vacância para tomar posse em outro cargo público, ainda que responda a processo administrativo disciplinar e que este tenha menos de cento e quarenta dias de duração

3. CONCLUSÃO

26. Diante do exposto, podemos concluir que:

1. A vacância para ocupar outro cargo público, prevista no inciso VIII do art. 33 da Lei 8.112/90, é direito líquido e certo do servidor aprovado em novo concurso público e que opte por solicitar a vacância para tomar posse no novo cargo;

2. A Administração Pública não pode se valer do comando do art. 172 da Lei 8.112/90 para obstar a vacância de servidor que responde a PAD, para posse em outro cargo público inacumulável, porque, além de tal proibição não estar expressa no art. 172, não se mostra razoável e esbarra nos princípios da proibição do excesso e presunção de inocência, afrontando a jurisprudência dos tribunais.

Brasília, 20 de outubro de 2021.

VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR-GERAL DE MATÉRIA DE CONTROLE E SANÇÃO
CONJUR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688000720201910 e da chave de acesso 743535a6

Notas

1. - O Enunciado nº 17 do Manual de Boas Práticas em Matéria Disciplinar, da Advocacia-Geral da União, dispõe: “Ultrapassado o prazo legal de 140 (cento e quarenta dias) para a apuração e conclusão do processo administrativo disciplinar, a Administração Pública não poderá obstar, apenas com fundamento no art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, a concessão de aposentadoria voluntária requerida pelo servidor acusado no curso do processo, salvo a demonstração inequívoca de ter sido ele o único responsável pela demora na realização da fase de instrução processual, impedindo, por consequência, o julgamento pela autoridade competente em prazo razoável.”

Documento assinado eletronicamente por JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JULIANA SILVA BARROS DE MELO SANT ANA. Data e Hora: 21-12-2021 01:50. Número de Série: 34633459943744070465691585760. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RENATO DO REGO VALENCA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO DO REGO VALENCA. Data e Hora: 16-12-2021 09:46. Número de Série: 40734111447318120960157829454. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por RUI MAGALHAES PISCITELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RUI MAGALHAES PISCITELLI. Data e Hora: 15-12-2021 18:47. Número de Série: 7256745761337164983. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por NEIDE MARCOS DA SILVA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): NEIDE MARCOS DA SILVA. Data e Hora: 20-12-2021 17:21. Número de Série: 49574539627647732405335880489. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA. Data e Hora: 15-12- 2021 17:41. Número de Série: 70940656698289640840343705708. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por PRISCILLA ROLIM DE ALMEIDA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PRISCILLA ROLIM DE ALMEIDA. Data e Hora: 17-12-2021 14:46. Número de Série: 50664036668109330647376418496. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): DEBORA VASTI DA SILVA DO BOMFIM DENYS. Data e Hora: 17-12-2021 14:11. Número de Série: 17378879. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 733928645 e chave de acesso 743535a6 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): KLEBER ALEXANDRE BALSANELLI. Data e Hora: 02-02- 2022 17:11. Número de Série: 17385612. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

OUTRAS MANIFESTAÇÕES ADMINISTRATIVAS

26 - ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DA AGU

O Advogado-Geral da União possui competência para editar orientações normativas de caráter obrigatório no âmbito exclusivo da Advocacia-Geral da União, não obstante poderem valer como forte fonte referencial em todo o Poder Executivo federal.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 86, DE 5 DE JULHO DE 2024

(Publicada no DOU de 08/07/24, Seção 1, pg. 2)

O ADOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 e considerando o que consta do Processo nº 00688.000575/2024-26, resolve expedir, nesta data, a presente orientação normativa de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Enunciado: Qualquer caso de demissão do serviço público, em decorrência de processo administrativo disciplinar, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 8 (oito) anos, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, cumulado com o art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

Referência: art. 1º, inciso I, alínea "o", da Lei Complementar nº 64, de 1990, e art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112, de 1990.

Fonte: Parecer n. 00001/2023/CNPAD/CGU/AGU

JORGE RODRIGO ARAÚJO MESSIAS

27 - FORMULAÇÕES DO DASP

O Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) foi responsável, desde sua criação em 1938 até sua extinção em 1986, pelo assessoramento imediato da Presidência da República para assuntos relativos a pessoal e serviços gerais dos órgãos civis da Administração Pública federal.

Com a regulamentação, em 1970, dos arts. 30 e 31 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o Dasp, formal e efetivamente, passou a figurar como órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipec). Em 1986, esta competência foi repassada para a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (PR/Sedap/SRH) e, ao longo do tempo, consecutivamente, para a Secretaria de Recursos Humanos da Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República (PR/Seplan/SRH), Departamento de Recursos Humanos da Secretaria de Administração Federal da Presidência da República (PR/SAF/DRH), Secretaria de Recursos Humanos do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare/SRH), Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG/SRH), Secretaria de Gestão de Pessoas e Relações de Trabalho no Serviço Público do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG/SEGRT) e, depois da criação do Ministério da Economia (ME), a partir de 01/01/19, reside na Diretoria de Gestão de Pessoas da Secretaria de Gestão Corporativa da Secretarota-Executiva ME/SE/SGC/DGP). O Sipec compõe-se, além do órgão central, de unidades setoriais (as Coordenações-Gerais de Gestão de Pessoas - CGGP dos Ministérios), e de unidades seccionais (os Departamentos de Recursos Humanos - DRH das autarquias e fundações públicas).

Sobretudo no período entre 1952 a 1973, no desempenho de suas competências, o Dasp era frequentemente provocado a se manifestar, por meio de pareceres de suas divisões ou coordenações internas (citam-se Coordenação de Legislação de Pessoal - Colepe, e Comissão de Acumulação de Cargos - CAC, as quais, por vezes solicitavam ainda manifestação da Consultoria Jurídica - CJ), em processos administrativos concretos, versando sobre as mais diversas matérias atinentes ao regime jurídico da época, ou seja, sob a antiga Constituição Federal (CF, de 24 de janeiro de 1967) e a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União - EF). Naquela época, principalmente se o Dasp não lograva pacificar o entendimento acerca de determinada matéria ou se por qualquer motivo (inclusive recursal) se fazia necessária uma manifestação superior em um processo específico, também era provocada a se manifestar a extinta Consultoria-Geral da República (CGR, órgão de assessoramento jurídico no Poder Executivo federal à época e, de certa forma, precursor da atual Advocacia-Geral da União - AGU), igualmente por meio de pareceres.

Como os órgãos subordinados integrantes do Sipec frequentemente consultavam o Dasp acerca da possibilidade de estenderem, para outros casos concretos, aquelas manifestações que haviam sido emitidas para situações específicas e individuais, no corpo de um determinado processo, o órgão central decidiu, em 1971, elaborar enunciados impessoais, autônomos e numerados, a valer como interpretação oficial e fonte de uniformização e orientação administrativa sobre os mais variados temas acerca da relação estatutária entre servidor e Administração.

Esses enunciados, chamados formulações Dasp, foram elaborados pela Colepe, e oficialmente publicados entre 1971 e 1973, e se faziam acompanhar da base legal e dos entendimentos que o Dasp (por meio da própria Colepe, CAC e/ou CJ) e/ou a CGR já haviam

emitido ao terem analisado processos concretos. Ou seja, as formulações eram sínteses impessoais, de uso geral, de manifestações pretéritas do órgão central em processos administrativos específicos. Tais verbetes, por força do inciso III do art. 116 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e conforme estabelece a Formulação Dasp nº 300, passaram a constituir orientação normativa do órgão central obrigatória para os órgãos de pessoal da Administração Pública federal integrantes do Sipec.

E como muitos dispositivos da revogada Lei nº 1.711, de 1952, foram praticamente reproduzidos na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, apenas com o número do artigo diferente, muitas daquelas formulações não afrontam o atual ordenamento e permanecem como orientação normativa obrigatória na Administração Pública federal. Destaque-se que a consideração de que determinada formulação Dasp pode ainda ser tomada como em pleno vigor advém de interpretação do aplicador, sobretudo cotejando os enunciados com o atual ordenamento constitucional e legal, pois não existe uma manifestação oficial, determinística e vinculante da Administração neste sentido.

No sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União (CGU) encontra-se uma lista com algumas poucas formulações Dasp (seguidas inclusive dos pareceres que as embasaram) que, ao que se presume, o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor) entende como recepcionadas no atual ordenamento e, portanto, ainda aplicáveis, no link <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/1799>, acessado em 29/07/20. Mas como esta lista é tão reduzida e não contempla algumas formulações inequivocamente recepcionáveis, se tem certo que a lista disponibilizada pela CGU não tem intenção de exaurir o tema.

Se existentes na publicação oficial, as fontes de referência (ou seja, os Pareceres do Dasp - Colepe, CAC e CJ - ou da CGR que antecederam a Formulação e que nela se vêem sintetizados) aqui são citadas. Para facilitar, quando a Formulação Dasp cita algum artigo de lei (sobretudo do antigo Estatuto), o dispositivo segue reproduzido. Por fim, quando existentes, foram feitas remissões a outros enunciados correlatos do Dasp.

Nº 1. Exoneração a pedido

Não contraria o disposto no art. 231 do Estatuto dos Funcionários a exoneração que não exclua o indiciado do Serviço Público Federal quer porque acumulasse cargos, quer porque a exoneração resulte da posse noutro cargo da mesma esfera. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 16/08/71)

CJ, processo nº 7.839/60 (DOU de 03/09/60)

(Ver também Formulação Dasp nº 3)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 231. O funcionário só poderá ser exonerado a pedido após a conclusão do processo administrativo a que responder, desde que reconhecida sua inocência.

