

FACULDADE DOM BOSCO DE PORTO ALEGRE
CURSO DE DIREITO

CÍNTIA APARECIDA CARVALHO DORNELES

A NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Porto Alegre
2020

CÍNTIA APARECIDA CARVALHO DORNELES

A NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso para fins de obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora Prof.^a Dra. Anair Isabel Schaefer

Porto Alegre

2020

CÍNTIA APARECIDA CARVALHO DORNELES

A NULIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso para fins de obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre.

Aprovado(a) em _____ de _____ 2020.

Banca examinadora:

Orientadora Prof.^a Dra. Anair Isabel Schaefer

Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Prof. Dr. Lúcio Antônio Machado Almeida

Porto Alegre

2020

RESUMO

O presente trabalho vêm demonstrar os apontamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da defesa do servidor acusado e o que poderia acarretar a nulidade do processo administrativo disciplinar se não observar os requisitos legais tanto da Lei Constitucional quanto da Lei Especial. Observa-se que há apontamentos distintos acerca do tema onde se pretende chegar a uma única finalidade. Demonstrar a ineficácia da Administração Pública Federal na condução dos processos administrativos disciplinares através de casos de nulidade onde somente se observará com o julgamento em outras instâncias.

Palavras chave: processo administrativo disciplinar; nulidade; ampla defesa; contraditório.

ABSTRACT

The present work demonstrates the doctrinal and jurisprudential notes regarding the defense of the accused civil servant and what could cause the nullity of the disciplinary administrative process if it does not observe the legal requirements of both the Constitutional Law and the Special Law. It is observed that there are distinct notes on the theme where it is intended to reach a single purpose. Demonstrate the ineffectiveness of the Federal Public Administration in conducting disciplinary administrative proceedings through nullity cases where it will only be observed with judgment in other instances.

Keywords: disciplinary administrative process; nullity; broad defense; contradictory.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Esquema 1 - Fases do processo disciplinar

Esquema 2 - Da apuração do processo administrativo disciplinar

Esquema 3 - Do sigilo de informações fiscais

Esquema 4 - Maior e menor onerosidade

LISTA DE SIGLAS

C.C. - Código Civil

CGU - Controladoria Geral da União

ITCD - Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação

NCPC - Novo Código de Processo Civil

PAD - Processo Administrativo Disciplinar

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

LISTA DE ABREVIATURAS

apud - citado por, conforme, segundo

art. - artigo

n. - número

n° - número

p. - página

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	10
2.1. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DO ACUSADO NA LEI 8.112/90.....	17
2.2. FALTA DE ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO ACUSADO.....	26
3. NULIDADES	31
3.1. INDEFERIMENTO DE PROVAS: CONSIDERADAS INÚTEIS, PROTELATÓRIAS OU IRRELEVANTES.....	39
3.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO <i>PAS DE NULLITE SANS GRIEF</i>	42
3.3 APLICAÇÃO DA VERDADE SABIDA.....	49
4. DADOS DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO	55
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	61
ESQUEMA 1 - Fases do processo disciplinar	
ESQUEMA 2 - Da apuração do processo administrativo disciplinar	
ESQUEMA 3 - Do sigilo de informações fiscais	
ESQUEMA 4 - Maior e menor onerosidade	

INTRODUÇÃO

O presente trabalho começa sua análise através do Processo Administrativo Disciplinar com breve conceituação, analisando a Lei 8.112/90 e leis subsidiárias e Constitucional (em projeto já fora analisado de modo geral especificando as leis de aplicação 8.112/90; 9.784/99; 8.429/92 e conceitos doutrinários). Segue através de análises jurisprudenciais acerca dos princípios da Ampla Defesa e Contraditório do Servidor Acusado (que apesar de já trabalhado de forma superficial será aprofundado no presente trabalho). Elenca debate doutrinário acerca da necessidade de assistência à advogado (que através de estudos se mostrou de grande relevância para análise mais aprofundada tendo em vista divisão de opinião por parte da doutrina a respeito do assunto). Através das informações obtidas filtram-se casos passíveis de nulidade por indeferimento de provas consideradas inúteis e protelatórias, pela aplicação do princípio *pas de nullite sans grief* e aplicação da verdade sabida (que serão analisados no presente trabalho).

