

Manual de Boas Práticas em Matéria Disciplinar

*Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares
CNPAD/CGU/AGU*

5ª Edição
2021



ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

José Levi Mello do Amaral Júnior

CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO

Arthur Cerqueira Valério

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Victor Ximenes Nogueira

Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

Karine Berbigier Ribas (Coordenadora)
Neide Marcos da Silva (Decor/CGU)
Bruno Demczuk de Alencar (Conjur/MJFP)
Ivaniris Queiroz Silva (Conjur/MD)
João Paulo Santos Borba (Conjur/MT)
Vinicius de Carvalho Madeira (Conjur/CGU)
Kleber Alexandre Balsanelli (CGAU)
Renato do Rego Valença (CGU)
Priscilla Rolim de Almeida (PGU)
Juliana Silva Barros de Melo Sant'Ana (CONJUR/MINFRA)
Luzia Fonseca Azevedo (PGFN)
Mila Kothe (PGFN)
Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys (PGF)
Jefferson Heitor de Medeiros Kirchner (PGF)
Rui Magalhães Piscitelli (PGF)

Advocacia-Geral da União

Consultoria-Geral da União

Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares

Edifício Sede AGU I - SAS Quadra 3 Lotes 5/6 CEP: 70070-030 Brasília-DF

Telefone: (61) 2026-8646

Email: cgu.decor@agu.gov.br



Integrantes do Grupo de Trabalho da 1ª Edição

Amanda Cavalcanti de Melo (Consultoria Jurídica junto ao Min. da Previdência Social)
André Augusto Dantas Motta Amaral (Consultoria Jurídica junto ao Min. Des. Agrário)
André Fraga Ferreira (Consultoria Jurídica junto ao Min. Da Previdência Social)
Carina Rocha Seabra (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Christiane de Castro Gusmão (Corregedoria-Geral da União – CGU/PR)
Daniela Figueira Aben-Athar (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Francisco José Bastos Freitas (Consultoria Jurídica junto ao Min. da Justiça)
Helio Saraiva Franca (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Marcelo Belisário dos Santos (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Mila Kothe (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)
Neide Marcos da Silva (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda do Distrito Federal – SEDEST-DF)
Paulo Cesar Wanke (Procuradoria-Geral Federal)
Roberto Vieira Medeiros (Corregedoria-Geral da União/CGU/PR)
Sávia Maria Leite Rodrigues (Deinf/CGU)
Victor Guedes Trigueiro (Consultoria Jurídica junto ao Min. das Cidades)
Vinícius de Carvalho Madeira (Assessoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União)
Virgílio Antônio Ribeiro de Oliveira Filho (Consultoria Jurídica junto ao Min. Da Previdência Social)
Waldemir Ferrarez da Cunha (Consultoria Jurídica junto ao Min. do Des. Agrário)

Integrantes do Grupo de Trabalho da 2ª Edição

Amanda Cavalcanti de Melo (Consultoria Jurídica junto ao Min. da Previdência Social)
André Fraga Ferreira (Consultoria Jurídica junto ao Min. Da Previdência Social)
Bernardo Batista de Assumpção (Procuradoria-Geral da União)
Carina Rocha Seabra (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Christiane de Castro Gusmão (Corregedoria-Geral da União – CGU/PR)
Daniela Figueira Aben-Athar (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Fabio Lucas de Albuquerque Lima (Consultoria Jurídica junto ao Min. da Previdência Social)
Giovanna Teixeira de Souza (Consultoria-Jurídica da União no Estado do Rio Grande do Norte)
Helio Saraiva Franca (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Leonardo de Oliveira Gonçalves (Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil)
Lourival Lopes Batista (Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Trabalho)
Luciana Costa (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)
Luzia Fonseca Azevedo (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)
Melina Frantz Becker (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)
Neide Marcos da Silva (Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Transferência de Renda do Distrito Federal – SEDEST-DF)
Niomar de Sousa Nogueira (Procuradoria-Geral da União)
Paulo Cesar Wanke (Procuradoria-Geral Federal)
Sérgio Antônio Ravara (Consultoria Jurídica junto ao Min. da Educação)
Vinícius de Carvalho Madeira (Assessoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União)
Waldemir Ferrarez da Cunha (Consultoria Jurídica junto ao Min. do Des. Agrário)

Integrantes da Comissão de Procedimentos Administrativos Disciplinares

Brasil. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União.

Manual de Boas Práticas Consultivas em Matéria Disciplinar. 5.ed. Brasília: CNPAD/CGU/AGU, 2021. p. il.

1. Manual de Boas Práticas Consultivas em Matéria Disciplinar. – manifestações jurídicas. I. Título. II. Brasil. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| APRESENTAÇÃO | 7 |
| Enunciados | 8 |
| Enunciado nº 1 | 8 |
| <i>Indexação:</i> Crime contra a administração pública. Trânsito em julgado. Necessidade. Demissão por enquadramento diverso. Possibilidade. | |
| Enunciado nº 2 | 9 |
| <i>Indexação:</i> Prescrição disciplinar. Anotação nos assentamentos funcionais. Impossibilidade. | |
| Enunciado nº 3 | 10 |
| <i>Indexação:</i> Instrução processual. Deficiência. Reinstauração. Necessidade. | |
| Enunciado nº 4 | 11 |
| <i>Indexação:</i> Relatório Final. Sugestão de diligências. Vinculação. Inexistência. Aplicação de penalidade. Possibilidade. Fundamentação. Necessidade. | |
| Enunciado nº 5 | 12 |
| <i>Indexação:</i> Relatório Final. Vinculação. Inexistência. Decisão diversa. Possibilidade. Fundamentação. Necessidade. | |
| Enunciado nº 6 | 13 |
| <i>Indexação:</i> Razoabilidade e Proporcionalidade. Enquadramento da conduta. Aplicação. Enquadramento em pena capital. Desclassificação. Impossibilidade. | |
| Enunciado nº 7 | 16 |
| <i>Indexação:</i> Órgãos e entidades externos. Necessidade de providências. Encaminhamentos. Eventuais prejuízos ao erário ou prática de crime. Providências administrativas. Obrigatoriedade. | |
| Enunciado nº 8 | 17 |
| <i>Indexação:</i> Demissão. Providências posteriores. Necessidade. | |
| Enunciado nº 9 | 18 |
| <i>Indexação:</i> Juízo de admissibilidade e averiguações preliminares. Autoridade competente para instauração. Controvérsia jurídica. Análise pelo setor competente. Obrigatoriedade. | |
| Enunciado nº 10 | 19 |
| <i>Indexação:</i> Denúncia anônima. Providências investigatórias. Possibilidade. Sigilo. Necessidade. | |
| Enunciado nº 11 | 20 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Exercício de fato da gerência ou administração pelo servidor público, de sociedade privada personificada ou não personificada. Impossibilidade. | |
| Enunciado nº 12 | 21 |
| <i>Indexação:</i> Servidor Público. Representação infundada. Reiteração abusiva. Infração disciplinar. Caracterização. | |
| Enunciado nº 13 | 22 |
| <i>Indexação:</i> Notícia de irregularidade por servidor. Quebra da via hierárquica. Possibilidade. | |
| Enunciado nº 14 | 24 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público acusado. Deslocamento temporário para unidade diversa. Possibilidade. | |
| Enunciado nº 15 | 25 |
| <i>Indexação:</i> Relatório Final. Proposta de penalidade. Fixação da autoridade competente. | |
| Enunciado nº 16 | 27 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público cedido. Instauração e julgamento. Competência. | |
| Enunciado nº 17 | 29 |
| <i>Indexação:</i> Processo Administrativo Disciplinar. Prazo legal para conclusão. Extrapolação. Pedido de aposentadoria voluntária. Concessão. Possibilidade. | |
| Enunciado nº 18 | 30 |
| <i>Indexação:</i> Recurso administrativo. Autoridade instauradora ou julgadora. Comissão | |

| | |
|---|------------|
| processante. Atos instrutórios. | |
| Enunciado nº 19 | 33 |
| <i>Indexação:</i> Infração administrativa. Data de nomeação. Data de posse. Apuração. Processo administrativo. Lei nº 9.784/99. | |
| Enunciado nº 20 | 36 |
| <i>Indexação:</i> Interrogatório. Participação de coacusado. Possibilidade. | |
| Enunciado nº 21 | 39 |
| <i>Indexação:</i> Servidor acusado. Depoimento de testemunha. Diárias e Passagens. Concessão. Impossibilidade. | |
| Enunciado nº 22 | 43 |
| <i>Indexação:</i> Abandono de Cargo. Natureza Jurídica. Infração permanente. Prescrição. Termo inicial. | |
| Enunciado nº 23 | 57 |
| <i>Indexação:</i> Empregados públicos. Penalidade. Aplicação. Regime jurídico. | |
| Enunciado nº 24 | 70 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Exoneração. Responsabilização disciplinar. Possibilidade. Ato praticado antes da exoneração. Anotação nos assentamentos funcionais. Devido processo legal. | |
| Enunciado nº 25 | 79 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Apuração disciplinar. Ordem judicial. Suspensão do prazo prescricional. Retorno da contagem do prazo prescricional após a cessação dos efeitos da decisão judicial. Necessidade de intimação do servidor pela autoridade administrativa. | |
| Enunciado nº 26 | 87 |
| <i>Indexação:</i> Processo Administrativo Disciplinar. Instauração. Autoridade incompetente. Convalidação. Possibilidade. | |
| Enunciado nº 27 | 101 |
| <i>Indexação:</i> Processo Administrativo Disciplinar. Prescrição da sanção disciplinar. Ressarcimento ao erário. Possibilidade no prazo prescricional para ressarcimento. Independências das instâncias. | |
| Enunciado nº 28 | 116 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Pedido de Reconsideração, de Revisão ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar. Ação Judicial. Não configuração de desistência tácita. Conhecimento pela autoridade administrativa competente. Análise prejudicada em caso de decisão judicial definitiva. | |
| Enunciado nº 29 | 128 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Cumprimento de decisão judicial transitada em julgado. Perda da função pública. Edição de Portaria. Demissão. Cassação de aposentadoria. Não configuração de penalidade disciplinar. Cargo efetivo. Não depende de instauração de processo administrativo disciplinar. | |
| Enunciado nº 30 | 143 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Responsabilização disciplinar. Aplicação do prazo prescricional penal. Infração administrativa também capitulada como crime. Absolvição na esfera criminal. Absolvição por inexistência do fato, negativa de sua autoria ou reconhecida excludente de ilicitude. Contagem na esfera administrativa. Não aplicação retroativa da extinção da punibilidade. | |
| Enunciado nº 31 | 155 |
| <i>Indexação:</i> Servidor público. Cessão. Procedimento administrativo disciplinar. Inexistência de óbice legal. Possibilidade. Discricionariedade da autoridade administrativa. | |
| Enunciado nº 32 | 1 |
| <i>Indexação:</i> | |

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho iniciou-se por meio dos grupos de trabalhos que remontam aos anos de 2013 e 2014, compostos por Advogados Públicos Federais com notória expertise jurídica em matéria disciplinar, a fim de uniformizar os entendimentos consultivos a respeito e disseminar o conhecimento correlato.

Tal iniciativa vai ao encontro dos ideais da Consultoria-Geral da União/CGU que, como órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União/AGU, possui dentre suas competências a de fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, bem como unificar os entendimentos na seara administrativa, inclusive para prevenir e dirimir as divergências de ordem jurídica entre os órgãos da AGU.

Em continuidade, a Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares – CPPAD, aprofundou os estudos em matéria disciplinar, com a laboriosa atuação da Consultoria-Geral da União, Procuradoria-Geral Federal, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Corregedoria-Geral da Advocacia da União, a fim de auxiliar na uniformização dos entendimentos jurídicos entre as carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União, bem como a todo o conjunto da Administração Pública Federal.

Atualmente, a Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares, constituída pela Portaria CGU/AGU n. 03, de 14 de junho de 2019, publicada no Boletim de Serviço de 17 de junho de 2019, deu prosseguimento ao trabalho de CPPAD sobre o tema, apresentando presente trabalho como uma ferramenta importante para assegurar o resguardo da isonômica aplicação da legislação e a obediência à ordem jurídica nacional.

A presente edição apresenta uma compilação dos enunciados já produzidos pelos grupos e comissões em matéria disciplinar que antecederam a CNPAD e os novos pareceres e enunciados, incluídas as manifestações novas a partir do Enunciado nº 23, oriundos de discussões e debates dentre os ilustres membros desta Câmara, voltados aos valores da segurança jurídica e uniformização dos entendimentos.

ENUNCIADO Nº 1¹

De acordo com o Parecer nº AGU-GQ 124/97 (DOU de 30/05/1997), a demissão com base no enquadramento referente ao crime contra a administração pública (art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90), somente será cabível com o trânsito em julgado de sentença criminal condenatória.