Nº 2. Manifestação de despreço

Não constitui manifestação de despreço reforçar comunicação de fatos verdadeiros com assinatura de companheiros de serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 16/08/71)

Colepe, processo nº 2.756/71

Nº 3. Exoneração ex officio

Será exonerado *ex officio* o funcionário que, em face do abandono do cargo, extinta a punibilidade, pela prescrição, não manifesta expressamente vontade de exonerar-se. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 16/08/71)

CJ, processo nº 7.067/58 (DOU de 22/11/58)

CGR, Parecer nº H-575/67 (DOU de 13/10/67)

(Ver também Formulação Dasp nº 1)

Nº 9. Perda da função pública

Ocorrendo a perda de função pública, em razão de sentença condenatória transitada em julgado, cabe à autoridade competente para demitir, declarar desinvestidura do funcionário. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 16/08/71)

Colepe, processo nº 2.899/70

(Ver também Formulação Dasp nº 280)

Nº 17. Concussão

O fiscal que exige vantagem indevida para relevar infração comete o crime de concussão, devendo ser demitido na forma dos arts. 195, IV, e 207, X, do Estatuto dos Funcionários. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 23/08/71)

Colepe, processo nº 2.071/71

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 195. Ao funcionário é proibido:

IV - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função;

Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

X - transgressão de qualquer dos itens IV a XI do art. 195.

Nº 18. Proveito pessoal

A infração prevista no art. 195, IV, do Estatuto dos Funcionários, é de natureza formal e, conseqüentemente, se configura ainda na hipótese de o proveito pessoal ilícito não ter sido conseguido. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 23/08/71)

Colepe, processo nº 2.071/71

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 195. Ao funcionário é proibido:

IV - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função;

Nº 19. Proveito pessoal

Sempre que o valer-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da dignidade da função importe em lesão aos cofres públicos, deve a demissão fundar-se, apenas, nos arts. 207, VIII, e 209 do Estatuto dos Funcionários. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 23/08/71)

Colepe, processo nº 2.405/71

(Ver também Formulação Dasp nº 61)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

VIII - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

Art. 209. Atenta a gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a nota "a bem do serviço público", a qual constará sempre dos atos de demissão fundada nos itens I, VI, VII, VIII e IX do art. 207.

Nº 22. Certidão

Conceder-se-á certidão, salvo de ato público, sigiloso ou que não tenha conexão com legítimo interesse do requerente. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

Colepe, processo nº 803/70 (DOU de 06/05/70)

Nº 25. Aposentadoria

A prescrição da ação concernente ao uso da certidão falsificada não impede que a Administração declare a nulidade de aposentadoria para cuja concessão contribuiu tempo de serviço não prestado. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

Colepe, processo nº 7.002/70

Nº 26. Abandono de cargo

Incorre em abandono de cargo o funcionário que foge para frustrar a execução de prisão ordenada por autoridade judicial. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

CGR, Parecer nº H-571/67 (DOU de 06/10/67)

Nº 27. Exoneração

O ato de exoneração é ineficaz quando publicado posteriormente à retratação do pedido que lhe deu causa. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

CGR, Parecer nº Z-520/59 (DOU de 15/05/59)

Nº 28. Demissão

O funcionário que dissipa bens públicos, não representados por dinheiro, comete dilapidação do patrimônio nacional. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

Colepe, processo nº 2.254/70

(Ver também Parecer Dasp sobre dissipação de bens públicos)

Nº 29. Retificação de penalidade

A retificação de uma penalidade, para substituí-la por outra mais adequada, não importa em duplicidade de punição, desde que a segunda invalida a primeira. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

Colepe, processo nº 7.001/70 (DOU de 25/01/71)

CGR, Parecer nº H-543/67 (DOU de 22/08/67)

(Ver também Parecer Dasp sobre servidor suspenso - demissão pelo mesmo fato adequada)

Nº 30. Absolvição judicial

A absolvição judicial só repercute na esfera administrativa se negar a existência do fato ou afastar do acusado a respectiva autoria. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 30/08/71)

Colepe, processo nº 1.778/68 (DOU de 05/07/68)

(Ver também Formulação Dasp nº 278)

Nº 31. Prescrição

A instauração do inquérito administrativo interrompe o curso da prescrição. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/09/71)

CJ, processo nº 7.342/64 (DOU de 29/12/64)

(Ver também Formulações Dasp nº 76 e 279)

Nº 39. Suspensão preventiva

A suspensão preventiva pode ser ordenada em qualquer fase do inquérito administrativo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/09/71)

CJ, processo nº 2.124/52 (DOU de 26/03/53)

(Ver também Formulação Dasp nº 52)

Nº 40. Inquérito administrativo

O julgamento do inquérito administrativo fora do prazo não implica em nulidade. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/09/71)

CGR, Parecer nº H-167/65 (DOU de 29/04/65)

Nº 41. Prazo de inquérito

O prazo do inquérito, no silêncio da Portaria designadora da Comissão, vai da data de publicação desse ato à de apresentação do relatório. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 13/09/71)

Colepe e CJ, processo nº 7.573/55 (DOU de 09/07/56)

Nº 42. Revisão de inquérito

O pedido de revisão de processo administrativo-disciplinar que teve curso em autarquia será endereçado ao dirigente da entidade, a quem cabe admiti-lo e julgá-lo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 13/09/71)

Colepe, processo nº 2.965/68

Nº 43. Revisão de inquérito

Na Administração Direta, compete ao Ministro de Estado ou ao dirigente de órgão diretamente subordinado ao Presidente da República receber pedido de revisão de processo administrativo-disciplinar e, afinal, julgá-lo, salvo nas hipóteses do art. 237, § 1º do Estatuto dos Funcionários. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 13/09/71)

(Nota: O Presidente da República, por meio do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União competência para aplicar penas de demissão e de cassação de aposentadoria.)

Colepe, processo nº 1.778/68 (DOU de 05/07/68)

(Ver também Formulação Dasp nº 185)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 237. Concluído o encargo da comissão, em prazo não excedente de 60 dias, será, o processo, com o respectivo relatório, encaminhado ao Ministro, que o julgará.

§ 1º Caberá, entretanto, ao Presidente da República o julgamento, quando do processo revisto houver resultado pena de demissão ou cassação de aposentadoria e disponibilidade.

Nº 47. Direito de defesa

Com base em processo administrativo-disciplinar, não se pode punir por infração, embora leve, de que o acusado não se tenha defendido. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 13/09/71)

Colepe, processo nº 2.945/69

Nº 51. Abandono de cargo

Se a ausência do serviço resulta de coação irresistível, não ocorre abandono de cargo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

Colepe, processo nº 2.857/68

(Ver também Formulações Dasp nº 79, 81, 271 e 349)

Nº 52. Suspensão preventiva

Durante o período de suspensão preventiva, o funcionário perceberá vencimentos e vantagens. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

CGR, Parecer nº H-339/66 (DOU de 23/06/66)

(Ver também Formulação Dasp nº 39)

Nº 53. Revisão de inquérito

Na revisão de inquérito, o ônus da prova incumbirá ao requerente. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

Colepe, processos nº 4.243/68 e 4.886/68

(Ver também Formulações Dasp nº 70 e 252)

Nº 54. Lesão aos cofres públicos

A lesão aos cofres públicos pode configurar-se ainda que não se verifique a prática de peculato. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

Colepe, processo nº 469/70

(Ver também Formulação Dasp nº 65 e Parecer Dasp sobre dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - distinção)

Nº 55. Lesão aos cofres públicos

A lesão aos cofres públicos pressupõe efetivo dano ao Erário. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

Colepe, processo nº 1.855/67

(Ver também Formulações Dasp nº 54 e 65)

Nº 56. Aplicação irregular de dinheiros

A aplicação irregular de dinheiro público não se configura se houver furto, desvio ou apropriação indébita. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

Colepe, processo nº 8.309/69

Nº 57. Inquérito administrativo

O inquérito administrativo só é nulo em razão de irregularidades que impliquem em cerceamento de defesa. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

Colepe, processo nº 4.383/66

(Ver também Formulação Dasp nº 222)

Nº 59. Restituição

A reposição de quantias indevidamente recebidas por funcionário só se faz sem o parcelamento quando aquele agiu de má-fé ou quando a Administração teve que ir a Juízo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/09/71)

CGR, Parecer nº A-25/57 (DOU de 27/08/57)

Nº 61. Demissão

A fundamentação legal da demissão só pode ser múltipla em caso de pluralidade de fatos. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processos nº 8.804/66, 7.099/67 e 8.052/67

(Ver também Formulação Dasp nº 19)

Nº 62. Contumácia

A contumácia de que trata o art. 48, § 1º, do Estatuto do Policial prescinde de que tenham sido punidas as infrações anteriormente cometidas. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processo nº 30/70

Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965 - Art 1º Esta Lei dispõe sobre as peculiaridades do regime jurídico dos funcionários públicos civis da União e do Distrito Federal, ocupantes de cargos de atividade policial.

Art 48. A pena de demissão, além dos casos previstos na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, será também aplicada quando se caracterizar:

§ 1º Poderá ser, ainda, aplicada a pena de demissão, ocorrendo contumácia na prática de transgressões disciplinares.