2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar (PAD), tem como objetivo exercer seu poder-dever por parte da administração pública para apurar infrações funcionais aos seus agentes públicos e aos que possuem relação jurídica com a administração pública. É um instrumento que tem por finalidade apurar responsabilidade de servidor civil por infração praticada no exercício de suas atribuições ou do cargo em que se encontre investida, e tem previsão legal na Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.¹

Ocorrendo qualquer irregularidade por parte do servidor público civil no serviço público, a autoridade administrativa é obrigada por lei a promover a sua apuração imediata. Portanto, pode consistir em uma infração administrativa, cível e/ou penal. Havendo a caracterização da infração em mais de uma esfera, embora cada uma independente, as sanções são cumulativas.

Ricardo Lúcio Salim Nogueira cita (pág. 110) em resumo sobre a obra de Hely Lopes Meirelles o que segue:

No campo do Direito Administrativo esse dever de responsabilização foi erigido em obrigação legal, e, mais que isso, em crime funcional, quando relegado pelo superior hierárquico, assumindo a forma de condescendência criminosa (CP, art. 320). E sobejam razões para esse rigor, uma vez que tanto lesa a Administração a infração do subordinado como a tolerância do chefe pela falta cometida, o que é um estímulo para o cometimento de novas infrações.²

1 *Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar do Servidor Público*. Disponível em <<http://www.normaslegais.com.br/quia/clientes/sindicancia-processo-administrativo-disciplinar-lei.htm>> Acesso em 04/05/2020

2 Resumo, numa seleção e transcrição dos pontos mais importantes, feito a partir da obra *Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles, 18ª Edição. Ricardo Lúcio Salim Nogueira, Bacharel em Direito pela FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos – Barbacena/MG, turma 1989/1992, Pós-graduado (latu sensu) em Direito Civil pela FUPAC/Grupo Prisma. Disponível em: <http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/adm-Dir_Administ_Hely_Lop_Meireles.pdf> acesso em: 18.11.2020

Porém abre-se pequeno parênteses para considerar a observação de Diógenes Gasparini:

O comum é a instauração de processo administrativo disciplinar, estando o servidor público ligado à Administração Pública, mas nada impede, se presente o devido interesse público, sua instauração contra servidor dela já desvinculado, pois podem existir razões anteriores à exoneração que bem justificam sua demissão a bem do serviço público.³

Dada essa observação cabe fazer breve análise a respeito de demissão e exoneração:

Observe-se, desde logo, que demissão e exoneração constituem institutos diversos no Direito Administrativo: demissão é dispensa a título de penalidade funcional; exoneração é dispensa a pedido ou por conveniência da Administração, nos casos em que o servidor pode ser dispensado. Lamentavelmente, os administradores e o próprio Judiciário vêm confundindo demissão com exoneração, ambos considerando, erroneamente, que no estágio probatório não cabe demissão sumária do servidor. Ora, demissão sumária não cabe em caso algum, para nenhum servidor, quer estável, quer em estágio probatório, porque nenhum servidor pode ser punido com a pena máxima de dispensa do serviço sem comprovação da falta que deu causa à punição. O que pode ocorrer no estágio probatório é a exoneração (não demissão) do servidor, por inadaptação para o serviço, como já vimos precedentemente. Só poderá haver demissão quando houver infração disciplinar punida com essa pena.⁴

Segundo Hely Lopes Meirelles, deu-se o nome de processo administrativo punitivo, para se referir aos processos promovidos pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato.⁵

3 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1104

4 MEIRELLES, Hely Lopes. DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO. 23.^a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 373

5 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 674

Torna-se clara a obrigatoriedade do processo administrativo disciplinar em determinadas situações. Por obrigatoriedade do art. 41 da Constituição Federal⁶, em se tratando de servidores públicos estáveis, assim como o art. 146 da Lei 8.112/90⁷ e o art. 100 do Decreto-Lei 200/67⁸.