Com efeito, e com base no princípio da independência das instâncias, é possível a aplicação de demissão por infrações disciplinares, ainda que esteja em curso eventual ação penal contra o servidor, desde que o enquadramento proposto seja diverso do art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90.

Indexação: Crime contra a administração pública. Trânsito em julgado. Necessidade. Demissão por enquadramento diverso. Possibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

O Enunciado tem por objetivo aclarar a controvérsia oriunda do Enunciado nº 6, da Câmara de Coordenação de Correição da Controladoria-Geral da União (CGU-PR), atualmente revogado.

Em verdade, o mencionado Enunciado coadunava com as razões expostas no Parecer nº AGU-GQ 124/1997, porém, argumentou-se que seu escopo seria diverso, notadamente por ter sido publicado muito tempo após o mencionado Parecer. Tendo em vista manifestações contrárias ao Enunciado, a Controladoria-Geral da União (CGU-PR) entendeu por revogá-lo.

Destarte, visa o presente enunciado reafirmar o Parecer nº AGU-GQ-124/97, esclarecendo que antes do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória pode haver demissão pelo mesmo fato na esfera administrativa, desde que o enquadramento legal proposto pelo Parecerista seja diverso do art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90.

Relevante observar, ainda, a respeito, o contido no Ofício Circular nº 001-AGUSG-CS-2001, de 20/02/2001.

Se houver sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, poderá haver a proposta de demissão com base no art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90.

¹ Relatoria da Advogada da União Christiane de Castro Gusmão (Corregedoria-Geral da União – CGU/PR)

ENUNCIADO Nº 02²

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.

Indexação: Prescrição disciplinar. Anotação nos assentamentos funcionais. Impossibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO:

Com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 23.262, publicado no DJe de 30.10.14, a Advocacia-Geral da União emitiu o Parecer nº 005/2016/CGU/AGU, adotado pela Advogada-Geral da União, conforme **Parecer nº GMF – 03, aprovado pelo Presidente da República em 19.12.2016 e publicado no DOU de 11.01.17, Seção 1, páginas 15-18.**

DESPACHO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

PROCESSO Nº 00190.001989/2014-92

INTERESSADO: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO: Inconstitucionalidade do art. 170 da Lei 8.112/1990

Parecer nº GMF - 03 (*)

Adoto, para fins os 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

(*) A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho. "Aprovo. Em, 19-XII-2016"

PARECER N. 005/2016/CGU/AGU

PROCESSO: 00190.001989/2014-92

INTERESSADO: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

I. A Administração Pública Federal deve observar a decisão do Supremo Tribunal

² Relatoria da Advogada da União Neide Marcos da Silva (Decor/CGU/AGU)

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 2014 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 (aprovada 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 autoridade⁶ 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 vinculante⁸. 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, respeitadas 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 mutação 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. 9868 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 subseqüente § 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 Advocacia-Geral da União, o qual, uma vez publicado juntamente com o despacho presidencial, consubstanciará parecer normativo que, sob o aspecto formal, vinculará todos os 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 Cíveis 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 Jurídicas 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 legítima, 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 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”.

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 Substantive 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 Authoritative 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 Zavaski, 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.

Este texto não substitui o publicado no DOU de 11.1.2017

ENUNCIADO Nº 3³

Reconhecida a deficiência na instrução processual, após a entrega do relatório final, deverá o Órgão Consultivo propor a reinstauração dos trabalhos apuratórios, com ou sem o aproveitamento dos atos praticados, mantida ou não a mesma composição da comissão processante.

Indexação: Instrução processual. Deficiência. Reinstauração. Necessidade.

FUNDAMENTAÇÃO

³ Relatoria da Advogada da União Amanda Cavalcanti de Melo (Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social), do Procurador Federal Paulo César Wanke (Procuradoria-Geral Federal) e do Advogado da União Virgílio Antônio Ribeiro de Oliveira Filho (Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social).

Trata-se de dever inerente a atividade de análise jurídica dos processos disciplinares informar à autoridade julgadora sobre a eventual deficiência técnica verificada nos trabalhos apuratórios. A manifestação sobre a possibilidade de recondução da investigação disciplinar haverá de destacar a falha jurídica detectada e a sua extensão, recomendando o aproveitamento ou não da prova já produzida e, se possível, com sugestão sobre a possibilidade ou não de manutenção da mesma equipe processante.

Vide art. 169 da Lei nº 8.112/90, art. 49 da Lei nº 9.784/99 e a Portaria Conjunta CGU/CGAU/PGF nº 01/2016.

ENUNCIADO Nº 4⁴

No exercício da atividade de assessoramento jurídico, o órgão consultivo pode opinar pela aplicação da penalidade, conforme sugestão final do relatório da comissão processante, ainda que o órgão correicional, no exercício de competência regimental quanto à análise de regularidade técnica e eficiência do processo disciplinar, opine pela necessidade de reinstauração do feito para novas diligências.

Indexação: Relatório Final. Sugestão de diligências. Vinculação. Inexistência. Aplicação de penalidade. Possibilidade. Fundamentação. Necessidade.

⁴ Relatoria do Advogado da União Vítor Guedes Trigueiro (Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego).

FUNDAMENTAÇÃO

De acordo com o art. 168, da Lei nº 8112/90, o relatório da comissão processante é conclusivo, salvo quando contrário à prova dos autos.

Nessa circunstância, a autoridade competente para aplicação da penalidade pode, desde que fundamentadamente, aplicar penalidade mais grave ou mesmo isentar o servidor de responsabilidade.

Por sua vez, o Decreto nº 3.035/99 estabelece a competência do órgão consultivo para prestar assessoramento jurídico à autoridade competente. Nessa situação, pode o Órgão Consultivo concluir pela existência de contradição entre a conclusão da comissão processante e a prova dos autos opinando pela aplicação de penalidade.

Regimentos internos de órgãos da administração pública que estabelecem competências para as corregedorias seccionais, assim consideradas pelo Decreto 5.480/05, de análise de regularidade técnica e de eficiência de processos disciplinares não eliminam a competência do Órgão Consultivo para se manifestar, com base em seu próprio convencimento, de acordo com a autorização prevista nos atos normativos supracitados.

ENUNCIADO Nº 5⁵

A vinculação da autoridade julgadora às conclusões da Comissão de Processo Disciplinar não é absoluta, cabendo-lhe, fundamentadamente, reconhecer irregularidades que ensejem nulidade total ou parcial do processo, afastar conclusões apresentadas no relatório final que não estejam em consonância com as provas dos autos ou corrigir a capitulação legal dos fatos que foram objeto de indicição.

Indexação: Relatório Final. Vinculação. Inexistência. Decisão diversa. Possibilidade. Fundamentação. Necessidade.

⁵ Relatoria do Procurador da Fazenda Nacional André Magalhães Pessoa (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

FUNDAMENTAÇÃO

O enunciado reafirma a já conhecida vinculação relativa às conclusões da comissão de inquérito no ato de julgamento do processo administrativo disciplinar, cabendo ao julgador a adoção de conclusões divergentes, em hipóteses excetivas.

A primeira situação destacada é a declaração de nulidade total ou parcial do processo, pois é dever da Administração “anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade” (art. 53 da Lei nº 9.784/99).

Na sequência, enfatiza-se que é permitido afastar as conclusões da comissão em dissonância com as provas dos autos, tendo em vista o disposto no art. 168, da Lei nº 8.112/90.

Por fim, registra-se que a alteração do enquadramento legal dado pela comissão é medida necessária quando constatada sua inadequação. Trata-se de procedimento de mera subsunção do fato descrito no termo de indicição a uma norma, que não necessariamente deve ser a mesma indicada pela comissão. Aliás, a Lei nº 8.112/90 é enfática ao estabelecer, em seu art. 161, *caput*, que “tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”.

Não obstante, deve ser avaliado se há, ou não, correlação entre a imputação e o julgamento no processo administrativo disciplinar, a fim de garantir que o indiciado não seja julgado por fato do qual não fora formalmente acusado. Por tal razão, há menção à possibilidade de mudança da capitulação legal apenas no tocante a fatos “que foram objeto de indicição”.

ENUNCIADO Nº 6⁶

O princípio da proporcionalidade deve ser considerado na análise jurídica do processo disciplinar para o efeito do enquadramento da conduta ao ilícito funcional. Nas hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, não há discricionariedade para graduar a pena, mas apenas para realizar o enquadramento, quando será observado o princípio da proporcionalidade. Uma vez enquadrado em uma das hipóteses do art. 132 da Lei nº 8.112, a demissão ou a cassação de aposentadoria serão obrigatórias. Em não se tratando de conduta grave o suficiente para justificar a aplicação da pena expulsiva, caberá o devido enquadramento da conduta para outra mais compatível com a gravidade dos fatos, nunca a atenuação da pena, medida que seria tecnicamente incorreta por ser ilegal.

⁶ Relatoria da Procuradora da Fazenda Nacional Mila Kothe (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional)

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser considerados para fins de enquadramento da conduta ao ilícito funcional e não quando da aplicação da penalidade.

Portanto, uma vez enquadrado em uma das hipóteses do art. 132 da Lei nº 8.112, a demissão ou a cassação de aposentadoria serão obrigatórias. Em não se tratando de conduta grave o suficiente para justificar a aplicação da pena expulsiva, caberá o devido enquadramento da conduta para outra mais compatível com a gravidade dos fatos, nunca a atenuação da pena, medida que seria tecnicamente incorreta por ser ilegal.

Indexação: Razoabilidade e Proporcionalidade. Enquadramento da conduta. Aplicação. Enquadramento em pena capital. Desclassificação. Impossibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado no momento do enquadramento da conduta do acusado à base hipotética do ilícito funcional e não após esse enquadramento.

Observa-se, que o Despacho do Consultor-Geral da União nº 129/2005, de 04 de fevereiro de 2005, da lavra do ilustre João Francisco de Aguiar Drummond, manifestando-se sobre matéria, expede o seguinte pronunciamento ***in verbis***:

Observo, inicialmente, que a reafirmação do entendimento contido em diversas manifestações desta Advocacia-Geral da União, no sentido da obrigatoriedade de aplicação da pena de expulsão quando configurada infração disciplinar prevista no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, vale como regra geral.

Ocorre, entretanto, que, na linha do despacho do Consultor-Geral da União na apreciação da Nota nº AGU/WW-24/2003, de 16 de junho de 2003, relativa ao Processo nº 25100.004128/98-78, já aprovado por Vossa Excelência, não se exclui a possibilidade de, “quando for o caso, em face de infrações menores, de potencial insignificante, afastar-se-á aplicação da penalidade em razão de atipia, como a concebem os tribunais no campo penal”. Em resumo, faltando objetiva relevância jurídico-administrativa, a conduta, mesmo irregular, pode ser considerada insuficiente para aplicar-se a penalidade.

*Esse raciocínio, em tese, poderia ensejar a apuração do grau de significância da conduta, **com vista ao seu enquadramento em um outro tipo, consoante o seu potencial lesivo.** Assim, não se estaria a falar na aplicação de pena substitutiva ou de abrandamento da pena, senão na aplicação da pena à conduta lesiva, especificamente considerada. Não se trata de gradação de pena, mas de gradação de conduta.” (grifos do original).*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem oscilado entre o caráter vinculante e o caráter discricionário do art. 132 da Lei nº 8.112/90, existindo jurisprudência da 1ª e da 3ª Seções em ambos os sentidos. Mas, o Enunciado nº 6 está coerente com farta e recente jurisprudência neste sentido:

“(…) APLICAÇÃO DA PENA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONDUTA QUE SE ENQUADRA À HIPÓTESE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE PARA APLICAÇÃO DE PENA MENOS GRAVOSA. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO

5. Este Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que a Administração Pública, deparando-se com situações nas quais a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado.

6. *Agravo regimental a que se nega provimento*". (AgRg no REsp 1.160.218/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Julgado em 5/06/2014, DJ 16/06/2014)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. SEGURANÇA DENEGADA.

(...).

6. *Autoria e materialidade da conduta comprovadas, em perfeita subsunção dos fatos às normas proibitivas (art. 117, IX e X, e 132, XIII, da Lei 8.112/90), aplicando-se a pena indicada no dispositivo legal, sem chance de discricionariedade*". (MS 19.823/DF, Primeira Seção, Eliana Calmon, Julgado em 14/08/2013, DJ 23/08/2013).

"MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES. AFASTADAS. PROPORCIONALIDADE. OBSERVADA. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

4. *A Administração Pública, ao se deparar com situações em que a conduta do investigado se amolda às hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa, por tratar-se de ato vinculado. Precedentes*

5. *Segurança denegada*". (MS 11.971/DF, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/06/2013, DJe 27/08/2013)

'ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PENA DE DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA DENEGADA. (...)