Nº 64. Lesão aos cofres públicos

A lesão culposa aos cofres públicos não é punível com demissão. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processos nº 2.967/68 e 7.365/69

(Ver também Formulações Dasp nº 54, 55 e 65 e Parecer Dasp sobre dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - distinção)

Nº 65. Lesão aos cofres públicos

Implica em lesão aos cofres públicos o acréscimo fraudulento no próprio tempo de serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processo nº 1.230/68

(Ver também Formulações Dasp nº 54, 55 e 65 e Parecer Dasp sobre dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - distinção)

Nº 66. Jurisprudência

As modificações na jurisprudência administrativa não alteram os atos administrativos praticados sob a orientação primitiva, salvo flagrante contradição desta com a lei interpretada. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

CGR, Parecer nº E-8/62 (DOU de 15/03/62) e Parecer nº H-799/69 (DOU de 21/03/69)

Nº 68. Co-autoria

São co-autores da infração disciplinar o funcionário que a pratica em obediência a ordem manifestamente ilegal de superior hierárquico e autor dessa ordem. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processo nº 8.479/69

Nº 69. Exoneração

A exoneração não pode ser convertida em demissão. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processos nº 586/70 e 763/70

(Ver também Formulação Dasp nº 98)

Nº 70. Revisão de inquérito

Na revisão de inquérito a dúvida favorece a manutenção do ato punitivo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/09/71)

Colepe, processos nº 4.243/68 e 4.886/68

(Ver também Formulações Dasp nº 53 e 252)

Nº 71. Corrupção passiva

A Administração pode demitir funcionário por *corrupção passiva* com base, apenas, no inquérito administrativo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

Colepe, processo nº 1.485/67

Nº 73. Erro de direito

Aplica-se ao Direito Administrativo o princípio de que *ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece*. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

CGR, Parecer nº 365-Z/68 (DOU de 04/02/68)

(Ver também Parecer Dasp sobre abandono de cargo - ignorância de lei)

Nº 74. Disponibilidade

A cassação da disponibilidade corresponde à demissão e o seu cancelamento à exoneração. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

CGR, Parecer nº 10-Y/56 (DOU de 26/01/56)

(Ver também Formulações Dasp nº 31 e 49)

Nº 76. Prescrição

A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

Colepe e CJ, processo nº 3.323/49 (DOU de 05/01/56)

Nº 77. Prescrição

A prescrição abrange, também, os atos omissivos da Administração. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

Colepe e CJ, Processo nº 2.193/54 (DOU de 08/07/55)

Nº 78. Aposentadoria compulsória

A aposentadoria compulsória deriva de presunção absoluta de incapacidade. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

CJ, processo nº 655/70 (DOU de 27/10/70)

Nº 79. Abandono de cargo

Não é punível o abandono de cargo que evite o mal maior de acumulação ilegal. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

Colepe, processo nº 684/69

(Ver também Formulações Dasp nº 51, 81, 271 e 349)

Nº 80. Mandado de segurança

A autoridade administrativa não está obrigada a cumprimento de decisão judicial proferida em mandado de segurança, se a autoridade dada como coatora é de hierarquia inferior. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 04/10/71)

Colepe e CJ, processo nº 842/68 (DOU de 10/05/68)

Nº 81. Abandono de cargo

O abandono de cargo pode resultar, também, de dolo eventual. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

Colepe e CJ, processo nº 6.577/66

CGR, Parecer nº H-428/66 (DOU de 10/11/66)

(Ver também Formulações Dasp nº 51, 79, 271 e 349)

Nº 82. Infração disciplinar

A infração prevista no item II do art. 195 do Estatuto dos Funcionários pressupõe a intenção de restituir. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

Colepe, processos nº 8.371/69 e 1.307/70

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 195. Ao funcionário é proibido:

II - retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

Nº 83. Abandono de cargo

Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

Colepe e CJ, processo nº 1.238/68 (DOU de 14/06/68)

(Ver também Formulação Dasp nº 325)

Nº 84. Jurisprudência

Pacificada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve a Administração, embora não convencida, adotar o entendimento vitorioso, mas com audiência do Órgão Central do Sistema do Pessoal e aprovação do Presidente da República. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

CGR, Parecer nº I-67/70 (DOU de 28/10/70)

Nº 85. Lei

Quando o legislador faz referência à lei, alude à lei formal emanada do Poder Legislativo, não a decretos ou outras leis em sentido lato. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

CGR, Parecer nº H-310/66 (DOU de 14/03/66)

Nº 86. Demissão

O ato de demissão deverá conter, além do fundamento legal, a descrição sucinta do fato. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

Colepe, processos nº 8.599/69 e 651/70

Nº 87. Competência

A autoridade competente para impor a pena mais grave, no caso do art. 227, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários, poderá confirmar, modificar ou tornar sem efeito a sanção já publicada antes de seu julgamento. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

Colepe, processo 3.555/71

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 227. A autoridade a quem for remetido o processo proporá, a quem de direito, no prazo do art. 225, as sanções e providências que excederem de sua alçada.

Parágrafo único. Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, caberá, o julgamento à autoridade competente para imposição da pena mais grave.

Nº 90. Prescrição

O funcionário beneficiado pela prescrição não pode reassumir o exercício do cargo que abandonou. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 11/10/71)

CJ, processo nº 8.311/69 (DOU 06/04/70)

Nº 92. Abandono de cargo

A demissão e a exoneração, em caso de abandono de cargo, são atos meramente declaratórios da vacância e, por conseguinte, retroativos. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 18/10/71)

CJ, processo nº 8.311/69 (DOU de 06/04/70)

CGR, Parecer nº I- 128/71 (DOU de 21/09/71)

(Ver também Formulação Dasp nº 97)

Nº 93. Reintegração

A reintegração em cargo público pressupõe ilegalidade absoluta do ato expulsório. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 18/10/71)

Colepe, processo nº 2.602/70

(Ver também Formulação Dasp nº 111)

Nº 97. Vacância

A vacância, em caso de abandono de cargo, ocorre na data em que se iniciou a ausência do serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 18/10/71)

CJ, processo nº 8.311/69 (DOU de 06/04/70)

CGR, Parecer nº I-128/71 (DOU de 21/09/71)

(Ver também Formulação Dasp nº 92)

Nº 98. Exoneração *ex officio*

A exoneração *ex officio* se destina a resolver os casos em que não se pode aplicar demissão. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 18/10/71)

CJ, processo nº 8.311/69 (DOU de 06/04/70)

(Ver também Formulação Dasp nº 69)

Nº 106. Morte presumida

Se houver motivos para presumir-se a morte do funcionário desaparecido, não deve ele ser demitido por abandono do cargo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 25/10/71)

Colepe e CJ, processo nº 2.798/70 (DOU de 14/10/70)

Nº 111. Reintegração

A reintegração só dá direito ao ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo efetivo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

Colepe, processo nº 4.486/71

(Ver também Formulação Dasp nº 93)

Nº 113. Inassiduidade habitual

A inassiduidade habitual não se confunde com abandono de cargo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

Exposição de Motivos Dasp nº 630/64 (DOU de 26/02/65)

Nº 115. Abono de faltas

O funcionário que viaje para votar em outra localidade não tem direito a abono de faltas ao serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

Colepe, processo nº 8.016/55 (DOU de 23/11/55)

Nº 116. Faltas sucessivas

Na hipótese de faltas sucessivas ao serviço, contam-se também como tais, os sábados, domingos, feriados e dias de ponto facultativo intercalados. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

Colepe, processo nº 3.763/53 (DOU de 23/03/54)

(Ver também Orientação Normativa Dasp nº 149)

Nº 117. Embriaguez habitual

Não será demitido o ébrio habitual se constatar que é alienado mental. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

Colepe, processo nº 8.344/69

Nº 119. Falta ao serviço

Considerar-se-á como de licença, nos termos do art. 106 do Estatuto, o dia em que o funcionário faltar ao serviço para acompanhar familiar a repartição médica, comprovada a necessidade do acompanhamento. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

(Nota: O art. 106 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, trata da Licença por Motivo de Doença em Pessoa da Família.)

Colepe, processo nº 2.019/66

Nº 120. Cargo público

Cargos providos por mandato não se confundem com os demais cargos públicos regidos pelo Estatuto dos Funcionários. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 01/11/71)

Colepe e CJ, processo nº 6.797/68 (DOU de 02/04/70)

Nº 125. Estágio probatório

O ex-funcionário, embora estável à época em que deixou o serviço público, está sujeito, quando de nova nomeação, ao estágio probatório. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 08/11/71)

Colepe, processo nº 2.218/68 (DOU de 16/08/68)

Nº 128. Demissão

Não pode haver demissão com base no item I do art. 207 do Estatuto dos Funcionários, se não precede condenação criminal. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 08/11/71)

Colepe, processo nº 652/70

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

I - crime contra a administração pública;

Nº 129. Demissão

O § 1º do art. 207 do Estatuto dos Funcionários não deve inserir-se nos atos de demissão por abandono de cargo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 08/11/71)

Colepe, processo nº 7.001/70 (DOU de 25/01/70)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

II - abandono de cargo;

§ 1º Considera-se abandono do cargo a ausência do serviço, sem justa causa, por mais de 80 dias consecutivos.

(Nota: Atualmente, considera-se a ausência por mais de sessenta dias.)

Nº 130. Abono de faltas

O funcionário submetido a isolamento ou quarentena tem direito a abono das faltas ao serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 08/11/71)

Colepe e CJ, processo nº 716/71 (DOU de 10/08/71)

CGR, Parecer nº I-119/71 (DOU de 21/06/71)

Nº 141. Demissão e suspensão

O atual Estatuto dos Funcionários não admite se substitua a pena de demissão pela de suspensão. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/71)

Colepe, processos nº 1.307/70 e 2.426/71

(Ver também Parecer Dasp sobre desqualificação de penalidade)

Nº 145. Lesão aos cofres públicos

A aprovação das contas pela Corte específica não faz *coisa julgada* oponível na esfera disciplinar. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/71)

Colepe, processo nº 4.363/69

Nº 146. Investidura

É nula de pleno direito a investidura de alienado mental em cargo público.

Colepe, processo nº 810/70

Nº 147. Impontualidade

As entradas com atraso e as saídas antecipadas, legitimamente tais, não são conversíveis para nenhum efeito, em faltas ao serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/71)

Colepe, processo nº 510/69

(Ver também Formulação Dasp nº 148)

Nº 148. Inassiduidade

O comparecimento com mais de uma hora de atraso e a saída com mais de uma hora de antecipação constituem faltas ao serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/71)

Colepe, processo nº 510/69

(Ver também Formulação Dasp nº 147)

Nº 149. Infração disciplinar

A infração prevista no art. 195, XI, do Estatuto dos Funcionários pressupõe a atribuição ao estranho, de *encargo legítimo* do funcionário público. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/71)

Colepe, processo nº 8.371/69

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 195. Ao funcionário é proibido:

XI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competir ou a seus subordinados.