Ressalta-se inicialmente que quando se fala em autoridade administrativa dentro de um processo administrativo disciplinar, se faz referência a vários momentos dentro do processo:

- i. "A autoridade que tiver ciência da irregularidade no serviço é obrigada a promover sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa".
- ii. "O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3o do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado."
- iii. "O processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento."
- iv. "A apuração de que trata o caput, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder,

6 "São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. § 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa."

7 "Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar."

8 "Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desídia no cumprimento de seus deveres."

órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração."

Ao ter ciência da irregularidade, a autoridade irá instaurar o processo, conforme estabelece o art. 143 da Lei 8.112/90;

A autoridade administrativa irá também recepcionar o relatório elaborado pela comissão disciplinar, que será denominada de autoridade julgadora, e decidirá acerca da aplicação da penalidade, conforme dispõe os arts. 149 e 166 da Lei 8.112/90;

Em determinadas situações uma outra autoridade também decidirá pela aplicação da penalidade, por exemplo, aplicação da pena de demissão por chefe do Poder Executivo Fiscal, art. 143 § 3o da Lei 8.112/90.

Nos artigos 116 a 142 da Lei 8.112/90 são expostos os deveres, proibições, penalidades a serem aplicadas e responsabilizações dos agentes submetidos. A Lei nº 8.112/90 não elenca todas as normas que se referem ao assunto (ex. Instituto da Revisão Administrativa), devendo então observar o que dispõem: Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo na Administração Pública Federal) e Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).⁹ E de forma subsidiária o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

A respeito das penas aplicáveis aos servidores que cometem infração, leciona Diógenes Gasparini:

As penas previstas pelos estatutos para serem aplicadas aos Servidores infratores são: advertência, repreensão, suspensão,

9 CORDEIRO, Wellington Fontineli do Souto. **O procedimento administrativo disciplinar, sua complexidade e eventuais nulidades.** Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-procedimento-administrativo-disciplinar-sua-complexidade-e-eventuais-nulidades/>> Acesso em 04/05/2020

multa, destituição de função, cassação de disponibilidade, cassação de aposentadoria e demissão.¹⁰

Quanto às fases do processo disciplinar, o artigo 151 da Lei 8.112/90¹¹ estabelece que são três: a instauração (publicação do ato que instituiu a comissão processante), o inquérito administrativo (etapas de instrução, defesa e relatório) e a de julgamento (a cargo da autoridade competente, após parecer da comissão).

Para que ocorra a instauração de um processo administrativo disciplinar, deve-se primeiramente haver uma investigação prévia ou denúncia que descreva os fatos cometidos pelo servidor acusado e por qual motivo acarretaria em penalidade apontando devidas irregularidades que justifiquem tais apontamentos. Conforme a Súmula 611 do STJ, editada pela Primeira Seção em 2018, esta permite a instauração de devido processo disciplinar desde que motivada e com amparo em investigação ou sindicância. O ministro Mauro Campbell Marques se pronuncia a respeito da legalidade na instauração do PAD em denúncia anônima¹². Também cabe mencionar que o artigo 143 do estatuto dos servidores federais dá previsão para a obrigatoriedade de promover mediante sindicância¹³ ou PAD, irregularidade no serviço público que a autoridade competente tiver ciência.¹⁴

10 GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**, 2000, p. 785.

11 "Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III - julgamento."

12 "O ministro Mauro Campbell Marques explicou que a legalidade na instauração de PAD com fundamento em denúncia anônima tem correlação com o poder-dever de autotutela imposto à administração. De acordo com o artigo 143 do estatuto dos servidores federais, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou PAD."