4. *Diante dos fatos imputados ao impetrante, capitulados, por sua vez, no art. 117, IX, c/c 132, XIII, da Lei 8.112/90, a única punição prevista em lei é a de demissão, não havendo falar, no presente caso, em suposta afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

5. *Segurança denegada*". (MS 17.472/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 22/06/2012)

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE NA SANÇÃO. VERIFICADA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXISTENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

3. *"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"* (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 18.2.2011). No mesmo sentido: MS 16.567/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.11.2011). No mesmo sentido: MS 15.951/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 27.9.2011. *Segurança denegada*". (MS 12.200/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 03/04/2012).

Portanto, acerca da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da pena de demissão, é certo que há julgados da Corte Superior de Justiça no sentido de que, caracterizada conduta para a qual a lei estabelece, peremptoriamente, a aplicação dessa penalidade, inexistente para o Administrador discricionariedade a autorizar a aplicação de pena diversa.

Contudo, revela-se recomendável a observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, possibilitando que, no momento da análise do enquadramento do caso concreto, uma determinada conduta, conforme seu grau de gravidade, seja enquadrada em hipóteses previstas no art. 132, 116 ou 117, sem que isso implique contrariedade aos Pareceres da AGU sobre a matéria, à literalidade do art. 132 e ao princípio da legalidade.

ENUNCIADO Nº 7⁷

I – Constatada a necessidade da remessa do processo ou de seus documentos, em originais ou cópias, para eventuais providências afetas a outros órgãos públicos, é recomendável que a manifestação jurídica de apoio a julgamento especifique a unidade administrativa responsável pelo encaminhamento.

⁷ Relatoria do Advogado da União Francisco José Bastos Freitas (Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça)

II – Se nas análises jurídicas consultivas de natureza disciplinar for verificado prejuízo ao erário, o fato deve ser noticiado ao órgão competente para propor ação judicial reparatória, com a devida remessa da documentação pertinente.

III – Verificando-se na análise de apurações disciplinares que o fato configurador da infração administrativa também se encontra capitulado como crime, caberá a proposta de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público.

Indexação: Órgãos e entidades externos. Necessidade de providências. Encaminhamentos. Eventuais prejuízos ao erário ou prática de crime. Providências administrativas. Obrigatoriedade.

FUNDAMENTAÇÃO

I – A medida tem por objetivo promover a eficiência do cumprimento da decisão administrativa.

II – Esta providência aumenta a possibilidade de reparação dos danos eventualmente causados à Fazenda Pública pelos infratores.

III – O procedimento decorre das disposições dos arts. 154, parágrafo único, e 171, ambos da Lei nº 8.112/90. Orienta-se a remessa, inclusive, quando o Ministério Público já tenha ciência do caso, para efeitos de fundamentação ou aditamento de denúncia, ou embasamento das alegações finais.

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE.

A autoridade que deixa de encaminhar ao Ministério Público a cópia de relatório de processo disciplinar (L. 8.112/90, art. 154, parágrafo único) só incorre na conduta prevista no art. 11, II, da Lei nº 8.429, de 1992 (“retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”) se o aludido relatório capitular como infrações penais os atos ilícitos apurados administrativamente - circunstância incorrente na espécie.” (REsp 1.312.090 – DF 2012/0045217-4, STJ, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 08/04/2014, T1 – PRIMEIRA TURMA)

ENUNCIADO Nº 8⁸

I – Na manifestação jurídica em que se conclui pela aplicação da penalidade disciplinar de demissão, nas hipóteses dos incisos IX, X, XI, XII, XIII, XIV e XVI do art. 117 e incisos I, IV, VIII, IX, X, XI e XII do art. 132, ambos da Lei nº 8.112/90, caberá a proposta de envio de cópias do processo à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB);

⁸ Relatoria do Advogado da União Francisco José Bastos Freitas (Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça)

II – *Nas hipóteses de sugestão de demissão baseadas no art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, caberá a proposta de encaminhamento das peças jurídicas e eventuais documentos pertinentes aos seguintes órgãos, para as providências de alçada:*

a) Departamento de Patrimônio e Probidade Administrativa da Procuradoria-Geral da União (DPP-PGU);

b) Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos da Procuradoria-Geral Federal (CGCOB-PGF);

c) Controladoria-Geral da União (CGU/PR); e

d) Ministério Público Federal, na forma do art. 15 da Lei nº 8.429/92.

A remessa da documentação pertinente já é devida, inclusive, desde a instância instauradora, para as medidas cautelares possíveis.

III – *Sugerida a penalidade de demissão em processo administrativo disciplinar, caberá a proposta de remessa de cópia dos atos decisórios ao Tribunal Superior Eleitoral, na forma prevista na Lei Complementar nº 64/90 com a redação alterada pela Lei Complementar nº 135/2010.*

IV – *Constatado indício de prejuízo ao erário, ainda que esteja prescrita a pretensão punitiva por parte da Administração, o fato deve ser noticiado ao órgão competente para propor ação judicial reparatória, com a remessa da documentação pertinente.*

V – *Em todos os casos, a manifestação jurídica deve apontar o órgão ou a autoridade responsável pelo encaminhamento.*

Indexação: Demissão. Providências posteriores. Necessidade.

FUNDAMENTAÇÃO

Estas medidas atendem a determinação contida no art. 1º, do Decreto nº 3.781/2001, no tocante à Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB). Este e os demais encaminhamentos propiciam o hábil ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao erário e contribuem para o restabelecimento da ordem disciplinar no serviço público, pela sensação de efetiva responsabilização administrativa e civil dos agentes infratores.

Vide a Lei Complementar nº 64/90, com a redação alterada pela Lei Complementar nº 135/2010.

ENUNCIADO Nº 9º

O juízo de admissibilidade quanto à instauração ou não de processo administrativo disciplinar, sindicância ou ainda procedimento de investigação prévia ou verificação preliminar será realizado pela autoridade administrativa competente para instaurar o processo.

⁹ Relatoria do Advogado da União Waldemir Ferrarez da Cunha (Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário) e do Procurador Federal Paulo César Wanke (Procuradoria-Geral Federal)

Eventual análise prévia deve ser procedida por setor de competência correcional da estrutura do próprio órgão.

Havendo consulta acerca de questão jurídica específica, deve ser dissipada a controvérsia pelo órgão responsável pela consultoria e assessoramento jurídico.

Indexação: Juízo de admissibilidade e averiguações preliminares. Autoridade competente para instauração. Controvérsia jurídica. Análise pelo setor competente. Obrigatoriedade.

FUNDAMENTAÇÃO

A presente recomendação tem por finalidade enfatizar, nos termos do art. 144, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, e arts. 29, 48 e 49, da Lei nº 9.784/99, que o juízo de admissibilidade em matéria disciplinar não reclama, necessariamente, manifestação prévia das unidades responsáveis pela consultoria e assessoramento jurídico, o que somente deve ocorrer para a solução de questão jurídica específica eventualmente submetida pela autoridade competente.

ENUNCIADO Nº 10¹⁰

O Poder Público, provocado por delação de origem não confirmável (denúncia apócrifa, não identificada ou com identificação diversa do emissor e serviços eletrônicos de acesso ao cidadão, por exemplo), pode adotar medidas sumárias de verificação, com prudência e discricção, destinadas a conferir a plausibilidade dos fatos nela denunciados.

¹⁰ Relatoria do Advogado da União Waldemir Ferrarez da Cunha (Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Desenvolvimento Agrário)

Acaso encontrados elementos de verossimilhança, poderá o Poder Público formalizar a abertura do processo ou procedimento cabível.

Indexação. Denúncia anônima. Providências investigatórias. Possibilidade. Sigilo. Necessidade.

FUNDAMENTAÇÃO

Este procedimento é compatível com o art. 144, *caput*, da Lei nº 8.112/90.

A presente recomendação visa dar efetividade ao Despacho do Advogado-Geral da União, de 26/11/2007, que aprovou, com acréscimos, o Despacho nº 396/2007, de 23/11/2007, de lavra do Consultor-Geral da União, que cuidaram especificamente do tratamento que deve ser dado às denúncias anônimas e congêneres encaminhadas aos órgãos da Administração Pública.

ENUNCIADO Nº 11¹¹

Configura a falta disciplinar prevista no art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, o exercício de fato da gerência ou administração pelo servidor público, de sociedade privada personificada ou não personificada, em concomitância com o desempenho de cargo público.

¹¹ Relatoria do Procurador da Fazenda Nacional Marcelo Belisário dos Santos (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)

Indexação: Servidor público. Exercício de fato da gerência ou administração pelo servidor público, de sociedade privada personificada ou não personificada. Impossibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

O Enunciado visa a uniformizar entendimento quanto à questão da participação societária do servidor público, na qualidade de sócio gerente ou administrador, em sociedade privada, diante da divergência de entendimentos verificada no âmbito dos órgãos de assessoramento jurídico, de forma que a penalidade de demissão, prevista no art. 132, inciso XIII, da Lei nº 8.112/90, somente seja aplicada quando se comprovar, no curso da investigação disciplinar, o exercício de fato da administração da sociedade, não bastando a mera constatação do nome do servidor como sócio gerente ou administrador nos atos constitutivos.

Evita-se, assim, a aplicação da pena expulsória para aquelas situações em que houve dissolução irregular da sociedade, assim como o fechamento do estabelecimento empresarial ou a extinção do conjunto de bens destinados à exploração da atividade societária, antes do ingresso do servidor público no cargo.

ENUNCIADO nº 12¹²

Configura infração disciplinar a formulação reiterada e abusiva de denúncia notoriamente infundada ou com o propósito de prejudicar o representado por meio das instâncias administrativas.

¹² Relatoria do Procurador da Fazenda Nacional Hélio Saraiva Franca (Corregedoria-Geral da Advocacia da União)

Indexação: Servidor Público. Representação infundada. Reiteração abusiva. Infração disciplinar. Caracterização.

FUNDAMENTAÇÃO

A partir de consulta formulada pela CGAU/AGU, o Consultor-Geral da União, por meio do Despacho nº 2270/2010, de 17 de novembro de 2010, aprovou o Parecer nº 100/2010/DECOR/CGU/AGU, fixando a seguinte interpretação:

“Estou de acordo com o Parecer nº 100/2010/DECOR/CGU/AGU e com os seus Despachos posteriores que o aprovam no sentido de ser admitida, em tese, a sanção ao servidor que abusa do direito-dever de representar.

Encareço a devolução dos autos à Corregedor-Geral da Advocacia da União para ciência e providências.”

Caberá à autoridade competente, munida dos elementos de fato, analisar o caso concreto e concluir pela abertura ou não de processo disciplinar.

ENUNCIADO Nº 13¹³

Não configura ilícito disciplinar levar ao conhecimento de órgão de controle de legalidade fatos com indícios razoáveis de irregularidade de que tiver ciência o servidor, mesmo que sem prévio trâmite pela via hierárquica.

¹³ Relatoria da Advogada da União Christiane de Castro Gusmão (Corregedoria-Geral da União – CGU/PR)

Indexação: Notícia de irregularidade por servidor. Quebra da via hierárquica. Possibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

Aparente conflito se reflete no enunciado sugerido. De um lado, o dever do servidor de informar autoridade superior sobre irregularidades de que tenha conhecimento, constante do artigo 116, incisos VI e XII, e 126-A, todos da Lei nº 8.112, de 11/12/1990. De outro, o interesse público de promover a investigação de uma irregularidade, independente de como tenha se deflagrado o processo de apuração.

A hierarquia não é o ponto fulcral desses dispositivos. Tanto assim que para o dever de subordinar-se à chefia existe previsão legal específica no artigo 116, inciso IV (“cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais”). O ato de levar ao conhecimento de autoridade superior nada mais é que a forma como deve se dar a representação de uma irregularidade conhecida por servidor público, sendo que é a representação que plasma o interesse público, e não o trâmite pela qual a mesma se dá.

Destaque-se que, sempre que o interesse público de apurar esteve em possível conflito com norma posta, esta foi flexibilizada para sobrelevá-lo. À guisa de exemplo, na questão da denúncia anônima, expressamente vedada pela Lei nº 8.112/90 em seu artigo 144, ao dispor que “As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”. Apesar de o dispositivo legal demandar identificação e endereço do denunciante, o Superior Tribunal de Justiça, desde pelo menos 2001, afastou as exigências citadas para aceitar a denúncia anônima, consoante se verifica na ementa abaixo:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. (...)

V - Impossibilidade de se reconhecer a violação ao direito das impetrantes, em face da ausência de provas, por não terem demonstrado, de plano, a violação ao direito, no que tange às questões referentes ao cerceamento de defesa, vedação ao direito de nomear advogado, nulidade no processo por se iniciar com base em denúncia anônima e nulidade ocorrida na citação.

Segurança denegada.” (MS 7.069/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/02/2001, DJ 12/03/2001, p. 86).