Nº 150. Infração disciplinar

A infração prevista no art. 195, X, do Estatuto dos Funcionários pressupõe que a vantagem ilícita se destine a retribuir *a prática regular de ato de ofício*. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/71)

Colepe, processo nº 8.371/69

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 195. Ao funcionário é proibido:

X - receber propinas, comissões, presentes e vantagens de qualquer espécie em razão das atribuições;

Nº 152. Consultoria-Geral

Nos assuntos afetos ao Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (Sipex) só se justifica a audiência da Consultoria-Geral da República se o Dasp tiver dúvida. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 29/11/71)

Despacho-DG/Dasp, processo nº 1.280/70 (DOU de 04/06/70)

(Ver também Formulação Dasp nº 219)

Nº 153. Inquérito administrativo

A competência para proferir julgamento no inquérito administrativo é da autoridade instauradora, ressalvada, apenas, a hipótese do art. 227, parágrafo único, do Estatuto dos Funcionários. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 29/11/71)

Colepe e CJ, processo nº 1.886/68 (DOU de 10/06/68)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 227. A autoridade a quem for remetido o processo proporá, a quem de direito, no prazo do art. 225, as sanções e providências que excederem de sua alçada.

Parágrafo único. Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, caberá, o julgamento à autoridade competente para imposição da pena mais grave.

Nº 156. Falta grave

A falta grave que implica em cassação da aposentadoria ou da disponibilidade é somente aquela *punível com demissão*. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 29/11/71)

Colepe, processo nº 1.580/67

Nº 159. Inquérito administrativo

As conclusões das Comissões de Inquérito merecem fiel acatamento, salvo quando contrárias à prova dos autos. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 29/11/71)

CGR, Parecer nº H-458/67 (DOU de 20/02/67)

Nº 180. Infração disciplinar

Quando o funcionário de uma Repartição comete falta noutra, esta comunica o fato àquela para aplicar a punição. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 13/12/71)

Colepe, processo nº 313/63 (DOU de 20/06/63)

Nº 181. Inassiduidade habitual

Para efeitos do art. 207, § 2º do Estatuto, contam-se, também, as faltas que tenham dado origem a repreensão ou suspensão. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

CGR, Ofício-Parecer nº 37/64 (DOU de 30/06/64)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

§ 2º Será ainda demitido o funcionário que, durante o período de 12 meses, faltar ao serviço 60 dias interpoladamente, sem causa justificada.

Nº 182. Sanção disciplinar

A sanção disciplinar é inaplicável em quem deixou de ser funcionário. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 13/12/71)

CGR, Parecer nº V-16/55 (DOU de 07/05/55)

Nº 183. Férias

Devem ser adiadas as férias marcadas para os próximos noventa dias se o servidor foi designado para integrar ou secretariar comissão de inquérito. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

(Nota: Atualmente, o prazo para conclusão do processo é de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta.)

Colepe, processo nº 8.781/52 (DOU de 28/01/53)

Nº 185. Inquérito administrativo

A revisão de inquérito não depende de prévio pedido de reconsideração. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

Colepe, processo nº 7.572/56 (DOU de 01/08/58)

(Ver também Formulação Dasp nº 143)

Nº 186. Comércio

O funcionário aposentado não está proibido do exercício do comércio. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

Colepe, processo nº 5.644/60 (DOU de 28/03/61)

Nº 187. Aposentadoria compulsória

A aposentadoria compulsória se rege pela lei vigente no dia em que o funcionário completa os 70 anos. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

CGR, Parecer nº I-89/70 (DOU de 17/12/70)

Nº 188. Aposentadoria compulsória

A aposentadoria compulsória do funcionário implica, também, na exoneração do cargo em comissão que exercer. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

CJ, processo nº 655/70 (DOU de 27/10/70)

CGR, Parecer nº I-74/70 (DOU de 19/10/70)

Nº 190. Acumulação

Na acumulação de cargo federal com outro estadual ou municipal, a competência para examinar e decidir é da Administração Federal. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 20/12/71)

Portaria Dasp nº 142/70 (DOU de 24/06/70)

(Ver também Formulação Dasp nº 191)

Nº 191. Acumulação

A boa ou a má-fé, nos casos de acumulação proibida, apuram-se, necessariamente, no inquérito administrativo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/12/71)

CAC, processo nº 11.596/64 (DOU de 02/12/66)

Portaria Dasp nº 142/70 (DOU de 24/06/70)

(Ver também Formulações Dasp nº 190, 194, 268 e 348)

Nº 192. Acumulação

O funcionário público não pode exercer cargo de Juiz Classista em Tribunal do Trabalho. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/12/71)

CAC, processo nº 4.292/66 (DOU de 11/01/67)

Nº 194. Acumulação

A acumulação ilegítima de cargos, com má-fé, constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/12/71)

CAC e CJ, processo nº 1.540/68 (DOU de 01/11/68)

(Ver também Formulações Dasp nº 190, 191, 268 e 348)

Nº 196. Acumulação

A opção prevista no *caput* do artigo 193 do Estatuto não pode exercitar-se através da renúncia à aposentadoria. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/12/71)

Colepe, processo nº 3.322/68 (DOU de 18/09/70)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 193. Verificada em processo administrativo acumulação proibida, e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos.

Nº 197. Acumulação

O credenciamento em forma legal não implica em acumulação. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/12/71)

CAC, processos nº 6.839/67 (DOU de 09/01/69) e 2.619/69

Nº 198. Licença especial

A suspensão, ainda que convertida em multa, impede a concessão de licença especial. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 27/12/71)

CJ, processo nº 11.785/54 (DOU de 12/03/55)

Nº 201. Cassação de disponibilidade

A cassação de disponibilidade, inclusive por falta de posse em caso de aproveitamento, depende, sempre, de inquérito administrativo. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 03/01/72)

CGR, Parecer I-208/73 (DOU de 30/01/73)

Nº 205. Dilapidação do patrimônio nacional

O funcionário que empresta bens do Estado a particular dilapida o Patrimônio Nacional. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 03/01/72)

Colepe, processo nº 361/58 (DOU de 18/03/58)

(Ver também Pareceres Dasp sobre dilapidação de patrimônio nacional e dissipação de bens públicos)

Nº 206. Acidente em serviço

Para caracterizar-se o acidente em serviço, não basta que haja ocorrido no horário de serviço, mas há que relacionar-se com ele. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 03/01/72)

Colepe, processo nº 7.366/55 (DOU de 18/04/56)

Nº 208. Tratamento de saúde

O tratamento de saúde não pode ser imposto ao servidor. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 03/01/72)

CJ, processo nº 2.994/55 (DOU de 20/08/55)

Nº 212. Decisão *ultra petita*

A administração pode pronunciar-se ou decidir sobre o que não constitua objeto do pedido ou da consulta. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

Colepe e CJ, processo nº 6.448/60 (DOU de 21/02/61)

Nº 214. Inquérito administrativo

A expressão *em qualquer fase do processo* (art. 230 do Estatuto) não abrange a fase de julgamento. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

CJ, processo nº 2.296/59 (DOU de 14/09/59)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 230. Em qualquer fase do processo será exonerado a pedido após a conclusão do processo administrativo a que responder desde que reconhecida sua inocência.

Nº 215. Inquérito administrativo

O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também a oferecer oportunidade de defesa. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

Colepe, processo nº 15.066/59 (DOU de 03/02/61)

Nº 216. Inquérito administrativo

Esgotados os 90 dias a que alude o art. 220, parágrafo único, do Estatuto, sem que o inquérito tenha sido concluído, designa-se nova Comissão para refazê-lo ou ultimá-lo, a qual poderá ser integrada pelos mesmos funcionários. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

(Nota: Atualmente, o prazo para conclusão do processo é de sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta.)

Exposição de Motivos Dasp nº 352/52 (DOU de 21/03/52)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 220. A comissão, sempre que necessário, dedicará todo o tempo aos trabalhos do inquérito, ficando seus membros, em tais casos, dispensados do serviço na repartição durante o curso das diligências e elaboração do relatório.

Parágrafo único. O prazo para o inquérito será de sessenta dias, prorrogável por mais trinta, pela autoridade que tiver determinado a instauração do processo, nos casos de força maior.

Nº 217. Exame psiquiátrico

Funcionário suspeito de insanidade mental e que se recusa a submeter-se aos exames psiquiátricos pode ser a isso compelido. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

Colepe, processo nº 4.468/61 (DOU de 02/02/62)

Nº 218. Interpretação da lei

A interpretação da lei faz-se pelo seu texto, não pela ementa. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

CJ, processo nº 274/49 (DOU de 10/03/49)

Nº 219. Consultoria-Geral

Os pareceres da Consultoria-Geral da República aprovados pelo Presidente da República devem ser cumpridos pelos órgãos federais, sob pena de exoneração dos responsáveis demissíveis *ad nutum* ou processo administrativo contra os estáveis. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/01/72)

CGR, Parecer E-2/62 (DOU de 05/02/62)

(Ver também Formulação Dasp nº 152)

Nº 221. Suspensão condicional da pena

O funcionário que não perdeu a função pública por motivo de condenação criminal pode reassumir o exercício do cargo quando beneficiado pelo *sursis*. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 17/01/72)

Colepe, processo nº 4.176/50 (DOU de 24/08/50)

Nº 222. Ato administrativo

A nulidade dos atos administrativos pode, a qualquer tempo, ser declarada pela própria Administração. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 17/01/72)

CGR, Parecer nº H-553/67 (DOU de 25/08/67)

(Ver também Formulação Dasp nº 57)

Nº 223. Justificação judicial

A sentença que julga a justificação apenas lhe declara eficácia formal, não impedindo o exame de sua validade como meio de prova. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 17/01/72)