"Não há que se falar em nulidade da sindicância ou do processo administrativo, especialmente porque a denúncia foi acompanhada de outros elementos de prova que denotariam a conduta do recorrente", afirmou o ministro (RMS 44.298).

13 "Sindicância: sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade, e não de base para punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro

É importante elencar a importância da instauração bem feita(segundo todos os procedimentos necessários especificados em lei para que não haja problemas futuramente) segundo Hely Lopes Meirelles:

A instauração é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Quando provém da administração deve consubstanciar-se em portaria, auto de infração, representação ou despacho inicial da autoridade competente; quando provocada pelo administrado ou pelo servidor deve formalizar-se por requerimento ou petição. Em qualquer hipótese, a peça instauradora recebe autuação para o processamento regular pela autoridade ou comissão processante. O essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficiente especificidade, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa.¹⁵

O artigo 150, caput, da Lei nº 8.112/90, preconiza que “A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração”. O parágrafo único do mesmo assevera que “As reuniões e as audiências das comissões terão caráter reservado”. Logo, sendo o PAD instrumento de apuração de irregularidades ocorridas na Administração, ele tem caráter sigiloso durante a sua tramitação (não publicação para terceiros). Nos termos do citado dispositivo, tal sigilo justifica-se para não atrapalhar a investigação do fato e no interesse da Administração.

inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar. Entretanto, a sindicância tem sido desvirtuada e promovida como instrumento de punição de pequenas faltas de servidores, caso em que deverá haver oportunidade de defesa para validade da sanção aplicada.” MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 23.^a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, pág. 571

14 *O servidor e o PAD: a jurisprudência do STJ sobre o processo administrativo disciplinar*. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/O-servidor-e-o-PAD-a-jurisprudencia-do-STJ-sobre-o-processo-administrativo-disciplinar.aspx>> Acesso em 21/06/2020

15 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34.^a Ed., Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 698

Após o julgamento o PAD deixa de ser sigiloso. Todavia, as informações constantes dos anexos aos autos continuam sigilosas, pelo que deverão ser destacadas dos autos principais e arquivadas.

2.1. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DO ACUSADO NA LEI 8.112/90

O direito de ampla defesa significa que há direito subjetivo da parte a uma tutela jurisdicional transparente, sendo que o Estado-juiz que tiver ciência de suas manifestações deverá promover uma justa solução do litígio.¹⁶

O artigo 143 da lei nº 8112/90 assevera que: " A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa."

O direito à ampla defesa é um princípio que está explícito na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LV. Sendo assim, todo o processo judicial ou administrativo que não obedecer ao presente princípio tende a ser nulo por não observância da Constituição.¹⁷

O conteúdo semântico do termo litigantes seria o dado por Ada Pellegrini Grinover (p. 269), esta menciona em sua obra a respeito de que há litigantes em qualquer tipo de procedimento desde que haja conflito de interesse. Porém também menciona a desnecessidade de qualificação de tal conflito, porque sendo assim surgirá a lide e o processo jurisdicional. Aduz que partícipes do processo administrativo estejam em posição contraposta. A respeito de litígio propriamente dito, equivale a controvérsia e em qualquer lide há litigantes.¹⁸

16 DELGADO, José Augusto. *Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil*. Revista Jurídica, São Paulo, ano 49, n. 285, p. 40, jun. 2001.

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

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

18 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense. 1996. P. 269.

O princípio da ampla defesa significa a permissão de qualquer acusado ter o direito de se utilizar de todos os meios de defesa admissíveis em direito. É imprescindível a adoção em todos os procedimentos que possam gerar prejuízo ao acusado, inclusive em processo administrativo disciplinar.¹⁹

Realiza-se, no processo administrativo disciplinar, por meio de atos que oportunizem ao acusado saber da existência do processo e nele atuar; dentre esses atos destacam-se:

- a) Direito de ser notificado da existência do processo;
- b) Direito de ter acesso aos autos;
- c) Direito de participar efetivamente da construção da prova e de que a mesma seja considerada pela comissão e pelo julgador;
- d) Direito de se manifestar antes da produção do Relatório Final;
- e) Direito a julgamento fundamentado e motivado; e
- f) Direito de recorrer do julgamento.