No voto proferido, o relator, Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer, também textualmente assevera que “o fato de as denúncias serem anônimas não acarretaria, necessariamente, a nulidade do processo. A previsão do art. 144 busca dar maior segurança ao servidor público, evitando que possa vir a ser denunciado caluniosamente por colega ou terceiro que protegido no anonimato. Mas isso também não significa que a denúncia anônima deva ser absolutamente desconsiderada, acarretando, inclusive, nulidade na raiz do processo. É possível que ela venha a ser considerada, devendo a autoridade proceder com maior cautela, de modo a evitar danos ao denunciado eventualmente inocente”.

Note-se que o referido decisum é anterior à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31/10/2003, assinada pelo Brasil em 09/12/2003 e promulgada através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que pugna pela facilitação de acesso aos órgãos de investigação, inclusive via denúncia anônima.

Assim, da mesma forma, o interesse público de apurar deve ser privilegiado em face da dicção legal que impõe ser dever do servidor obedecer a via hierárquica para dar conhecimento da irregularidade. O cerne dos dispositivos citados diz respeito não à hierarquia, que nada mais é do que a forma como deveria ser encaminhada a representação, mas sim ao próprio dever de representar de per se. Não é a forma que é o mais relevante, na hipótese, mas levar ao conhecimento de irregularidade disciplinar a quem possa atuar, como

um corolário do próprio dever de lealdade. Nesse sentido, o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União, ao discorrer sobre o inciso VI do artigo 116, dispõe:

“Os servidores têm o dever de lealdade às instituições a que servirem, de acordo com o art. 116, II, da Lei nº 8.112/90, bem como, de forma ampla, ao próprio serviço público e à legalidade dos atos praticados. Em atenção ao dever de lealdade e à observância à legalidade administrativa, a lei impõe ao servidor a obrigação de denunciar a ocorrência de quaisquer irregularidades que tome conhecimento em razão do exercício do cargo público”.

ENUNCIADO Nº 14¹⁴

Situa-se na órbita do poder discricionário do gestor a possibilidade de remanejamento temporário e cautelar do acusado em processo administrativo disciplinar, para equipe de trabalho diversa daquela em que atue, preferencialmente na localidade de

¹⁴ Relatoria do Advogado do Procurador Federal Paulo César Wanke (Procuradoria-Geral Federal)

exercício para a manutenção da normalidade do serviço público durante o transcurso da apuração disciplinar.

Indexação: Servidor público acusado. Deslocamento temporário para unidade diversa. Possibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

Art. 45 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

ENUNCIADO Nº 15¹⁵

¹⁵ Relatoria do Drs. Amanda Cavalcanti Melo e André Fraga Ferreira

A proposta da comissão processante, em seu relatório final, define a autoridade competente para o julgamento, que decidirá e aplicará a sanção, ainda que delibere por pena mais branda.

Indexação: Relatório Final. Proposta de penalidade. Fixação da autoridade competente.

FUNDAMENTAÇÃO

A penalidade sugerida pela Comissão Processante fixa a competência para o julgamento do processo administrativo disciplinar, segundo se extrai da redação dos arts. 141 e 167, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90.

Conforme expõe a Controladoria-Geral da União, o legislador adotou, como critério da definição de competência, a proposta formulada no relatório final:

“Nesse rumo, destaque-se que a competência para o julgamento do processo será, em regra, fixada pela pena proposta (que, a princípio, se presume coerente com o enquadramento adotado) - daí porque se reforça a interpretação de que a Lei nº 8.112, de 11/12/90, permite que a comissão proponha a pena e, mais que isso, se recomenda que assim se faça no relatório. Se, a despeito dessa recomendação, a comissão não propuser pena, a competência julgadora será demarcada pela pena associada ao enquadramento aposto no relatório. (Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar – Formação de Membros de Comissões, julho de 2011, p. 597)”

Entretanto, o art. 141 da Lei nº 8.112/90 não impede a autoridade julgadora de aplicar pena menos severa do que a sugerida no relatório final, uma vez que a competência para a imposição da sanção de maior gravidade pressupõe a atribuição para as penalidades mais brandas, embora o oposto não seja verdadeiro. Portanto, não se faz necessário que a autoridade remeta os autos à instância inferior tão somente para a aplicação de reprimenda de menor grau. Tal conclusão encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL CIVIL. PROCESSO DISCIPLINAR. PENALIDADE DE SUSPENSÃO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RETROATIVIDADE DA LEI. NÃO HAVIDA. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE. EXISTENTE. MALFERIMENTO DA PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

(...)

4. O Secretário de Segurança Pública possui competência para aplicação de penalidade de suspensão, por força do art. 98, II, da Lei Estadual n. 11.370/2009 e foi - no caso concreto - a autoridade que instaurou o inquérito. Não afigura razoável considerar que a autoridade superior - que possui função de revisão dos atos - esteja ausente de competência para aplicação de penalidade inferior. Ademais, no caso concreto, quando da instauração, não estava definida a penalidade que seria aplicável.

(...)

(RMS 35.411/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 13/03/2012)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - PRELIMINAR - NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO - IMPEDIMENTO DOS JULGADORES - REJEIÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - APURAÇÃO DE FALTAS ATRIBUÍDAS A MAGISTRADO - IRREGULARIDADES - CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA - INEXISTÊNCIA - PENA APLICADA - COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PROLATOR - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - MÉRITO ADMINISTRATIVO - REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO.

(...)

III - O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atribui ao Conselho Superior da Magistratura a competência para imposição da pena de censura a Magistrado de primeira instância. Todavia, a aplicação pelo Órgão Especial do Tribunal a quo de referida punição mais branda foi orientada pelo princípio da razoabilidade, que se contrapõe ao apego excessivo às formas. O juiz alterou positivamente o seu comportamento, não merecendo a imposição de punição grave dentre aquelas elencadas na competência do Órgão Especial, sendo desnecessária, ainda, a remessa dos autos ao órgão inferior tão somente para aplicação da penalidade menos gravosa.

(...)

(RMS 11.474/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 18/10/2004, p. 297)

Em tais julgamentos, a Corte asseverou não ser razoável que a autoridade superior possa impor convicção de julgamento à instância inferior, mas não tenha competência para aplicar a pena diretamente.

ENUNCIADO N° 16¹⁶

¹⁶ Relatoria do Advogado da União Vinicius de Carvalho Madeira

O servidor efetivo de órgão de qualquer Poder que se encontre cedido a outro órgão (ocupando ou não cargo em comissão) e neste pratique conduta que configure ilícito disciplinar, será processado neste órgão ou no órgão de origem e, caso haja sugestão de demissão ou cassação de aposentadoria, será julgado pelo Ministro de Estado chefe do órgão onde tenha o vínculo efetivo, devendo, caso receba a pena demissória, perder o cargo efetivo.

Na mesma hipótese, caso o processo seja instaurado pelo Ministro de Estado chefe da Controladoria-Geral da União, se o cargo efetivo do servidor for pertencente à Administração Pública Federal, poderá esta autoridade, por forças da Lei nº 10.683/2003, do Decreto 5.480/2005 e mesmo do MS nº 14.534/DF – STJ/2010, julgar e aplicar diretamente a penalidade de demissão ou cassação de aposentadoria.

Indexação: Servidor público cedido. Instauração e julgamento. Competência.

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme a Nota DECOR CGU/AGU nº 16/2008 – NMS, aprovada pelo Despacho DECOR/CGU/AGU nº 10/2008-JD, aprovado, por sua vez, pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 143/2008, da Consultoria-Geral da União, e aprovadas pelo Advogado-Geral da União nos autos do Processo nº 04988.013548/2004-46, em 4 de abril de 2008, cabe ao órgão onde o ilícito foi cometido processar o servidor, mas competirá ao órgão onde o servidor tem o cargo efetivo julgar e aplicar a penalidade.

Este posicionamento, adotado pela cúpula dos órgãos consultivos da AGU e pelo próprio Advogado-Geral da União, parte do pressuposto de que o servidor que merece demissão será demitido do cargo efetivo (o art. 132 vaticina que “será demitido” quem nele incursionar), mesmo porque não existe demissão de cargo em comissão. Ou seja, não importa qual órgão processe o servidor, nem o local onde foram praticados os ilícitos. Se o servidor incursionar no art. 132 da Lei 8.112/90 a consequência será a pena expulsória do cargo efetivo, não sendo relevante em qual órgão esteja este cargo efetivo nem que tenha praticado o ilícito no exercício de cargo em comissão em outro órgão. Outrossim, por força do art. 134 da Lei 8.112/90, se já estiver aposentado e tenha praticado os fatos anteriormente, a consequência será a cassação da aposentadoria.

A questão ainda não muito bem pacificada diz respeito à definição de quem aplica a pena. É que, eventualmente, a autoridade do órgão diferente do que aquele que fez o PAD pode não concordar com a Comissão de PAD de outro órgão. Mas isso também aconteceria entre a Comissão e a autoridade julgadora mesmo quando ambas pertencem ao mesmo órgão. Assim, se a autoridade do órgão de origem do servidor discordar das conclusões da Comissão de PAD, caberá àquela resolver a questão da mesma maneira que qualquer autoridade resolve as divergências de entendimento com qualquer Comissão de PAD (podendo não acatar as sugestões e até requerer a reabertura do PAD). De qualquer modo, se quem aplica concluir que o servidor praticou um fato descrito no art. 132 da Lei 8.112/90, só lhe restará demiti-lo do cargo efetivo, ainda que o servidor estivesse cedido e tivesse praticado o ilícito sem nenhuma vinculação com o órgão de origem.

É muito importante que no momento do parecer jurídico – caso a comissão de PAD não tenha verificado – observe-se se o servidor indiciado tem ou não cargo efetivo em outro órgão, para que se determine o envio dos autos à autoridade julgadora correta e que esta, se for o caso, demita o servidor do cargo efetivo por ilícito praticado em outro órgão.

Não se pode olvidar que o § 1º do art. 18 da Lei 10.683/2008 dá ao Ministro da Controladoria-Geral da União - CGU poderes para também julgar e aplicar a pena a servidores de outros órgãos. Portanto, tem competência para aplicar as penas capitais também a servidores de outros órgãos da Administração Pública Federal, o que não acontece com os demais Ministros. Neste sentido, há o Parecer nº 1007/2012/CONJUR-

MEC/CGU/AGU, que conclui pela legitimidade da Controladoria-Geral da União para instaurar, conduzir e julgar processos de outros órgãos e impor o cumprimento de tal julgamento a estes órgãos.

ENUNCIADO Nº 17¹⁷

Ultrapassado o prazo legal de 140 (cento e quarenta dias) para a apuração

¹⁷ Relatoria do Procurador da Fazenda Nacional Helio Saraiva Franca

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.

Indexação: Processo Administrativo Disciplinar. Prazo legal para conclusão. Extrapolação. Pedido de aposentadoria voluntária. Concessão. Possibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

O enunciado acima encontra amplo apoio na jurisprudência e na doutrina sobre o tema, bem como nos órgãos jurídicos integrantes ou vinculados à Advocacia-Geral da União (PARECER PGFN/CJU/COJPN Nº 1528/2016 e CONCLUSÃO DAD/DEPCONSU/PGF/AGU Nº 11/2015, referente ao PARECER nº 205/PGF/SBLB/2007). Nesse sentido, a restrição estabelecida pelo art. 172 da Lei nº 8.112, de 1990, deve ser interpretada de forma harmônica com os prazos estabelecidos nos artigos 152 e 167, da mesma Lei, de forma a atender ao princípio da razoabilidade dos atos da Administração.

Cabe registrar que a concessão de aposentadoria ao servidor, nessas condições, não afasta a possibilidade de sua punição pelos fatos gravíssimos devidamente apurados no curso do processo disciplinar, na forma do art. 127, inciso IV, combinado com o art. 134, ambos da Lei nº 8.112, de 1990.

ENUNCIADO Nº 18¹⁸

¹⁸ Relatoria dos Advogados da União Juliana Helena Takaoka Bernardino e Rafael Schaefer Comparin

Não é cabível recurso pelo acusado à autoridade instauradora ou julgadora, no transcurso do Processo Administrativo Disciplinar, em face de atos de instrução da Comissão Processante.

Indexação: Recurso administrativo. Autoridade instauradora ou julgadora. Comissão processante. Atos instrutórios.

FUNDAMENTAÇÃO

Não é incomum, durante o curso de processos administrativos disciplinares, acusados se insurgirem contra deliberações tomadas pela Comissão Processante em sua instrução.

Nada obstante a possibilidade de o acusado solicitar esclarecimentos à própria Comissão, inclusive alertando-a sobre o eventual risco de se estar incorrendo em nulidades em sua condução, não se mostra cabível a utilização de recurso à autoridade instauradora para que esta reformule decisões tomadas pelo trio processante na instrução do feito.