CJ, processo nº 6.085/55 (DOU de 20/10/55)

Nº 252. Revisão de inquérito

Não cabe revisão de inquérito se o requerente não aduz fatos ou circunstâncias novos capazes de comprovar sua inocência. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 07/02/72)

Colepe e CJ, processo nº 4.717/66 (DOU de 31/07/67)

CGR, Parecer H-535/67 (DOU de 20/07/67)

(Ver também Formulações Dasp nº 53 e 70)

Nº 254. Serviço militar

Pessoa que está prestando o serviço militar pode empossar-se em cargo público civil. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 07/02/72)

Colepe, processo nº 10.200/60 (DOU de 24/04/62)

Nº 261. Responsabilidade administrativa

A responsabilidade administrativa deve ser individualizada no respectivo processo, vedada, na impossibilidade de indicação do culpado, a sua diluição por todos os funcionários que lidaram com os valores extraviados. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 28/02/72)

CJ, processo nº 1.799/57 (DOU de 12/03/58)

Nº 264. Renúncia à disponibilidade

Com a renúncia à disponibilidade, cessa, automaticamente, sem maiores formalidades, o vínculo que, em razão do cargo extinto, ligava o servidor ao Estado. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 28/02/72)

CJ, processo nº 11.669/59 (DOU de 04/10/60)

Nº 268. Acumulação

A simples nomeação ou a posse noutro cargo não bastam para caracterizar a acumulação, que requer a titularidade conferida pelo exercício. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 28/02/72)

CJ, processo nº 9.635/65 (DOU de 08/12/65)

CAC, processo nº 7.736/69 (DOU de 01/12/69)

(Ver também Formulações Dasp nº 190, 191, 194 e 348)

Nº 271. Abandono de cargo

No abandono de cargo, o elemento subjetivo (*animus*) há que ser apreciado com a maior objetividade. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

CJ, processo nº 6.054/68 (DOU de 05/10/71)

CGR, Parecer nº I-141/71 (21/09/71)

(Ver também Formulações Dasp nº 51, 79, 81 e 349)

Nº 272. Defensor

A designação *ex officio* de defensor no inquérito administrativo compete à autoridade instauradora. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

Colepe, processo nº 9.392/58 (DOU de 09/10/58)

Nº 273. Prazo de defesa

O indiciado que esteja preso não tem direito, só por isso, a prazo em dobro para apresentação de defesa. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

Colepe e CJ, processo nº 4.717/66 (DOU de 31/07/67)

CGR, Parecer nº H-535/67 (DOU de 20/07/67)

(Ver também Parecer Dasp sobre servidor preso - prazo de validade)

Nº 275. Aposentado

O aposentado que se habilite em concurso pode ser nomeado, devendo, todavia, ao tomar posse, renunciar à aposentadoria, se não forem acumuláveis as duas situações. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

CGR, Ofício-Parecer nº 211/62 (DOU de 13/12/62)

Nº 277. Servidor de fato

Nenhum direito resulta da investidura ilegal em cargo público. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

Colepe e CJ, processos nº 4.404/66 e 7.227/66 (DOU de 13/09/68)

Nº 278. Absolvição judicial

Absolvição do réu-funcionário, por não provada a autoria, não importa em impossibilidade da aplicação de pena disciplinar. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

Colepe, processo nº 1.778/68 (DOU de 05/07/68)

(Ver também Formulação Dasp nº 30)

Nº 279. Prescrição

A redesignação da comissão de inquérito, ou a designação de outra, para prosseguir na apuração dos mesmos fatos não interrompe, de novo, o curso da prescrição. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

Colepe, processo nº 10.450/67

Exposição de Motivos Dasp nº 352/52 (DOU de 21/03/52)

(Ver também Formulação Dasp nº 31)

Nº 280. Perda da função pública

Só pode aplicar-se a pena de perda da função pública ao funcionário *de direito*, não ao *de fato*. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 06/03/72)

Colepe, processo nº 1.112/69

(Ver também Formulação Dasp nº 9)

Nº 282. Exoneração

O ato de exoneração entra em vigor no final do expediente do dia em que for publicado. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/04/72)

Colepe e CJ, processo nº 1.177/52 (DOU de 16/01/53)

Nº 286. Usura

Pratica usura o funcionário que, aproveitando-se da precária situação financeira de colega, compra-lhe a preço vil, para revenda, mercadoria adquirida em Reembolsável mediante desconto em folha. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10/04/72)

CJ, processo nº 5.386/64 (DOU de 17/07/64)

Nº 294. Licença para o trato de interesses particulares

Funcionário que requer licença para o trato de interesses particulares não pode ser dispensado de aguardar em exercício a decisão do pedido. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 15/05/72)

Colepe, processo nº 1.217/66 (DOU de 22/07/66)

Nº 296. Insubordinação grave

A insubordinação grave em serviço pressupõe acintoso desrespeito a ordem diretamente recebida de superior hierárquico. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 15/05/72)

Colepe, processo nº 1.139/66

Nº 299. Inquérito administrativo

Em relação ao servidor *não estável*, o inquérito é também de rigor para aplicação de pena expulsiva. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 15/05/72)

(Nota: Atualmente, o processo contraditório é exigido para aplicação de qualquer pena, mesmo para servidor não estável.)

Colepe, processo nº 1.678/56 (DOU de 02/07/56)

Nº 300. Formulações

As formulações elaboradas e publicadas pelo Dasp (Colepe) constituem, por força do disposto no art. 116, item III, do Decreto-lei nº 200, de 1967, orientação normativa para os Órgãos de Pessoal da Administração Federal e Autárquica. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 15/05/72)

Colepe, processo nº 5.415/71 (DOU de 18/10/71)

Nº 317. Falta ao serviço

Considera-se como de falta ao serviço o período que medeia entre o afastamento do exercício do cargo e a reassunção decorrente do pedido de exoneração retratado. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 02/10/72)

Colepe, processo nº 28.045/68

Nº 321. Cassação de disponibilidade

A competência para instaurar o inquérito que objetive a cassação de disponibilidade é do órgão a cujo Quadro pertencia o funcionário antes de ser colocado em disponibilidade. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 21/05/73)

Colepe, processo nº 554/73

CGR, Parecer nº I-208/73 (DOU de 30/01/73)

Nº 324. Recurso e pedido de reconsideração

Só se exigem argumentos novos para o pedido de reconsideração e não para o recurso. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 25/06/73)

CJ, processo nº 4.469/71 (DOU de 20/09/72)

(Ver também Formulação Dasp nº 336)

Nº 336. Pedido de reconsideração

É proibida por lei a apreciação do mérito de um segundo pedido de reconsideração. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/10/73)

CJ, processo nº 30.422/65 (DOU de 03/07/68)

(Ver também Formulação Dasp nº 324)

Nº 346. Reintegração

Quem for reintegrado passará a preencher, desde a data do desvinculo invalidado, a própria vaga que deixara, de modo que quem o sucedeu no lugar terá sido provido irregularmente em cargo já ocupado. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/10/73)

CJ, processo nº 3.230/67 (DOU de 28/08/67)

CGR, Parecer nº H-530/67 (DOU de 20/07/67)

Nº 348. Acumulação de cargo

Se inimputável o funcionário que incide em acumulação ilícita, deve-se reconhecer a boa-fé e permitir-lhe o exercício, por intermédio de curador, do direito de opção. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/10/73)

CJ, processo nº 8.200/66 (DOU de 01/11/67)

CGR, Parecer nº H-587/67 (DOU de 20/11/67)

(Ver também Formulações Dasp nº 190, 191, 194 e 268)

Nº 349. Abandono de cargo

A pessoa nomeada e empossada, mas que não assumiu o exercício do cargo, não pode ser processada por abandono, porquanto ainda não cometeu faltas ao serviço. (Publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 22/10/73)

CJ, processo nº 9.635/65 (DOU de 08/12/65)

(Ver também Formulações Dasp nº 51, 79, 81 e 271)

28 - PARECERES DO DASP

Além das já citadas formulações, à mesma época e igualmente com o intuito de manifestar entendimentos impessoais e genéricos após análises de processos concretos, o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) emitiu diversos pareceres e orientações normativas, sendo que, muitos deles, pela mesma razão exposta para aqueles enunciados e observados os mesmos critérios de interpretação do aplicador, podem ser considerados ainda válidos no atual ordenamento.

A seguir, listam-se especificamente os Pareceres Dasp referentes à matéria disciplinar e que podem ser considerados, por interpretação do aplicador, ainda em vigor. Da mesma forma como apresentado para as Formulações, citam-se as fontes de referência, ou seja, as prévias manifestações do próprio Dasp e da Consultoria-Geral da República (CGR, atual Advocacia-Geral da União - AGU) que culminaram nos presentes Pareceres Dasp (acrescentam-se as seguintes divisões internas do Dasp: Divisão de Regime Jurídico de Pessoal - DRJP, e Divisão do Pessoal - DP). Para facilitar, quando a Formulação Dasp cita algum artigo de lei, o dispositivo segue reproduzido. Por fim, quando existentes, foram feitas remissões a outros enunciados correlatos do Dasp.

Desqualificação de penalidade

As infrações disciplinares são específicas, não comportando desqualificação da respectiva penalidade.

Colepe, processo nº 4.289/73 (Diário Oficial da União (DOU) de 31/08/73)

(Ver também Formulação Dasp nº 141)

Abandono de cargo - Atestados médicos gratuitos - Não o descaracterizam

Atestados médicos gratuitos, configuradores, por sinal, de delito tipificado no art. 302 do Código Penal, não podem, evidentemente, descaracterizar a infração disciplinar do abandono de cargo.

Colepe, processo nº 27.380/80

Código Penal (CP) - Falsidade de atestado médico

Art. 302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena - detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

Abandono de cargo - Ignorância da lei

A ignorância da lei não é cláusula excludente da punibilidade.