Observar o princípio da ampla defesa significa, também, presumir inocente o servidor até a emissão do despacho de julgamento. Dessa forma, até o julgamento, a infração e a responsabilidade do servidor são “supostas”; a recomendação dada é de que a comissão sempre se refira, nos documentos que produzir, à “suposta” infração disciplinar “eventualmente” praticada pelo servidor acusado.

Também cabe abordar o que diz Romeu Felipe Bacellar Filho, pois este se pronuncia a respeito da importância do *due process of law* :

[...]2. a demissão de servidor estável só pode ocorrer em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo em que lhe sejam possibilitadas as garantias constitucionais (CF, art. 41, §1º), sendo certo que ao servidor público, admitido por concurso público, qualquer que seja o regime a que se submeta, também, é possibilitado invocar o elenco de garantias protetivas;

3. a inobservância do *due process of law* (processo adequado ao caso) e o cerceamento do direito de defesa geram — pela

19 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 13ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

extrema gravidade de que se reveste esse procedimento ilícito da Administração Pública — a nulidade do ato punitivo;[...]²⁰

Em seu artigo 156, a Lei nº 8.112/90 esclarece de que forma poderia ser exercida a ampla defesa: "É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial."

Através desse artigo pode-se verificar que o acusado tem direito de participar de todo o processo do início ao fim podendo intervir conforme os termos da lei no que lhe for pertinente, sem interferência em relação ao seu direito.

Nesse mesmo sentido, a orientação da comissão é dar oportunidade ao acusado para produzir e se opor às provas produzidas pela comissão, isto é, apresentar contraprova.

Durante a realização da oitiva, deve ser permitido ao acusado fazer perguntas à testemunha por intermédio do presidente da comissão, bem como alegar eventual impedimento ou suspeição.²¹

A nomeação de servidor em cargo efetivo exige a aprovação em concurso público e após três anos de efetivo exercício podem conferir estabilidade ao servidor público civil. No entanto, poderá figurar como acusado tanto o servidor estável como aquele em estágio probatório. Não procede a

20 FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 21

21 Art. 159 § 2º Lei 8112/90 " O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão."

Art. 214 CPP " Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208."

restrição da garantia do processo disciplinar apenas ao estável. O inciso II do parágrafo 1º do artigo 41 da Constituição Federal deve ser interpretado em harmonia com os incisos LIV e LV do artigo 5º²², restando assegurado a todos o devido processo legal e aos acusados em geral, mesmo em sede administrativa, o contraditório e a ampla defesa.²³

Cabe também destacar o art. 116 da Lei 8112/90 em que cita os deveres do servidor civil, onde se destaca a importância do direito de ampla defesa em representação contra ilegalidade:

Art. 116. São deveres do servidor: VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo; XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho “a inobservância do *due proces of law* (processo adequado ao caso) e o cerceamento do direito de defesa geram – pela extrema gravidade de que se reveste esse procedimento ilícito – a nulidade do ato jurídico”.²⁴ Segundo este a aplicação de qualquer penalidade a servidor público civil, efetivo ou não, deve ser antecedida de PAD, asseguradas, além do devido processo legal, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, o PAD deve representar a garantia para a sociedade de que a competência disciplinar só será exercida de modo responsável e consistente.

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

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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;"

23 Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília, 2013. Disponível em <<https://wp.ufpel.edu.br/cppad/files/2014/06/ManualPAD.2013.pdf>> Acesso em 04/05/2020

24 FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público in Interesse Público**, ano 9, n 46, nov/dez 2007. Belo Horizonte. Fórum, 2007.