O cabimento do recurso hierárquico, como se intui a partir de sua denominação, está naturalmente atrelado às nuances da hierarquia existente entre, de um lado, a autoridade ou órgão *a quo* e, de outro, a autoridade ou órgão *ad quem*, de maneira a preservar-se, no exercício da competência para o reexame ou para a revisão de atos e decisões administrativas, o funcionamento orgânico e escalonado da Administração Pública. Nesse sentido, observe-se o ensinamento de DIOGO FREITAS DO AMARAL:

"[...] o recurso hierárquico se situa no âmago da hierarquia: se o definirmos como meio de impugnação de um acto perante o superior hierárquico do seu autor, isso significa que há, por um lado, um órgão subalterno e, por outro, um órgão superior. Quer dizer, há hierarquia.

É, assim, a hierarquia que caracteriza especificamente o recurso hierárquico, permitindo defini-lo de forma positiva e, ao mesmo tempo, delimitar o seu âmbito de aplicação e distingui-lo dos demais recursos administrativos.

Com efeito, pode afirmar-se que não existe recurso hierárquico sem hierarquia; que o recurso hierárquico tem uma amplitude maior ou menor conforme a intensidade do vínculo hierárquico; que o recurso hierárquico existe porque existe hierarquia; e que não há recurso hierárquico fora do âmbito da hierarquia.

A hierarquia funciona, portanto, como condição, como critério, como fundamento e como limite do recurso hierárquico." [1]

A possibilidade de interposição de recurso hierárquico em processos disciplinares, com amparo nos artigos 107 e 108 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, não abrange as deliberações da Comissão Disciplinar a respeito de atos de instrução no decorrer da fase de inquérito administrativo, uma vez inexistente relação de subordinação quanto a esta atividade entre a Comissão Disciplinar e a autoridade instauradora.

Cabe ainda não olvidar que o sistema recursal previsto no âmbito do procedimento administrativo (Lei n. 8.112/1990 e Lei n. 9.784/1999) abrange as decisões de mérito proferidas pela Administração Pública, na qual não incluídas deliberações tomadas para a instrução dos processos.

Quanto à relação entre a Comissão Processante e a autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar, deve-se considerar em especial o disposto no artigo 150, caput, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, a saber:

“Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.”

De acordo com o Estatuto do Servidor Público Federal, é competência da Comissão Processante conduzir o processo disciplinar e, ao fazê-lo, está obrigada a desincumbir-se de suas atividades com independência e imparcialidade, com o objetivo de apurar os fatos independentemente de prejulgamentos e de influências externas favoráveis ou não ao acusado.

Inserir-se em tal atribuição deliberar sobre a admissão de atos de instrução reputados indispensáveis, úteis e pertinentes ao esclarecimento dos fatos sob apuração (artigo 155 do Estatuto), bem como a não realização daqueles atos que, diante das circunstâncias do caso concreto, mostrem-se impertinentes, meramente protelatórios ou sem interesse para o esclarecimento dos fatos (artigo 156, §§ 1º e 2º, do Estatuto), sendo que remansosa e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o indeferimento motivado de produção de prova não constitui afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa (Ag Reg no AI 763835/RS. Min. Rel. Gilmar Mendes, 23.08.2011; ROMS 32.977/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, 18.06.2014).

A relação entre a autoridade instauradora e a Comissão Disciplinar não se amolda à basilar ideia de hierarquia entre instâncias de um mesmo órgão administrativo, a qual pressupõe uma relação de subordinação em que figurem contrapostos o poder de direção da autoridade superior e o dever de obediência da autoridade subalterna, mas, em vez disso, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabeleceu competências específicas da Comissão Processante e da autoridade instauradora durante a fase de inquérito do processo administrativo disciplinar.

Caso se entendesse pela possibilidade de decisões tomadas pela autoridade instauradora, proferidas em sede de recurso, substituir as decisões da Comissão Processante na condução do PAD, é certo que, na prática, toda a instrução do procedimento recairia, ao final, sobre a própria autoridade instauradora, o que certamente desrespeitaria a vontade do legislador preconizada no art. 150 da Lei n. 8.112/1990.

Não se pode desconsiderar ainda a incumbência que recai sobre o Estado em garantir a duração razoável do processo (LXVIII do art. 5º, CRFB/1988), sendo que viabilizar a utilização por acusados de instrumentos processuais inócuos, ou seja, sem aptidão de surtir os desejados efeitos, apenas labora em desfavor daquela, permitindo assim o exercício de um pretenso direito de forma abusiva e meramente protelatória, o que é repudiado pelos Tribunais pátrios (RE 839163 QO, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2014, Processo Eletrônico DJe-027 Divulg 09-02-2015 Public 10-02-2015 [2]; AgInt no RMS 52.089/AM, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/06/2017, DJe 12/06/2017).

Por fim, é de bom alvitre assinalar que a prorrogação e a recondução da comissão processante consistem em instrumentos de simples gerência da autoridade instauradora, que não se confundem com quebra da autonomia ou independência da Comissão, visando tão somente controlar o andamento dos trabalhos e a dedicação do trio processante, sem interferir na leitura do mérito.

[1] AMARAL, Diogo Freitas do. *Conceito e Natureza do Recurso Hierárquico*. 2ª ed. Coimbra, 2005, p. 49-50.

[2] No julgamento de questão de ordem do RE 839163, o eminente processualista e então Ministro do Supremo Tribunal Federal Teori Zavascki advertiu: *"o princípio da duração razoável do processo [...] tem*

como contrapartida o dever de todos de não utilizar de mecanismos procrastinatórios para retardar o desfecho do processo".

ENUNCIADO N° 19¹⁹

¹⁹ Relatoria do Advogado da União Erick Magalhães Santos

Constatados indícios de infração administrativa entre a data de nomeação e a posse em cargo público, deve ser instaurado processo administrativo para verificação de vícios no ato de posse e respectiva anulação, na forma da Lei n. 9.784/1999.

Indexação: Infração administrativa. Data de nomeação. Data de posse. Apuração. Processo administrativo. Lei nº 9.784/99.

FUNDAMENTAÇÃO

A Lei n. 8.112/1990 trata do “Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis” federais e considera como servidor a “pessoa legalmente investida em cargo público”, sendo a “investidura em cargo público ocorrerá com a posse.” (arts. 1º, 2º e 7º).

A nomeação, por outro lado, é apenas o ato administrativo que materializa o provimento originário, na forma do artigo 8º da Lei. Antes da posse, o nomeado ainda não ostenta a condição de servidor público, até porque não aquiesce com o ato de nomeação.

Por consequência, o regime disciplinar estatutário somente se aplica à específica classe dos servidores públicos que “agentes se vinculam ao Estado por uma relação permanente de trabalho e recebem, a cada período de trabalho, a sua correspondente remuneração”[1].

A responsabilidade disciplinar do servidor pressupõe o “exercício irregular das atribuições” (art. 121), o que reforça a conclusão no sentido de que somente podem ser praticados após a posse. Nessa linha, os artigos 116 e 117 da Lei trazem, respectivamente, deveres e vedações aos servidores.

Isso não significa, entretanto, que a Administração deva ficar inerte ao tomar ciência de ilícitos jurídicos que *configurariam*, em tese, infração funcional caso o nomeado venha a tomar posse.

Inicialmente, cumpre observar se tal ilícito interfere no atendimento aos requisitos para investidura no cargo, que, de modo geral, encontram-se dispostos no artigo 5º do Estatuto:

“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.”

Com efeito, a investidura em cargo público é ato administrativo que se submete, à anulação, que é o “desfazimento por razões de ilegalidade”[2]. Assim, a constatação de que não foi observado requisito legal para a investidura pode inquinar os elementos “motivo” e “forma” do ato administrativo, que segundo ensina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho[3]:

“O vício de *forma* provém do ato que inobserva ou omite o meio de exteriorização exigido para o ato, ou que não atende ao procedimento previsto em lei como necessário à decisão que a Administração deseja tomar. Para exemplificar, veja-se a hipótese em que a lei exija a justificação do ato e o agente a omite quando de sua prática. Da mesma forma, configura-se como vício no referido elemento a punição sumária de servidor público, sem que se tenha

instaurado o necessário processo disciplinar com a garantia da ampla defesa e do contraditório.

No que toca ao elemento *motivo*, o vício pode ocorrer de três modos, muito embora a Lei nº 4.717/1965 só se refira à inexistência dos motivos (art. 2º, parágrafo único, “d”): (1º) inexistência de fundamento para o ato; (2º) fundamento falso, vale dizer, incompatível com a verdade real; (3º) fundamento desconexo com o objetivo pretendido pela Administração. Se o agente pratica o ato sem qualquer razão, há vício no elemento “motivo”. O mesmo sucede se baseia sua manifestação de vontade em fato que não existiu, como, v. g., se o ato de cassação de uma licença é produzido com base em determinado evento que não ocorreu. Exemplo da terceira modalidade desse vício é aquele em que o agente apresenta justificativa que não se coaduna com o objetivo colimado pelo ato.”

Desse modo, e *ad argumentandum*, na hipótese de o servidor nomeado apresentar documento falso para comprovar qualquer desses requisitos, não há dúvidas quanto à possibilidade de anulação do ato de posse, após a devida garantia do contraditório e da ampla defesa na forma da Lei n. 9.784/1999.

Outra situação que merece cuidado é a prática de ilícito permanente, **que se inicia antes da posse, mas permanece após a investidura**, caso em que se mostra possível a abertura de processo administrativo disciplinar.

A título exemplificativo, o dever de “manter conduta compatível com a moralidade administrativa” (art. 116, IX) certamente será infringido, no mínimo em concomitância com o ato de posse, por aquele que 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”.

Isso não depende, ao contrário do que possa parecer, de ser a própria infração penal permanente ou instantânea com efeitos permanentes, mas apenas de haver qualquer repercussão administrativa dos fatos após a posse do servidor.

Pois bem. Nada obstante os limites do assunto relatado, qual seja, a específica situação de infração “funcional” entre a data da nomeação e a posse, considerando-se as discussões travadas em sessão, submete-se, à deliberação do Colegiado, proposta de enunciado mais ampla para abarcar também possíveis infrações anteriores à própria nomeação.

Não se ignora que a ampliação da possibilidade de controle administrativo sobre fatos anteriores ao ingresso no serviço público poderia gerar insegurança jurídica, dado o risco de permitir indevida “devassa” sobre questões estranhas e anteriores à condição de agente público.

Acredita-se, entretanto, que essa questão é solucionada com a exigência de que tais fatos, embora anteriores à posse, tenham “aptidão para invalidar” o ato administrativo de investidura.

Provavelmente, a principal situação anterior à própria nomeação, mas com repercussão no ato de posse é a existência de fraude no concurso público que gerou a nomeação, o que viola a exigência constitucional de “aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos” (CF, art. 37, II), sendo certo que a aprovação, nessa situação, é inexistente.

Portanto, o cometimento de infração, por parte de nomeado a cargo público federal, entre a data da nomeação e a posse, pode ensejar a nulidade da respectiva posse,

após procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, nos moldes da Lei nº 9.784/1999.

[1] CARVALHO FILHO, José dos Santos. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2015, p. 615.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 27ª ed., 2014.p. 291.

[3] MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2015, p. 214.

ENUNCIADO Nº 20²⁰

²⁰ Relatoria do Advogado da União João Paulo Borba

É facultada a participação do coacusado ou do respectivo representante de defesa no interrogatório de outro acusado com a finalidade de elucidar os fatos, oportunizando-se àquele reinquirir este por intermédio do presidente da comissão.

Indexação: Interrogatório. Participação de coacusado. Possibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

1. O art. 159, § 1º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, estabelece que, na pluralidade de acusados, a comissão processante deverá realizar o interrogatório dos mesmos separadamente, *in verbis*:

“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.”

2. Depreende-se, assim, que a norma legal determina que os acusados deverão ser interrogados separadamente. Contudo, silencia acerca da participação do acusado ou de seu representante de defesa no interrogatório de outro acusado.

3. Convém lembrar que o interrogatório, no processo administrativo disciplinar, pode ser compreendido como meio de defesa conferido ao acusado para apresentar sua versão sobre os fatos apurados, sendo facultado ao mesmo confessar ou permanecer em silêncio.

4. Além de ser reconhecido como meio de defesa, o interrogatório também pode ser considerado como meio de prova, quando o acusado, por exemplo, confessa algum fato.

5. A respeito da natureza jurídica do interrogatório como meio de prova e defesa, cumpre colacionar o seguinte posicionamento de doutrinador penalista, cuja orientação pode ser aplicada na seara disciplinar por analogia, *in litteris*:

“A natureza jurídica do interrogatório

(...)

d) **é meio de prova e defesa, primordialmente; em segundo plano, é meio de prova**. Esta última é a posição que adotamos. Note-se que o interrogatório é, fundamentalmente, um meio de defesa, pois a Constituição assegura ao réu o direito ao silêncio. Logo, a primeira alternativa que se avizinha ao acusado é calar-se, daí não advindo consequência alguma. Defende-se apenas. Entretanto, caso opte por falar, abrindo mão do direito ao silêncio, seja lá o que disser, constitui meio de prova inequívoco, pois o magistrado poderá levar em consideração suas declarações para condená-lo ou absolvê-lo.

(NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 10 ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo.p. 430/431)”

6. Diante dessa linha argumentativa sobre a natureza jurídica do interrogatório como meio de prova, tem-se que é factível o acusado ou seu representante de defesa reinquirir outro coacusado objetivando a busca da verdade real sem se descuidar, por importante, da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

7. Com efeito, esclarece-se que o princípio da verdade real ou verdade material, vinculado ao princípio da oficialidade, reflete a concepção de que a Administração, notadamente na fase instrutória, deve envidar todos os esforços para a elucidação dos fatos

tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos.

8. Nestes termos, e no escólio da Professora Odete Medauar, a Administração “tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.” (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131). Portanto, e no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.

9. Assim, afigura-se possível a participação do coacusado ou de seu representante de defesa do acusado no interrogatório de coacusado, inclusive para apresentar perguntas e esclarecer os fatos, a juízo da comissão processante, podendo-se, para tanto, indeferir pedidos com fins meramente proleatórios ou para tumultuar o processo, conforme já consagrado pela jurisprudência, *in verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PARTICIPAÇÃO OU GERÊNCIA EM EMPRESA PRIVADA. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. SEGURANÇA DENEGADA.

1. O procedimento transcorreu em estrita obediência à ampla defesa e ao contraditório, com a comissão processante franqueando ao impetrante todos os meios e recursos inerentes à sua defesa.

2. É cediço que o acusado deve saber quais fatos lhe estão sendo imputados, ser notificado, ter acesso aos autos, ter possibilidade de apresentar razões e testemunhas, solicitar provas etc., o que ocorreu in casu. É de rigor assentar, todavia, isso não significa que todas as providências requeridas pelo acusado devem ser atendidas; ao revés, a produção de provas pode ser recusada, se protelatórias, inúteis ou desnecessárias.

3. “O princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203).

4. Alegações que exigem dilação probatória são insuscetíveis de ser examinadas neste juízo de cognição sumária, em que é imprescindível a prova pré-constituída dos fatos.

5. Mandado de segurança denegado.” (MS 9076, Rel. Min. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 26/10/2004).

10. Feitas essas considerações, é necessário mencionar que inexistente previsão na Lei nº 8.112, de 1990, que estabeleça a obrigatoriedade ou a vedação da participação do coacusado ou de seu representante de defesa no interrogatório de outro acusado.

11. As ementas de julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, dentre as quais se tem recente manifestação dessa Corte Superior, confirmam o entendimento acima apresentado, *ipsis litteris*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TÉCNICA EM SEGURIDADE SOCIAL. FORMULAÇÃO DE REQUERIMENTO DE BENEFÍCIO EM NOME DE TERCEIRO, COM ALTERAÇÃO DE DADOS PARA QUE ESSE FOSSE CONCEDIDO E RECEBIDO POR SUPOSTO PROCURADOR. SUPOSTA IRREGULARIDADE EM RELAÇÃO A OUTRAS ACUSADAS. FALTA DE INTERESSE E LEGITIMIDADE PARA A ALEGAÇÃO. PERÍCIA. DATA E HORÁRIO DE INÍCIO. ASSISTENTE TÉCNICO. PRESENÇA NO INTERROGATÓRIO DAS DEMAIS ACUSADAS. OPORTUNIDADE PARA ALEGAÇÕES FINAIS. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PELA PORTARIA

INAUGURAL DO PAD. INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA REVOLVIMENTO DAS PROVAS. PROPORCIONALIDADE DA PUNIÇÃO. DEMISSÃO COMO ÚNICA PENALIDADE COMINADA PARA A INFRAÇÃO DO INCISO IX DO ART. 117 DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

7. Nos termos do § 1º do art. 159 da Lei 8.112/90, "no caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente". Assim, não era o caso de a Comissão Processante ter intimado a impetrante da data do interrogatório das demais acusadas.

8. Quando o § 2º do mesmo art. 159 diz que o procurador poderá assistir ao interrogatório, ele está se referindo ao advogado do acusado que será interrogado naquele momento. O interrogatório é um mecanismo de autodefesa, razão pela qual eventuais outros acusados não podem nele interferir.

9. "Não há previsão normativa alguma que confira a prerrogativa ao advogado de presenciar o depoimento de outros acusados, no mesmo processo administrativo disciplinar ..." (MS 8.496/DF, Rel. Ministro Hélio Quágua Barbosa, Terceira Seção, DJ 24/11/2004). "Não há ilegalidade na negativa da participação do impetrante ou de seu procurador no interrogatório dos demais acusados". (MS 10.128/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Terceira Seção, DJe 22/02/2010).

(...)

20. Segurança denegada.”

(MS 17.474/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2016, DJe 29/11/2016)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO. ADVOGADO DO ACUSADO. TERMO DE INDICIAMENTO. PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA. PARTE INTEGRANTE DO ATO DEMISSÓRIO. MOTIVAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO. DESNECESSIDADE. MEMBRO DA COMISSÃO. PRESIDENTE COM IDÊNTICO NÍVEL DO ACUSADO. DIREITO AO SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PERÍCIA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE QUESITOS E DE INDICAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. Cabe ao Presidente da República a organização e funcionamento da administração federal, podendo delegar essa atribuição, conforme dispõe o art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal. 2. **Não há previsão normativa alguma que confira a prerrogativa ao advogado de presenciar o depoimento de outros acusados, no mesmo processo administrativo disciplinar, assim como de formular questões ao seu próprio constituinte.** (...)” (MS 8496/DF, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 24/11/2004 p. 225)

12. Portanto, e em que pese não existir previsão legal que confira prerrogativa ao acusado ou de seu representante de presenciar o depoimento de outros acusados, tem-se que não existe óbice para que a comissão processante permita a citada presença e, nesta senda, até se recomenda que as comissões processantes notifiquem os outros acusados para, se quiserem, participem da oitiva de coacusado com a finalidade de melhor elucidar os fatos e conferir maior valor probante ao depoimento prestado, primando pela busca da verdade real.

13. Ante o exposto, tem-se que é facultada a participação do coacusado ou do respectivo representante de defesa no interrogatório de outro acusado com a finalidade de elucidar os fatos, oportunizando-se àquele reinquirir este por intermédio do presidente da comissão.

ENUNCIADO Nº 21²¹

²¹ Relatoria do Advogada da União Neide Marcos da Silva

O servidor acusado em procedimento disciplinar não faz jus a transporte e diárias para acompanhar depoimento de testemunha fora de sua sede por falta de amparo legal.

Indexação: Servidor acusado. Depoimento de testemunha. Diárias e Passagens. Concessão. Impossibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

01. Em sessão ordinária de 7 de março de 2017 (5ª sessão) veio para discussão desta Comissão, com proposta de enunciado, o tema referente a possibilidade de **NEGATIVA DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE E DIÁRIAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO SERVIDOR ACUSADO EM PROCEDIMENTO DISCIPLINAR, SEM QUE ESSE ATO IMPLIQUE CERCEAMENTO DE DEFESA.**

02. Sobre o tema dispõe o art. 173 da Lei nº 8.112, de 1990:

“Art. 173. **Serão assegurados transporte e diárias:**

I – **ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado.**

II – aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.”

03. Assunto semelhante foi objeto de análise perante a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio do Parecer CEP/CJ/MJ Nº 14/2005, de 31 de janeiro de 2005, da lavra do Advogado da União – Dr. Fernando de Carvalho Amorim, devidamente aprovado pelo Titular daquela Unidade Jurídica que, com bastante pertinência enfrentou a questão concluindo que faz jus a transporte e diárias o servidor que for convocado para prestar depoimento fora de seu local de lotação, nas condições estabelecidas por lei, ou seja, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado. Desse modo, o servidor na situação de acusado não alcança o referido benefício.

04. No caso examinado, o servidor acusado em processo administrativo disciplinar pleiteou transporte e diárias para participar de oitiva de testemunhas que seriam ouvidas fora de seu local de lotação, o que acarretou o indeferimento do pedido com base nos arts. 58, caput, 156, § 1º e 173, inciso I, todos do RJU.

“Art. 58 **O servidor que, a serviço, afastar-se da sede** em caráter eventual ou transitório para outro ponto do território nacional ou para o exterior, fará jus a passagens e diárias destinadas a indenizar as parcelas de despesas extraordinária com pousada, alimentação e locomoção urbana, conforme dispuser em regulamento.”

05. De acordo com o art. 161 da Lei nº 8.112, de 1990, o servidor passa à condição de indiciado após toda a colheita de provas pela Comissão Processante, na fase denominada de inquérito, conforme dispõe o art.155 do RJU.

06. Francisco Xavier Guimarães autor do livro Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União, Editora Forense, ano 1998, traz nessa obra a distinção entre acusado e indiciado. Confira-se:

“Para os fins do procedimento disciplinar, cabe o registro sobre a **distinção existente entre os termos acusado e indiciado**, comumente utilizados sem rigor técnico, confundidos como sinônimos designativos da pessoa contra quem se faz uma acusação ou que responde a processo disciplinar.

A pessoa do **acusado** é aquela a quem se atribui o cometimento das irregularidades

administrativas objeto, ainda, de apuração procedimental.

Por **indiciado**, identifica-se a **pessoa que, após a instrução probatória, é considerada responsável pelo ato irregular, como tal reconhecida e declarada pela comissão processante, em despacho próprio, infringente de determinada figura disciplinar, descrita em lei.** Considera-se, portanto, **indiciado o agente ativo de ilícito já constatado em processo apuratório regular.**

Portanto, nem todo acusado será, necessariamente, um indiciado, já que, em razão do procedimento apuratório, poderá ser inocentado da ação que lhe foi feita.

Ambos os termos – acusado e indiciado -, contrapõe-se ao conceito de condenado que indica a pessoa que sofreu a imposição de uma sanção, ante a procedência da acusação, pela qual foi indiciado no âmbito administrativo.” (g.n.)

07. No mesmo sentido é a orientação constante do Manual de Processo Administrativo Disciplinar do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, edição 2017, item 10.3.15. Confira-se:

“ DA OITIVA FORA DA SEDE

A redação legal não previu o pagamento de diárias e passagens ao acusado para acompanhar a produção de prova fora da sede de sua repartição, na hipótese de deslocamento da comissão para tal fim, nem tampouco abriu possibilidade de pagamento de diárias e passagens a pessoa que não seja servidor público, caso esta não resida na sede da comissão e haja necessidade de ser ouvida.” (g.n.)

08. Da obra de Mauro Roberto Gomes de Matos, Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada, 4ª edição, ano 2008, colhemos a seguinte lição:

“Assim, em consonância com o art. 58, da Lei nº 8.112/90, o servidor que for convocado para depor como testemunha, denunciado ou indiciado e o membro ou secretário de Comissão Disciplinar fazem jus a diárias pagas pela Administração Pública.”

09. Na mesma linha é a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região na Apelação Cível nº 407113/PE (2005.83.00013443-9), publicada no DJ de 26.11.08, em que o apelante, na condição de acusado, requereu à União pagamento de despesas para realizar deslocamento até o local onde seria realizada a audiência pela Comissão Processante para oitiva de testemunha. O Trio processante, motivadamente, indeferiu o pedido. A sentença indeferiu o pedido do autor e o Tribunal a manteve. Confira-se ementa e parte do voto que elucidam o pleito:

“EMENTA

(...)

4. Em relação à alegação de ilegalidade do ato de indeferimento do pedido de custeio pela União Federal das despesas de deslocamento do autor para a cidade de São Paulo, no objetivo de comparecer às audiências de oitivas das testemunhas (...), **observe que o art. 173 prevê o pagamento de diárias “ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado”, o que não coincide com a hipótese dos autos.**

VOTO

(...)

4. Com efeito, *in casu*, a MM. Magistrada *a quo*, ao fundamentar as razões do seu julgado, entendeu que restaram observadas as disposições do nosso ordenamento jurídico acerca da matéria, concluindo pela legalidade do trâmite do procedimento disciplinar instaurado em face do suplicante, tendo em vista a observância ao *due process of law*, como se depreende da leitura da sentença ora objurgada, *verbis*:

“No caso em epígrafe, em análise minuciosa à cópia integral do processo administrativo que se encontra acostada aos autos, verifico que ao servidor foi assegurado o direito de acompanhar o processo, pessoalmente e por intermédio do seu procurador, sendo-lhe oportunizado o arrolamento e reinquirição de testemunhas, produção de provas e contraprovas

e formulação de quesitos, nos moldes do art. 156 da Lei 8.112/90.

Vê-se que o Autor, na companhia de seu defensor, participou da colheita de todos os depoimentos prestados nesta cidade, formulando perguntas e fazendo reinquirições, em plena observância ao princípio da ampla defesa.