DP, processo nº 10.271/56 (Diário Oficial da União (DOU) de 19/01/57)

(Ver também Formulação Dasp nº 73)

Ato de demissão baixado por autoridade incompetente - Necessidade de declarar sem efeito o ato e baixar outro

Em se tratando de ato de demissão relativo a funcionário federal, deveria ter sido baixado por meio de decreto do Presidente da República. Entretanto a incompetência da autoridade que lavrou a demissão, uma vez que foram respeitadas as exigências relativas à instauração do inquérito, pelo que apenas se torna necessário seja tornado sem efeito o ato demissório irregular e baixado outro, isto é, o decreto correspondente.

(Nota: O Presidente da República, por meio do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999, delegou aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União competência para aplicar penas de demissão e de cassação de aposentadoria.)

Exposição de Motivos Dasp nº 958/53, processo nº 3.026/53

Defesa concedida ao acusado - Meios probatórios

Inassiduidade habitual. Demissão. A oportunidade de defesa foi dada ao acusado, oferecendo-lhe os meios probatórios dos quais não se socorreu. A Administração não pode ficar à mercê dos caprichos dos seus servidores.

Colepe, processo nº 6.768/74 (Diário Oficial da União (DOU) de 22/11/74)

Dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos - Distinção

A lesão aos cofres públicos não se confunde com a dilapidação do patrimônio nacional. Aquela se refere a dinheiro ou valores transacionáveis; esta se relaciona com bens ou utilidades permanentes.

Colepe, processo nº 104/72

(Ver também Formulações Dasp nº 54, 55, 65 e 205 e os dois Pareceres Dasp abaixo)

Dilapidação do patrimônio nacional - Limite de valor do dano - Descabimento

O item VIII do art. 207, combinado com o art. 209 do Estatuto, ao prever demissão a bem do *serviço público* dos funcionários que dilapidem o patrimônio nacional, não estabeleceu qualquer limite de valor ao dano causado.

DP, processo nº 1.495/58

(Ver também o Parecer Dasp acima e o abaixo)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 207. A pena de demissão será aplicada nos casos de:

VIII - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

Art. 209. Atenta a gravidade da falta, a demissão poderá ser aplicada com a nota "a bem do serviço público", a qual constará sempre dos atos de demissão fundada nos itens I, VI, VII, VIII e IX do art. 207.

Dissipação de bens públicos

Funcionário que dissipa bens públicos, não representados por dinheiro, comete dilapidação do patrimônio nacional.

Colepe, processo nº 2.254/70

(Ver também Formulação Dasp nº 28 e os dois Pareceres Dasp acima)

Insanidade mental - Nexo de causalidade

Não deve ser demitido o funcionário alienado mental, ainda quando haja dúvidas a respeito de qual seria seu estado psíquico à época em que cometeu a infração. Mediando, aliás, poucos meses entre a prática do ilícito e a constatação oficial da insanidade mental, é fácil presumir-se que já havia esta por ocasião daquela.

Colepe, processo nº 1.055/72

(Ver também Orientações Normativas Dasp nº 7 e 37)

Servidor preso - Prazo de defesa

O indiciado preso não tem direito a prazo em dobro para apresentação de defesa. A absolvição criminal por falta de prova, ou porque o fato não constitui crime, não repercute na esfera administrativa.

CJ, processo nº 4.717/66 (Diário Oficial da União (DOU) de 31/07/66)

(Ver também Formulação Dasp nº 273)

Servidor suspenso - Demissão pelo mesmo fato adequada

Servidor suspenso. Posterior proposta de demissão, em virtude de inquéritos em razão do mesmo fato. Não ocorre duplicidade de punição, mas, sim, ato reparador de inadequação de punição disciplinar.

DRJP e CJ, processo nº 9.619/66 (Diário Oficial da União (DOU) de 28/06/67)

(Ver também Formulação Dasp nº 29)

Desistência - Condições

Ao funcionário é lícito desistir de qualquer pedido desde que o mesmo ainda não tenha produzido efeito.

Parecer Dasp nº 442/46

Exposição e Motivos Dasp nº 91/52, processo nº 9.193/52

Pedido de reconsideração - Prazo para decisão

Interpretando o art. 166 do E. F., entendeu o Consultor Jurídico do Dasp que a contagem do prazo no mesmo previsto, para a decisão dos pedidos de reconsideração, se inicia a partir da data em que o pedido chegar ao conhecimento do autor da decisão a ser reexaminada. O encaminhamento do pedido, através das autoridades a que está subordinado o servidor, não deve ser causa de redução do aludido prazo, o qual é também interrompido pelas diligências motivadas pelo reexame do caso, reiniciando-se a contagem logo que satisfeitas as mesmas.

CJ, processo nº 4.604/53 (Diário Oficial da União (DOU) de 03/07/54)

Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Art. 166. O pedido de reconsideração será dirigido à autoridade que houver expedido o ato ou proferido a primeira decisão, não podendo ser renovado.

Parágrafo único. O requerimento e o pedido de reconsideração de que tratam os artigos anteriores deverão ser despachados no prazo de cinco dias e decididos dentro de trinta, improrrogáveis.

Revisão *ex officio* de decisão administrativa

Não está a administração obrigada *a sponte sua* rever o ato seu e de que caiba recurso, sem que o interessado se manifeste em tempo, através de expediente próprio.

CAC, processo nº 2.662/66 e processo nº 2.671/67 (Diário Oficial da União (DOU) de 22/08/68)

Cargo em comissão - Inquérito administrativo - Julgamento

A competência para julgar o processo administrativo é da autoridade a que se acham subordinados esses servidores por força do provimento em comissão.

CJ, processo nº 11.559/75 (Diário Oficial da União (DOU) de 25/05/76)

Condenação criminal - Comparecimento ao serviço

Consulta sobre funcionário condenado a pena de reclusão por um ano e que por decisão judicial compareceu normalmente à repartição. Deve o período ser computado como de efetivo exercício e os vencimentos pagos integralmente.

Colepe, processo nº 1.352/73 (Diário Oficial da União (DOU) de 10/05/73)

29 - ORIENTAÇÕES NORMATIVAS DO DASP

Além das já citadas Formulações e dos Pareceres, à mesma época e igualmente com o intuito de manifestar entendimentos impessoais e genéricos após análises de processos concretos, o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp) emitiu diversas orientações normativas, sendo que, algumas delas, pela mesma razão exposta para aqueles enunciados, permanecem válidas no atual ordenamento.

A seguir, listam-se especificamente as Orientações Normativas Dasp referentes à matéria disciplinar e que podem ser consideradas, por interpretação do aplicador, ainda em vigor. Da mesma forma como apresentado para as Formulações e Pareceres, citam-se as fontes de referência, ou seja, as prévias manifestações do próprio Dasp por meio de pareceres em processos. Por fim, quando existentes, foram feitas remissões a outros enunciados correlatos do Dasp.

Nº 7. Lesão aos cofres públicos

Comprovada a insanidade mental do funcionário autor de lesão aos cofres públicos, deve ser aposentado, sem prejuízo da inscrição da dívida para cobrança amigável ou judicial, remetendo-se, ao Ministério Público, os elementos necessários a que intente a ação penal.

Parecer de 05/07/79, processo nº 294/79

(Ver também Parecer Dasp sobre insanidade mental e Orientação Normativa Dasp nº 37)

Nº 37. Aposentadoria

Unicamente na hipótese de comprovada alienação mental e, conseqüentemente, de inimizabilidade, o funcionário que tenha praticado infração disciplinar gravíssima poderá eximir-se da sanção expulsiva e obter aposentadoria por invalidez.

Parecer de 12/06/79, processo nº 10.094/79

(Ver também Parecer Dasp sobre insanidade mental e Orientação Normativa Dasp nº 7)

Nº 102. Infração disciplinar

O funcionário que, sistematicamente, falte ao serviço durante um dos turnos do expediente diário deverá ser, sucessivamente, repreendido, suspenso ou demitido.

Parecer de 16/10/79, processo nº 20.387/79

Nº 104. Mandado de segurança

Cassada pelo tribunal a segurança concedida pelo juiz de primeiro grau, restabelecem-se os efeitos todos do ato de autoridade que fora impugnado.

Parecer de 21/11/79, processo nº 25.102/79

Nº 149. Faltas injustificadas

No cômputo de faltas sucessivas e injustificadas ao serviço, não se excluem os sábados, domingos e feriados intercalados.

Parecer de 16/04/80, processo nº 8.8950/80

(Ver também Formulação Dasp nº 116)

30 - ENUNCIADOS DA CGU

O Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, não só sistematizou a atividade correcional, criando o Sistema de Correição do Poder Executivo federal (SisCor), como também atribuiu à Controladoria-Geral da União (CGU) a condição de ser seu órgão central, nos termos do *caput* do seu art. 1º e do inciso I do seu art. 2º.

Nesta condição, obviamente, a CGU, com quadro funcional selecionado, capacitado e dedicado exclusivamente para os temas de controle, sempre figurou como uma fonte irradiadora do conhecimento técnico especializado na matéria correcional e propagadora dos esforços de uniformização de entendimentos, tanto no desenvolvimento e na sedimentação do Direito Administrativo Disciplinar material quanto no aprimoramento e na segurança jurídica da processualística disciplinar, exercendo a competência atribuída pelo inciso I do art. 4º, com o efeito imposto pelo § 2º do art. 2º, ambos do mesmo Decreto.

E, desde a criação do SisCor, ao longo do tempo, diferentes estruturas orgânicas internas da CGU desempenharam esta importante competência.