A respeito do contraditório cabe mencionar como se refere Romeu Felipe Bacellar Filho:

Tudo que foi dito converte o contraditório em garantia de efetiva possibilidade, conferida a todos os sujeitos processuais, de influir na formação do convencimento do órgão julgador. Desde logo, imperioso afirmar como insuficiente a simples oportunidade de participação no debate antes da decisão final, impondo-se tal oportunidade com antecedência de qualquer decisão processual apta a afetar a esfera jurídica e individual do sujeito. O contraditório incide, assim, sobre todas as fases do processo, sob pena de ser um simulacro de contraditório.²⁵

Para Léo da Silva Alves, a Constituição de 1988 assegura não apenas um direito, mas dois direitos: ao contraditório e a ampla defesa. Cada um com significado específico. Tal autor menciona a respeito do contraditório como o momento em que o servidor acusado enfrenta os argumentos postos contra o mesmo e a ampla defesa seria a oportunidade deste acusado apresentar suas razões e sustentar a sua verdade em contrapartida ao contraditório que o mesmo tenta derrubar os fatos alegados pela acusação como verdade.²⁶

Nessa breve explanação percebe-se a preocupação com ambos os princípios distintamente, tendo em vista a grande crescente observação acerca apenas da ampla defesa, deve-se atentar também para o contraditório, pois nenhum princípio está acima do outro. De certa forma, por isso que vem a acontecer diversos impasses dentro dos procedimentos de apuração de alguma irregularidade ou até mesmo ilicitude, pois o devido processo legal somente será eficaz se observarem ambos os princípios que devem trabalhar conjuntamente para que não haja falha processual e nem possa prejudicar o acusado, que muitas vezes acaba em processo de demissão ou sendo exonerado do cargo por não observância processual. A observância dos

25 FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes. TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: *Ato Administrativo e Procedimento Administrativo*. Vol. 5; Ed. Revista dos Tribunais; 2015, ps. 574 e 575.

26 ALVES, Léo da Silva. **Prática de Processo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

requisitos processuais geraria menos custo para administração pública do que ter que reintegrar servidor acusado por falha no procedimento do PAD.

Segundo o autor, a ampla defesa “é exercida mediante a segurança de três outros direitos a ela inerentes, que são: direito de informação, direito de manifestação e direito de ter suas razões consideradas”. No direito a informação o acusado tem acesso a todos os atos processuais, no direito de manifestação assegura o pronunciamento em todas as fases do processo e no direito de ter suas razões consideradas, portanto, a decisão deve considerar e enfrentar cada uma das sustentações da defesa.

A ampla defesa garante ao acusado tomar o conhecimento prévio da acusação que lhe é imputada, conforme leciona a doutrina de Diógenes Gasparini:

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado, de vista ao processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar, de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa, de ter advogado quando for economicamente insuficiente, de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los, de perguntar e reperguntar, de oferecer a defesa final, de recorrer, para que prove a sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação.²⁷

Segundo consta no Manual de PAD da CGU, cabe abordar a importância probatória e dos princípios do contraditório e ampla defesa conforme segue:

Enfim, não basta que a comissão colete os elementos de prova que lhe pareçam relevantes para formar sua convicção; o contraditório garante ao acusado a faculdade não só de contrarrazoar as provas elaboradas pela comissão, como também de produzir suas próprias provas e de ter suas alegações imparcialmente apreciadas e valoradas pela administração. Em patamar infraconstitucional, este princípio, além dos arts. 153 e 156 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, também se encontra positivado no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784, de 29/01/99, conforme 3.3.2. As garantias da ampla defesa e do

27 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

contraditório devem ser encaradas pela comissão como a base da condução do processo, pois são os pilares da validade dos atos processuais, da decisão prolatada e de todo o processo em si, independentemente do rito (se processo administrativo disciplinar em rito ordinário ou sumário ou se sindicância). A comissão deve reservar, no curso de todo o apuratório, constante atenção a esses dois direitos, visto que, como regra, no processo administrativo disciplinar, sua inobservância é a causa mais comum de nulidade.²⁸