Às fls. 448/449, entrevê-se que a Comissão diligenciou no sentido de proceder à ouvida das principais testemunhas, supostamente envolvidas na organização criminosa que, segundo a acusação, teria sido alvo de exigências indevidas realizadas pelo Autor. **As testemunhas, contudo, possuíam residência em São Paulo, tendo a Comissão optado pelo deslocamento até a aludida cidade para colheita de prova.**

(...)

O fato de a Comissão ter optado pelo deslocamento até São Paulo, ao invés de proceder ao mero envio de precatória não constitui vício, tratando-se de procedimento consentâneo com o interesse público.

Como se extrai do documento de fls. 450, **o acusado, no dia 08/06/05, foi regularmente notificado da audiência das testemunhas citadas**, com indicação específica do dia, da hora e do local de sua realização, existindo a ressalva, na parte final da notificação, de que o acusado poderia acompanhar o ato pessoalmente ou por intermédio de defensor legalmente constituído, sob pena de ser nomeado o defensor dativo.

O autor, inclusive, apresentou manifestação, nos autos do procedimento administrativo, requerendo a ouvida das testemunhas na cidade do Recife/PE ou fosse custeado o seu deslocamento, ou do seu defensor, para a cidade de São Paulo. Deve-se notar, contudo, que o pedido foi indeferido pelo Presidente da Comissão Disciplinar, como se observa às fls. 457/458 (...)”

4. (...)

5. De outro vértice, **em relação à alegação de ilegalidade do ato de indeferimento do pedido de custeio pela União Federal das despesas de deslocamento do autor para a cidade de São Paulo, igualmente, tal irresignação não é merecedora de acolhimento, tendo em vista que o art. 173 da Lei nº 8.112/90 prevê que o pagamento de diárias “ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado”, não sendo o caso tratado na hipótese dos autos, valendo dizer que o requerimento do promovente foi formulado no sentido de ter acesso a passagens aéreas custeadas pelo erário público no objetivo de comparecer às audiências de oitivas das testemunhas (...)**” (g.n.)

10. Importante destacar que, após a edição da Lei nº 11.900, de 2009, que possibilitou a realização de audiências pelo sistema de videoconferência, permitindo que se realize audiências à distância a questão está solucionada nas repartições que dispõem desse recurso.

11. Esta Advocacia-Geral da União, mediante a Portaria nº 490, publicada no DOU de 25 de outubro de 2011, disciplinou a realização de audiência à distância, exceto para o interrogatório do acusado (art. 3º).

“Art. 3º O interrogatório do acusado será realizado pessoalmente.”

12. Também a Corregedoria-Geral da União, por meio da Instrução Normativa nº 12, de 1º de novembro de 2011, publicada no DOU de 3 seguinte, Seção I, com alterações constante na Instrução Normativa nº 5, de 19 de julho de 2013, DOU de 22 seguinte, regulamentam a utilização do sistema de videoconferência na instrução de procedimentos disciplinares, inclusive, editou posteriormente o seguinte enunciado:

“ENUNCIADO Nº 7, de 13 de dezembro de 2013

No âmbito do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância é possível a utilização de videoconferência para fins de interrogatório do acusado.”

14. Por todo o exposto, com base no art. 173, inciso I da Lei nº 8.112, de 1990, bem como na doutrina e decisão judicial mencionada, conclui-se que o indeferimento do

pedido de concessão de transporte e diárias ao servidor acusado em procedimento disciplinar para acompanhar depoimento de testemunha fora de sua sede, não acarreta cerceamento de defesa.

ENUNCIADO Nº 22²²

A infração de abandono de cargo é de caráter permanente, tendo como termo inicial do prazo prescricional o dia em que cessar a permanência.

Indexação: Abandono de Cargo. Natureza Jurídica. Infração permanente. Prescrição. Termo inicial.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER n. 00001/2016/ CPPAD/DECOR/CGU/AGU– Parecer AGU nº GMF-06, aprovado pelo Presidente da República em 18.09.17, publicado no DOU 21.09.17.

(NUP 00688.000880/2016-16, seq. 9-14).

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.

²² Relatoria do Procurador Federal Bruno Andrade Costa

* Aprovado pelo Presidente da República e publicado no DOU de 20/07/2017

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 Filho (1), 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 Medauar (3), 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 Filho (4), 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, constitui-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. 935 (5), do Código Civil Brasileiro, e do próprio art. 126 (6), 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. 37 (7), 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 Hungria (8), 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 mapamundi’. **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.” (grifei)

14. Nesta mesma esteira de entendimento, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (9) 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 Oliveira (10), 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, analógica e subsidiariamente, no que couber, a julgo 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, verifica-se 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 abandoandi*.

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 resultado (11), 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

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 União (12) 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 Mirabete (13), 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 Nucci (14) 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 Costa (15), 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 consuma 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 espancar 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.” (grifei)

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.** (grifei)

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 jurídica (16), 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 Pietro (17) 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, mercedores da salvaguarda do ordenamento jurídico (18).

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.

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 Donizetti (20), 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 Judiciário (21) 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 respeito (23).

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 (24).

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 (25) 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 (26) 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.

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>

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_DOWNLOAD¶metros=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 commom law, civil law e o Precedente Judicial*, in *Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*)
20. 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-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, Elpidio. *Ob. cit.*
26. *Idem*.

Oportuno salientar, por se tratar de tema correlato ao Enunciado nº 22, que, em face do PARECER Nº JL – 06, do Exmo. Advogado-Geral da União, vinculante para toda a Administração Pública Federal, com aprova Exmo. Presidente da República e publicação no Diário Oficial da União de 13 de novembro de 2020, restaram superados os entendimentos fixados nos Pareceres nº AM-02 e AM-03, também do Exmo. Advogado-Geral da União. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-06-2020.htm)

DESPACHO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Processo nº 00405.007812/2019-41. Parecer nº JL - 06, de 10 de novembro de 2020, do Advogado-Geral da União, que adotou, nos termos estabelecidos no Despacho do Consultor-Geral da União nº 00916/2020/GAB/CGU/AGU e no Despacho nº 00732/2020/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 81/2020/DECOR/CGU/AGU da Consultoria-Geral da União. 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.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 00405.007812/2019-41

INTERESSADOS: PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTO: INTERPRETAÇÃO DO ART. 142, § 2º, DA LEI Nº 8.112, DE 1990.

PARECER Nº JL - 06

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 00916/2020/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 00732/2020/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.PROCESSOADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

| PRESCRIÇÃO. AUTORIDADE DEMISSÃO. | TERMO ADMINISTRATIVA PROPORCIONALIDADE. | INICIAL. COMPETENTE. HISTÓRICO DA | CIÊNCIA PENALIDADE DEMANDA | DA DE |
|--|---|---|----------------------------------|----------|
|--|---|---|----------------------------------|----------|

...

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 PÚBLIC 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 desde 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 nº 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 nº 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. CONDUCTA 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 ERESP 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 EREsp 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 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. 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. 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. (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 n.º 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 n.º 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 n.º 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, Agravo 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 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 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. Agravo 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.

(...)

(Agravamento 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 nº 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 **questão** diz respeito aos requisitos para a aplicação do art. 142, § 2º, da Lei nº 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 nº 8.112/90.

40. No campo doutrinário, a divergência também é sentida. Há autores que defendem a utilização do art. 142, § 2º, da Lei nº 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 (dezesseis) 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 nº 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 nº 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 erronia, 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, prescindida da sentença penal respectiva passada em julgado. Principalmente quando tal diagnóstico jurídico-penal, em sua exata e lúdima 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 administrativa⁷

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 nº 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 nº 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 nºAM-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

Este texto não substitui o publicado no DOU de 13.11.2020 - Edição extra

ENUNCIADO Nº 23²³

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

PARECER N. 001/2018/CPPAD/CGU/AGU (NUP:00688.000541/2017-11, seq. 212), aprovado pelo Despacho nº 601/2018/GAB/CGUAGU, 08.08.18 (Seq.215).

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.

²³ Relatoria do Procuradora da Fazenda Nacional Andrea Karla Ferraz

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 as 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

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

concurado. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 1.5. Contudo, à evidência 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 garantir. 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/KNN/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/KNN/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 legem*. 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.

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), “Cumprido 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.”

ENUNCIADO Nº 24²⁴

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.

Indexação: Servidor público. Exoneração. Responsabilização disciplinar. Possibilidade. Ato praticado antes da exoneração. Anotação nos assentamentos funcionais. Devido processo legal.

²⁴ Relatoria de Karine Berbigier Ribas.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 02/2018/ CPPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000541/2017-11, seq. 237), aprovado pelo Despacho nº 689/2018/GAB/CGU/AGU,30.08.18 (Seq. 239).

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 dapena.

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 visavaafastar a aplicação de eventualpenalidade, 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, ateor doart. 2º, parágrafo único,inciso XIII da Lei nº 9.784, de 1999.

Senhor Coordenadores 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 aex-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 doart. 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*:

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 “susceptível 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 das 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 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 incumbem 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 nº182 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*. 5º 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 orna de o infrator escapar da punição, o que seria consagrar a fraude em seu favor. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 13º 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 amparara 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 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 inflição 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 importarem 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, aestas aplicáveis. Há necessidade, porém, de restarem sempre consideradas as peculiaridades das últimas².

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 demitido em um processo administrativo disciplinar e volta a responder 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, concluiu-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 1993, 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 tido 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.

ENUNCIADO Nº 25²⁵

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.

Indexação: Servidor público. Apuração disciplinar. Ordem judicial. Suspensão do prazo prescricional. Retorno da contagem do prazo prescricional após a cessação dos efeitos da decisão judicial. Necessidade de intimação do servidor pela Autoridade administrativa.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 03/2018/CPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000541/2017-11, seq. 245), aprovado pelo Despacho nº 836/2018/GAB/CGU/AGU, 08.10.18 (Seq. 247).

**EMENTA: SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO.
ORDEM JUDICIAL DE SUSPENSÃO DE INVESTIGAÇÃO**

²⁵ Relatoria de Rui Magalhães Piscitelli.

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:

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”.

É o sucinto relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

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.

Esse fenômeno, da constitucionalização do Direito Administrativo combinado com a força cogente dos princípios, é-nos muito bem trazido por Gustavo Binbenbojm, 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.)

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.

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).

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)

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:

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)

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.

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.

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)

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, use-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 apostro

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.

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)

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 – INTERRUÇÃO. 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)

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.

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 administrativo 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.

Resumindo: constata-se que a prescrição, em se tratando de processos administrativos disciplinares, pode ocorrer, tanto antes, quanto após a sua instauração.

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.

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?

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.

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*”.

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:

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 aposto)

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 aposto)

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.

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.

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.

Nessa esteira, a jurisprudência já reconhece a suspensão do prazo prescricional quando por ordem judicial de suspensão do próprio processo administrativo disciplinar.

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)

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 apostro)

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)

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.

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.)

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.

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.

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.

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.

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

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.”

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.

ENUNCIADO Nº 26²⁶

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.

Indexação: Processo Administrativo Disciplinar. Instauração. Autoridade incompetente. Convalidação. Possibilidade.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 04/2018/CPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000541/2017-11, seq. 333), aprovado pelo Despacho nº 947/2018/GAB/CGU/AGU, 09.11.18 (Seq. 333.1).

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

²⁶ Relatoria de Renato do Rêgo Valença.

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:

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.

É o breve relatório. Passa-se a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

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.

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.

Neste opinativo, destaque-se a fase relativa à **instauração** do procedimento administrativo disciplinar, na qual a respectiva autoridade providência 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.

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.

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)

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 constitui 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)

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.

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 legal**⁶.

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**.

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**.

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.

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)

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)

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)

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)

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.

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.

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.

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 insuprivelmente 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 convalhecimento 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)

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/racionalidade), da supremacia do interesse público e da segurança jurídica.

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.**

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.

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)

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.

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**.

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.

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-officio, 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 termos 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 concluíra 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)

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. NÃOCONFIGURAÇÃO. 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)

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, 5.^a Turma, julgado em 06/09/2011, publicado em 21/09/2011). (Grifos nossos)

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)

Inclusive, a Consultoria-Geral da União, em 2012, apreciou o tema, por meio do PARECER N.º 157/2012/DECOR/CGU/AGU, aprovado por DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO N.º 1544/2012 (processo administrativo n.º 00410.017926/2011-73), ocasião em que **concluiu pela possibilidade jurídica, com base no art. 55 da Lei n.º 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 n.º 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, em 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 agasalhar 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)

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 esmerada 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)

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)

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.”**

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 conseqüente convalidação do ato.** (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. *Impetus*. Rio de Janeiro. 6ª ed. 2012, p. 1103-1104). (Destaque nosso)

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.

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.**

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.

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, suprindo 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).

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, suprindo o anterior vício de competência, com o aproveitamento dos atos até então praticados.

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)

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.

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).

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:

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.

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.