Inicialmente, em sua redação original, o Decreto nº 5.480, de 2005, previa, no inciso IV do art. 2º e nos arts. 3º e 6º, a Comissão de Coordenação de Correição (CGU/CCC) como um dos integrantes do SisCor, organicamente subordinado diretamente ao Ministro de Estado da CGU (não era uma unidade da Corregedoria-Geral da União - CGU/CRG). A CGU/CCC foi um colegiado de função consultiva, com o fim de integrar e de uniformizar entendimentos no âmbito do SisCor, composta pelo Ministro de Estado da CGU, pelo Secretário-Executivo, pelo Corregedor-Geral da União, pelos então três Corregedores Adjuntos e ainda por titulares de três unidades setoriais de correição e de três unidades seccionais de correição.

Dentre as competências que o art. 6º do Decreto nº 5.480, de 2005, e que seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria CGU nº 824, de 28 de abril de 2011, sobretudo no inciso V do seu art. 3º, atribuíam à CGU/CCC, destacava-se, para o presente foco de interesse, que as suas manifestações jurídicas (enunciados, instruções e orientações normativas) tinham o *“intuito de padronizar a interpretação referente às atividades de correição”*.

Desta feita, na sua linha de produção de maior visibilidade externa, a CGU/CCC emitiu 26 enunciados entre 2005 e 2018, numerados continuamente ao longo deste período, os quais, pode-se dizer, compuseram a coleção das primeiras manifestações jurídicas institucionais exaradas pela CGU para todo SisCor. Em princípio, estes Enunciados CGU/CCC não possuíam força normativa, pois a lei não lhes conferia tal condão. Todavia, tendo sido assinados pelo Corregedor-Geral da União, o que equivale dizer pelo titular do órgão que efetivamente executa as atividades do órgão central do SisCor, e oficialmente publicados, entendia-se, ao tempo em que produziram efeitos, que assumiam a qualidade de orientações jurídicas de atendimento obrigatório por parte das atuais unidades setoriais de correição, tendo em vista os já mencionados e reproduzidos comandos do § 2º do art. 2º e do inciso I do art. 4º, ambos do Decreto nº 5.480, de 2005.

Todavia, em razão das fortes alterações impostas na estruturação orgânica de todo o Poder Executivo federal e, em especial, na CGU, com a vigência da Medida Provisória (MP) nº 870, de 1º de janeiro de 2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, e do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, a CGU/CCC, não tendo sido mencionada nos textos da MP e da Lei conversora - embora, contraditoriamente, este Decreto não só a contemplasse, na alínea “c” do inciso IV do art. 2º e no art. 27, ambos do

seu Anexo I, como também não tivesse revogado suas previsões constantes do Decreto nº 5.480, de 2005 -, foi considerada tacitamente excluída do organograma da CGU. Era cabível se questionar alguma incerteza sobre este tema, diante da incoerência dos dois Decretos com a MP e com a Lei. E somente com a edição do Decreto nº 10.087, de 5 de novembro de 2019, o colegiado foi expressamente extinto, com a revogação positivada dos comandos acima já citados do Decreto nº 5.480, de 2005, que o instituía, o definia e lhe atribuía competências, e do Decreto nº 9.681, de 2019, que o ratificava.

Importante ressaltar que, não obstante a extinção da CGU/CCC em 01/01/19, toda a coleção dos seus enunciados não perdeu o valor de orientações técnicas de cumprimento obrigatório no âmbito do SisCor, enquanto tiveram eficácia, já que a descontinuidade orgânica da instância colegiada que as elaborava em nada interferia em seu valor jurídico e em sua aderência ao ordenamento vigente. Diga-se, inclusive, que, quando se deu o contrário, ou seja, quando se detectou que determinados enunciados não mais se mostravam recepcionados pelo ordenamento ou por outras fontes (como o entendimento jurisprudencial, por exemplo), o Corregedor-Geral da União os declarou cancelados por meio de portarias oficialmente publicadas. Mas, efetivamente, os enunciados da CGU/CCC perderam sua eficácia em 31/03/22, por motivos que se exporão adiante.

No sítio eletrônico da CGU, a aba “Base de Conhecimento” conduz ao chamado “Repositório de Conhecimento da CGU”, disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/>, que se ramifica em blocos de informações chamados “Comunidades”, de que se listam, a título de exemplos, informações institucionais da CGU (destacadamente para os enunciados), mais especificamente em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/44183>, acessado em 10/12/24.

Destaque-se que, neste material disponibilizado sobre os enunciados da CGU/CCC, há também a reprodução das atas de reunião do colegiado e as exposições de motivos de diversos enunciados, cuja leitura se recomenda, por seu didatismo, visto registrarem a inteligência que norteou tais posicionamentos institucionais.

No regramento interno da CGU, a Portaria CGU nº 164, de 30 de agosto de 2024, que dispõe sobre a edição de atos normativos, enunciados e manuais seu âmbito, estabelece que os enunciados, definidos como manifestações elaboradas com o fim de condensar entendimentos, preceitos ou decisões reiteradas de modo sumário e abreviado, de forma similar aos verbetes anteriormente editados pela CGU/CCC, passaram a ter edição centralizada nas mãos do Ministro de Estado da CGU, conforme o art. 18. E o seu art. 20 ratifica que os enunciados emitidos e disponibilizados no âmbito da CGU não se confundem com atos normativos dotados de força vinculante, possuindo natureza meramente opinativa e orientadora, sendo de livre adesão, inclusive dentro daquele próprio órgão central do SisCor e com ainda mais ênfase nas demais unidades setoriais de correição. É importante realçar este cristalino dispositivo normativo, que supera completamente as discussões que havia ao tempo dos enunciados da CGU/CCC, para os quais se contemplava natureza vinculante por intermédio de interpretação sistemática do ordenamento.

Ademais, com a já mencionada reestruturação orgânica experimentada pela CGU a partir de 1º/01/19, sobretudo com a criação da Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos, no âmbito da Corregedoria-Geral da União (CGR/CGUNE), é certo dizer que o órgão central do SisCor passou a se manifestar precipuamente por meio de notas técnicas e não mais por enunciados. Embora as notas técnicas não sejam expressamente mencionadas na Portaria CGU nº 164, de 2024, é perfeitamente defensável estender para esta espécie de manifestação o comando do art. 20, não cabendo atribuir às notas técnicas caráter vinculante. Ainda nesta linha, é pertinente informar que a CRG compilou suas principais notas técnicas em um único documento, denominado Ementário de Notas

Técnicas, disponibilizado no link [Ementario Notas Tecnicas CRG.pdf \(cgu.gov.br\)](http://cgu.gov.br/ementario/notas_tecnicas_crg.pdf), acessado em 10/12/24, cuja leitura se recomenda, em complemento ao conteúdo da presente Apostila.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO
ENUNCIADO CGU/CCC Nº 1, DE 4 DE MAIO DE 2011

(Publicado no DOU de 05/05/11, Seção 1, pg. 22)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO, no uso da competência que lhe confere os arts. 4º, 6º e 10 do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 15 de setembro de 2010, na forma que se segue:

PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. “O processo administrativo disciplinar e a sindicância acusatória, ambos previstos pela Lei nº 8.112/90, são os únicos procedimentos aptos a interromper o prazo prescricional.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO
ENUNCIADO CGU/CCC Nº 2, DE 4 DE MAIO DE 2011

(Publicado no DOU de 05/05/11, Seção 1, pg. 22)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO, no uso da competência que lhe confere os arts. 4º, 6º e 10 do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 15 de setembro de 2010, na forma que se segue:

EX-SERVIDOR. APURAÇÃO. “A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstam a instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO
ENUNCIADO CGU/CCC Nº 3, DE 4 DE MAIO DE 2011

(Publicado no DOU de 05/05/11, Seção 1, pg. 22)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO, no uso da competência que lhe confere os arts. 4º, 6º e 10 do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 22 de março de 2011, na forma que se segue:

DELAÇÃO ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO. “A delação anônima é apta a deflagrar apuração preliminar no âmbito da Administração Pública, devendo ser colhidos outros elementos que a comprovem.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 4, DE 4 DE MAIO DE 2011

(Publicado no DOU de 05/05/11, Seção 1, pg. 22)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO, no uso da competência que lhe confere os arts. 4º, 6º e 10 do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 22 de março de 2011, na forma que se segue:

PRESCRIÇÃO. INSTAURAÇÃO. “A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

Observação: O **ENUNCIADO CGU/CCC Nº 5, de 19 de outubro de 2011**, foi cancelado por meio da Portaria CGU/CRG nº 1.598, de 9 de maio de 2019, publicada no DOU de 17/05/19, Seção 1, pg. 127. A despeito de ainda figurar na lista de Enunciados CGU/CCC disponibilizados no sítio eletrônico da CGU (que - não se sabe se por equívoco - não menciona nem o seu cancelamento e tampouco eventual revogação da Portaria CGU/CRG nº 1.598, de 2019), optou-se por mantê-lo aqui como cancelado.

Observação: O **ENUNCIADO CGU/CCC Nº 6, de 30 de agosto de 2012**, foi cancelado por meio da Portaria CGU/CRG nº 2.769, de 13 de dezembro de 2012, publicada no DOU de 14/12/12, Seção 1, pg. 30.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO****ENUNCIADO CGU/CCC Nº 7, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2013**

(Publicado no DOU de 16/12/13, Seção 1, pg. 11)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe confere os arts. 4º, 6º e 10 do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 02 de julho de 2013, na forma que se segue:

VIDEOCONFERÊNCIA. POSSIBILIDADE. INTERROGATÓRIO. PAD E SINDICÂNCIA. “No âmbito do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância é possível a utilização de videoconferência para fins de interrogatório do acusado.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JUNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO****CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO****ENUNCIADO CGU/CCC Nº 8, DE 9 DE DEZEMBRO DE 2014**

(Publicado no DOU de 10/12/14, Seção 1, pg. 2)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe confere os arts. 4º, 6º e 10 do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 18 de julho de 2014, na forma que se segue:

ART. 132, IV, LEI Nº 8.112/90 C\C ART. 9º, VII, DA LEI Nº 8.429/92. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. “Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO****CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO****ENUNCIADO CGU/CCC Nº 9, DE 30 DE OUTUBRO DE 2015**

(Publicado no DOU de 16/11/15, Seção 1, pg. 41)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, c/c com o art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 17 de abril de 2015, na forma que se segue:

ILÍCITO SÓCIO-GERÊNCIA - ATUAÇÃO FÁTICA E REITERADA. “Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessariamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada’.