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. 2012, p. 162.

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>>. 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.

ENUNCIADO Nº 27²⁷

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.*

Indexação: Processo Administrativo Disciplinar. Prescrição da sanção disciplinar. Ressarcimento ao erário. Possibilidade no prazo prescricional para ressarcimento. Independências das instâncias.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 01/2019/CPPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000720/2019-10, seq. 14), aprovado pelo Despacho nº 136/2020/GAB/CGU/AGU, 21.02.20 (Seq. 14.3).

²⁷ Relatoria de Debora Vasti da Silva do Bomfim Denys.

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

No âmbito das competências da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares – CNPAD, preista 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*”.

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.

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.

É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

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.

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)

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.

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.

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.

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)

Nessa linha de raciocínio, o Parecer GMF nº 3/2016 (PARECER N. 005/2016/CGU/AGU²), 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 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".

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.

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).

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

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.

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)

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.

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.

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)

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.

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.*"

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

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.

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.

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.

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.

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)

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”.

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.

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 moda", 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)

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.

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.

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. **Afirmar 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 DAU. 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 DAU 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 ex-pensionista.

Extrai-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 ilício 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).

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.

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).

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.

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).

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).

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.

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).

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.

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.

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.

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.

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.

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)

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.

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

Portanto, não autorizado o desconto em folha pelo servidor, pode a Administração propor as medidas judiciais específicas, imediatamente.

CONCLUSÃO

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.

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-erario-imprescritibilidade>. 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*

ENUNCIADO Nº 28²⁸

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.

Indexação: Servidor público. Pedido de Reconsideração, de Revisão ou Recurso Hierárquico em matéria disciplinar. Ação Judicial. Não configuração de desistência tácita. Conhecimento pela autoridade administrativa competente. Análise prejudicada em caso de decisão judicial definitiva.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 02/2019/CNPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000720/2019-10, seq. 154), Parecer Vinculante AGU nº JL – 02, DOU 01.06.20 (Seq. 170 e 172).

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.

²⁸ Relatoria de Mila Kothe.

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),

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.

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*”.

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.

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.

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

Manifestações da extinta Consultoria-Geral da República, inclusive aprovados pelo Presidente da República, recomendavam à Administração que se abstinhasse 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 n° 108/90-BACEN, não cabe se pronuncie esta Consultoria Geral, eis que constitui, ela, hoje, tema *sub judice*, e, na reiterada e doutra 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 Republica.

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

No mesmo sentido do entendimento da Consultoria-Geral da República, a Formulação n° 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.

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

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

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

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.

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.

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.

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

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.

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

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.*”

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.

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;

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.

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.

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**.

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.

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.

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.

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 estabeleceu 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=2ahUKEwi85dHoquThAhVuLLkGHVVWCuIQFjAJegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.unirio.br%2Fgecon%2Foutros%2FMANUAL%2520PAD%2520-%2520CGU.pdf%2Fdownload%2Ffile&usq=AOvVaw1rESUyFS0CGGbfjenfUbzM>>

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.pdf>>>

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.

PARECER Nº JL – 02

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.

ENUNCIADO Nº 29²⁹

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).

Indexação: Servidor público. Cumprimento de decisão judicial transitada em julgado. Perda da função pública. Edição de Portaria. Demissão. Cassação de aposentadoria. Não configuração de penalidade disciplinar. Cargo efetivo. Não depende de instauração de processo administrativo disciplinar.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 03/2019/CNPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000720/2019-10, seq. 120), aprovado pelo Despacho nº 407/2020/GAB/CGU/AGU, 13.05.20 (Seq. 120.4).

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.

²⁹ Relatoria de Mila Kothe.

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),

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.

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.

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)

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.

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.

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)

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.

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.

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.

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).

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).

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 conseqüência, 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 omissões, contradições ou obscuridades, 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)

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.

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).

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.

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:

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.

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**)

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.

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)

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)

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)

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

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.

Interessante pontuar, ainda, que não foge ao nosso conhecimento o fato de que parte da doutrina entende equivocadamente 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.

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.

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.

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.

ANEXO:

MODELO DE MINUTA DE PORTARIA

PORTARIA Nº DE DE DE 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 XXXXXXX, 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 Nº DE DE DE 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 XXXX. 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 XXXXXXX, que resultou na sua demissão anterior por meio da Portaria XXXXXXX, publicada no Diário Oficial da União de XXXXXXX.

MODELO DE MINUTA DE PORTARIA - em caso de aposentadoria.

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.

ENUNCIADO Nº 30³⁰

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.

Indexação: Servidor público. Responsabilização disciplinar. Aplicação do prazo prescricional penal. Infração administrativa também capitulada como crime. Absolvição na esfera criminal. Absolvição por inexistência do fato, negativa de sua autoria ou reconhecida excludente de ilicitude. Contagem na esfera administrativa. Não aplicação retroativa da extinção da punibilidade.

Em face do PARECER Nº JL – 06, do Exmo Advogado-Geral da União, vinculante para toda a Administração Pública Federal, com aprovo Exmo. Presidente da República e publicação no Diário Oficial da União de 13 de novembro de 2020, restaram superados os entendimentos fixados nos Pareceres nºAM-02 e AM-03, também do Exmo. Advogado-Geral da União. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-06-2020.htm)

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 04/2019/CNPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 00688.000720/2019-10, seq. 64), aprovado pelo Despacho nº 276/2020/GAB/CGU/AGU, 09.04.20 (Seq. 64.3).

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,

³⁰ Relatoria de Mila Kothe.

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),

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.

É o relatório.

ANÁLISE JURÍDICA

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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)

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)

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)

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.(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. 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)

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).

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*”.

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.

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

Alerte-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.

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. PRECARIEDADE 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

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 conseqüente 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)

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.

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.

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.

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.

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.

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.

ENUNCIADO Nº 31³¹

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 à 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.

Indexação: Servidor público. Cessão. Procedimento administrativo disciplinar. Inexistência de óbice legal. Possibilidade. Discricionariedade da autoridade administrativa.

FUNDAMENTAÇÃO

PARECER Nº 01/2020/CNPAD/DECOR/CGU/AGU (NUP 33367.100284/2019-51, seq. 24), aprovado pelo Despacho nº 751/2020/GAB/CGU/AGU, 27.08.20 (Seq. 20.4).

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

³¹ Relatoria de Neide Marcos da Silva.

Senhora Coordenadora e demais colegas da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares,

I - RELATÓRIO

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.

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).

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.*"

É o breve relato.

II - FUNDAMENTAÇÃO

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.

Destarte, para elucidação da questão cabe conferir o que está posto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional sobre o assunto.

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.

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.

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.)

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.

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.)

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.)

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.)

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:
(...)

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 a 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.)

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;

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.

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.

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 "lato sensu" ou "stricto sensu" ou qualificação. (g.n.)

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*".

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.)

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." Confirma-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.**

(...)

7. 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 regramentos 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.)

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.)

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 **alegaram 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.)

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.

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 à 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.

(...)

8. 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 à 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 à Administração Pública;** (g.n.)

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 à 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.)

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 Consultora-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).**

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."***

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.

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.

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.)

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.

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.**

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>)

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.

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 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 Jurídicas 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 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.)

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.)

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.

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.)

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

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 à 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.

Enunciado 32³²

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.

³² Relatoria JULIANA S. B. DE MELO SANT'ANA.

Indexação: Servidor público. Responsabilização disciplinar. Aplicação do prazo prescricional penal.

PARECER Nº 04/2020/CNPAD/CGU/AGU

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),

RELATÓRIO

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.

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/DECO R/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.

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 n.ºs AM-02 e AM-03 devem ser superados.

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.

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.

Eis o breve relato dos fatos.

ANÁLISE JURÍDICA

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.

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.

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)*

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.

Diferença entre o tipo penal e o ilícito administrativo

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.

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.

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.

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.*

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)*

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, **in 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 acometidos** [...] 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)*

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 trecho^[2]:

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.

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.

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.

Efeitos da revogação do Parecer AM-02

O revogado parecer AM-02, vinculante, havia superado o entendimento dos Pareceres GM-007 e GQ-144, firmando 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.

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.

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 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 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.***

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).*

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.

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**.

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.

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.*

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 conseqüentemente o marco inicial de sua prescrição no trigésimo primeiro dia de ausência ininterrupta e intencional do servidor.

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.

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.*

CONCLUSÃO

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.

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.

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.

DESPACHO n. 00033/2021/DECOR/CGU/AGU

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União,

Aprovo, nos termos do Despacho nº 3/2021/CNPAD/CGU/AGU, o Parecer nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU da Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares da Consultoria-Geral da União, conforme preconiza o parágrafo único do art. 5º do Ato Regimental AGU nº 1, de 2019^[1]; e de acordo com o art. 18 da Portaria CGU nº 3, de 2019^[2], que constituem e disciplinam o funcionamento das Câmaras Nacionais no âmbito da Consultoria-Geral da União.

A respeito do delito de abandono de função, de que trata o art. 323 do Código Penal, e corroborando o entendimento ora acolhido, leciona Julio Fabbrini Mirabete^[3] que "para haver abandono punível é necessário que o fato acarrete perigo à Administração Pública"; que "consuma-se o crime com o abandono, ou seja, com o afastamento do cargo por tempo juridicamente relevante, que possa criar a possibilidade de dano"; e que "resultando prejuízo efetivo para a administração, há crime qualificado. A pena é também aumentada se o fato ocorre na faixa de fronteira (150 km ao longo das fronteiras nacionais conforme a Lei nº 6.634/79)".

Consolide-se, por conseguinte, que:

a) "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)" - Parecer JL-06 (disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-06-2020.htm);

b) *"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" - Parecer GMF-06 (disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/AGU/PRC-GMF-06-2017.htm);*

c) a infração disciplinar de abandono de cargo (art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990) não necessariamente implica a ocorrência de crime de abandono de função (art. 323 do Código Penal), devendo a subsunção da conduta ao tipo penal ser analisada, em tese, pela Administração a partir de detido exame de cada caso concreto, e apenas se estiver caracterizado o delito de abandono de função a prescrição disciplinar será regida pelo prazo prescricional criminal, tudo consoante consolidado no Parecer JL-06, segundo o qual *"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"*;

d) a caracterização da infração disciplinar de abandono, na forma do art. 140, inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.112, exige a *"indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias"*, ou seja, *"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"* (trecho do Parecer nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU); e

e) para fins de caracterização do crime de abandono de função de que cuida o *caput* do art. 323 do Código Penal não há necessidade de cumprimento de lapso temporal de mais de trinta dias consecutivos de faltas ilegais, não obstante o delito apenas se caracteriza nas hipóteses em que a ausência injustificada tenha potencial para gerar dano à Administração, ou seja, caracteriza-se o crime independentemente do decurso do prazo de trinta dias, bastando que o abandono dure por tempo juridicamente capaz de criar *"situação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público"* (trecho do Parecer nº 4/2020/CNPAD/CGU/AGU), sendo certo que, caso a ausência enseje um prejuízo público concreto e efetivo, ou venha a se consumir em faixa de fronteira, pode estar caracterizado o delito de abandono de função em sua forma qualificada, tipificada, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 323 do Código

Penal.

Caso acolhido, encaminhe-se o feito ao Departamento de Informações Jurídico-Estratégicas da Consultoria-Geral da União para os fins do § 2º do art. 18 da Portaria CGU nº 3, de 2019, e confira-se ciência à Coordenadora da CNPAD/CGU, às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios e órgãos assemelhados, às Consultorias Jurídicas da União nos Estados e no município de São José dos Campos, à Corregedoria-Geral da Advocacia da União, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Procuradoria-Geral da União, à Secretaria-Geral de Contencioso, à Secretaria-Geral de Consultoria, à Procuradoria-Geral Federal, e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.

Brasília, 03 de fevereiro de 2021.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

**DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE
ÓRGÃOS JURÍDICOS**

Notas

1. [^]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.*
2. [^]Art. 3º *Ficam constituídas as seguintes Câmaras Nacionais no âmbito da CGU: (...) V - Câmara Nacional de Procedimentos Administrativos Disciplinares (CNPAD); (...) Art. 4º A supervisão das Câmaras Nacionais, de que trata o art. 3º, caput, será exercida: (...) III - pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos (DECOR), em relação às demais. (...) Art. 18. 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, quando aprovados pelo órgão supervisor e pelo Consultor-Geral da União, devem ser observadas pela CGU e seus órgãos de execução. § 1º A critério do Consultor-Geral da União, as manifestações aprovadas poderão ser submetidas ao Advogado-Geral da União para fins dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. § 2º As manifestações jurídicas de Câmara Nacional devem ser objeto de ampla divulgação no âmbito da CGU e constar do seu respectivo sítio eletrônico, que para esse fim deverá ser provido de sistema de busca dos seus precedentes.*
3. [^]Código Penal Interpretado. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 2387 e 2389