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 10, DE 30 DE OUTUBRO DE 2015

(Publicado no DOU de 16/11/15, Seção 1, pg. 42)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, c/c com o art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 17 de abril de 2015, na forma que se segue:

VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. “A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega”.

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 11, DE 30 DE OUTUBRO DE 2015

(Publicado no DOU de 16/11/15, Seção 1, pg. 42)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, c/c com o art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 17 de abril de 2015, na forma que se segue:

CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. “No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandado”. *

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

(Nota: * Retificado o termo “mandato” originalmente publicado para “mandado”, por intermédio da Portaria CGU/CRG nº 2.735, de 19 de novembro de 2015, publicada no DOU de 20/11/15, Seção 1, pg. 8)

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 12, DE 13 DE JANEIRO DE 2016

(Publicado no DOU de 14/01/16, Seção 1, pg. 10)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, c/c com o art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 8 de dezembro de 2015, na forma que se segue:

ATESTADO MÉDICO PARTICULAR. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. “1. O atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. 2. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório carreado aos autos, poderá a prova pericial ser indeferida.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 13, DE 28 DE ABRIL DE 2016

(Publicado no DOU de 02/05/16, Seção 1, pg. 8)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, c/c com o art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 15 de abril de 2016, na forma que se segue:

REPERCUSSÃO DA DESTITUIÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO NO VÍNCULO CELETISTA. “A penalidade de destituição de cargo em comissão aplicada ao empregado público cedido a órgão da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional poderá repercutir no vínculo empregatício, sendo desnecessária a instauração de novo processo disciplinar no âmbito da empresa estatal.”

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 14, DE 31 DE MAIO DE 2016

(Publicado no DOU de 01/06/16, Seção 1, pg. 48)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE, no uso da competência que lhe conferem o art. 15, I, do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, c/c com o art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, sessão realizada em 22 de março de 2013, na forma que se segue:

RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES. “Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, *caput*, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas”.

WALDIR JOÃO FERREIRA DA SILVA JÚNIOR

Observação: O **ENUNCIADO CGU/CCC Nº 15, de 18 de janeiro de 2017**, foi cancelado por meio da Portaria CGU/CRG nº 1.484, de 26 de junho de 2020, publicada no DOU de 01/07/20, Seção 1, pg. 138.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 16, DE 11 DE SETEMBRO DE 2017

(Publicado no DOU de 12/09/17, Seção 1, pg. 31)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, c/c art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 04 de julho de 2017, na forma que se segue:

IMPARCIALIDADE DE MEMBRO DE COMISSÃO DE PROCEDIMENTO CORRECIONAL. “A atuação de membro da comissão em outro procedimento correcional, em curso ou encerrado, a respeito de fato distinto envolvendo o mesmo acusado ou investigado, por si só, não compromete sua imparcialidade.”

ANTÔNIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 17, DE 11 DE SETEMBRO DE 2017

(Publicado no DOU de 12/09/17, Seção 1, pg. 31)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, c/c art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 04 de julho de 2017, na forma que se segue:

APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 À EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI. “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.”

ANTÔNIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 18, DE 10 DE OUTUBRO DE 2017

(Publicado no DOU de 11/10/17, Seção 1, pg. 93)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, c/c art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 04 de julho de 2017, na forma que se segue:

A ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA, ORIUNDA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES. “É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correccional.”

ANTÔNIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 19, DE 10 DE OUTUBRO DE 2017

(Publicado no DOU de 11/10/17, Seção 1, pg. 93)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO, DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016, c/c art. 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, resolve editar o presente Enunciado, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 04 de julho de 2017, na forma que se segue:

DIREITO DE ACESSO INTEGRAL AO PROCEDIMENTO CORRECCIONAL POR TODOS OS ACUSADOS. “Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correccional com

mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados.”

ANTÔNIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 20, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2018

(Publicado no DOU de 28/02/18, Seção 1, pg. 81)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 12 de dezembro de 2017, resolve editar o presente Enunciado:

ADMISSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS ENTRE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. “O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça”.

ANTONIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 21, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2018

(Publicado no DOU de 28/02/18, Seção 1, pg. 81)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 12 de dezembro de 2017, resolve editar o presente Enunciado:

AGRAVAMENTO DA SANÇÃO PELA AUTORIDADE JULGADORA SEM NOVA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. “A autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, sendo desnecessária a abertura de novo prazo para a apresentação de defesa”.

ANTONIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO
CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 22, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2018

(Publicado no DOU de 28/02/18, Seção 1, pg. 81)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 12 de dezembro de 2017, resolve editar o presente Enunciado:

PRESUNÇÃO RELATIVA DE *ANIMUS ABANDONANDI*. “As ausências injustificadas por mais de trinta dias consecutivos geram presunção relativa da intenção de abandonar o cargo”.

ANTONIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 23, DE 31 DE OUTUBRO DE 2018

(Publicado no DOU de 05/11/18, Seção 1, pg. 76)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DO MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 19 de junho de 2018, resolve editar o presente Enunciado:

INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE AGENTES POLÍTICOS. “São passíveis de apuração administrativa disciplinar as infrações cometidas por agentes políticos em razão do exercício de cargo ou emprego público federal”.

ANTONIO CARLOS VASCONCELLOS NÓBREGA

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 24, DE 23 DE JANEIRO DE 2019

(Publicado no DOU de 25/01/19, Seção 1, pg. 35)

(Publicado originalmente como Enunciado CGU/CCC nº 7, de 23 de janeiro, de 2019, foi reenumerado e alterado pela Portaria CGU/CRG nº 1.201, de 22 de março de 2019, DOU de 26/03/19, Seção 1, pg. 74)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 13, I, do Anexo I ao Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 15 de dezembro de 2016, resolve editar o presente Enunciado:

PRORROGAÇÕES DE PRAZO DE COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO - PAR. "O prazo dos trabalhos das comissões de Processo Administrativo de Responsabilização - PAR, de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de

2013, poderá ser prorrogado, por mais de uma vez, mediante ato fundamentado da autoridade instauradora, para possibilitar a regular conclusão do processo”.

GILBERTO WALLER JUNIOR

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 25, DE 23 DE JANEIRO DE 2019

(Publicado no DOU de 25/01/19, Seção 1, pg. 36)

(Publicado originalmente como Enunciado CGU/CCC nº 9, de 23 de janeiro, de 2019, foi renumerado e alterado pela Portaria CGU/CRG nº 753, de 14 de janeiro de 2019, DOU de 15/02/19, Seção 1, pg. 59)

O CORREGEDOR-GERAL DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 4 de dezembro de 2018, resolve editar o presente Enunciado:

INFRAÇÕES DISCIPLINARES - REINCIDÊNCIA. “A reincidência prevista na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é a genérica”.

GILBERTO WALLER JUNIOR

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO

ENUNCIADO CGU/CCC Nº 26, DE 30 DE JANEIRO DE 2019

(Publicado originalmente como Enunciado CGU/CCC nº 8, de 30 de janeiro, de 2019, foi renumerado e alterado pela Portaria CGU/CRG nº 1.920, de 24 de agosto de 2020, DOU de 27/08/20, Seção 1, pg. 173)

O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso da competência que lhe conferem o artigo 14, I, do Anexo I ao Decreto nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e artigo 4º, I, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, e conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 4 de dezembro de 2018, resolve editar o presente Enunciado:

VEDAÇÃO DE EXERCÍCIO DO COMÉRCIO. “A proibição ao exercício do comércio prevista no art. 117, X, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, veda a atuação do servidor público federal como empresário individual ou como administrador de Eireli Empresária”.

GILBERTO WALLER JUNIOR

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

GABINETE DO MINISTRO

ENUNCIADO CGU Nº 4, DE 10 DE MARÇO DE 2022

(Publicado no DOU de 14/03/22, Seção 1, pg. 152)

“Nos pedidos de acesso à informação e respectivo recursos, as decisões que tratam da publicidade de dados de pessoas naturais devem ser fundamentadas nos arts. 3º e 31 da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI), vez que:

A LAI, por ser mais específica, é a norma de regência processual e material a ser aplicada no processamento desta espécie de processo administrativo; e

A LAI, a Lei nº 14.129/2021 (Lei de Governo Digital) e a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) são sistematicamente compatíveis entre si e harmonizam os direitos fundamentais do acesso à informação, da intimidade e da proteção aos dados pessoais, não havendo antinomia entre seus dispositivos.”

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**GABINETE DO MINISTRO****PORTARIA NORMATIVA CGU Nº 78, DE 19 DE ABRIL DE 2023**

(Publicada no DOU de 16/05/23, Seção 1, pg. 113)

Aprova enunciado referente à aplicação da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O MINISTRO DE ESTADO DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso I do art. 6º e o parágrafo único do art. 25 da Portaria CGU nº 1.973, de 31 de agosto de 2021,

RESOLVE:

Art. 1º Esta Portaria Normativa aprova enunciado referente à aplicação da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, conforme constante do Anexo Único a esta Portaria Normativa.

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

VINÍCIUS MARQUES DE CAVALHO

ANEXO ÚNICO

ENUNCIADO REFERENTE À APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990

ENUNCIADO CGU Nº 13/2023

Suspensão por recusa injustificada de inspeção médica. A suspensão prevista no § 1º do art. 130 da Lei nº 8.112 possui natureza de penalidade administrativa, de modo que a sua aplicação deve ser precedida de apuração por meio de Sindicância Acusatória prevista na Lei 8.112/90 ou de Processo Administrativo Disciplinar.