Em sentido contrário José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 1032) define a importância da ampla defesa como princípio principal e o contraditório como sendo consequência desta e não como princípio independente, como podemos ver abaixo:

Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades.[...] Não obstante, outros aspectos cabem na ampla defesa e também são inderrogáveis, como é o caso da produção de prova, do acompanhamento dos atos processuais, da vista do processo, da interposição de recursos e, afinal, de toda a intervenção que a parte entender necessária para provar suas alegações. Só é vedada aos interessados a utilização de meios procrastinatórios ou ilícitos que, pretextando buscar a verdade dos fatos, tenham por fim desviar o objetivo do processo. Nesse caso, não há uso, mas abuso de direito. Daí ser lícito ao órgão processante indeferir a oitiva de testemunhas apresentadas com o único objetivo de dilatar o andamento do feito.²⁹

Por sua vez, o contraditório na visão de Diógenes Gasparini se dá no andamento processual por inteiro e não somente em um dado momento, pois garante ao acusado convencer o juiz do contrário de tudo aquilo que está sendo apontado no decorrer do processo:

É o princípio que exige que em cada passo do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando, pois, a igualdade entre as partes.

28 *Manual de PAD da CGU*, abril de 2010, p. 110/111

29 CARVALHO FILHO José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (Comentários, cit., 1989, v. 2, arts. 52 a 17, p. 67) dizem que — A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.³⁰

O contraditório é o conhecimento que se dá à defesa, compreendida como acusado ou do seu procurador regularmente constituído, sobre a prova que foi produzida, para que o acusado possa, livremente, exercer seu direito de se defender, produzindo a contraprova ao que lhe foi apresentado.

Visto assim, independentemente do ponto de vista da doutrina, em nenhum momento diz-se que há justificativa para a inobservância dos devidos princípios. O que se imagina a partir disso que deve ocorrer na administração pública é, tendo em vista a grande quantidade de demanda e trabalho, a confecção dos procedimentos como se fossem meros procedimentos que não prejudicaria a alguém. Pelas análises bibliográficas do presente trabalho percebeu-se em muitos artigos uma certa falta de importância para com o processo administrativo disciplinar com relação às garantias constitucionais. Muitos dos autores destes artigos dá a impressão de acharem que procedimento administrativo não tem que estar dentro dos requisitos legais como se fossem meras informalidades, não percebendo quantos cidadãos veem prejudicado seu emprego e muitas das vezes não conseguem recorrer.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ em Recurso em Mandado de Segurança decidiu de maneira unânime que na indicição os atos ilícitos devem ser explicitados, conforme segue:

Administrativo. Recurso em mandado de segurança. Processo disciplinar. Omissão dos fatos imputados ao acusado. Nulidade. Provimento.

30 GASPARINI DIÓGENES. **Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 822.

A portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado.

Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas;

Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer às regras do devido processo legal.

Recurso conhecido e provido. (ROMS nº 1.074 – STJ – DJU de 30/3/1992.)³¹

Como explicitado anteriormente, independentemente da informalidade, o processo administrativo deve agir conforme demais processos quando se trata de direitos e garantias constitucionais. A ausência de explanação dos atos praticados pelo servidor acusado que causaram o devido processo cumula no prejuízo do mesmo e fere seus direitos. O ente público nem mesmo deverá dar prosseguimento em tal procedimento se observar esse agravante que sem dúvida é passível de nulidade. Ora ninguém é obrigado a lembrar de atos que poderiam acarretar tal instauração disciplinar, pois dependendo do ocorrido e da demanda no trabalho ou até mesmo da pressa em concluir determinadas tarefas, poderão passar despercebidos. Por mais que o servidor tenha que ter cautela em não cometer algum ato infracional, não se pode exigir que o mesmo se recorde.

31 MARTINS, João Barbosa. *Da indicição do acusado no Processo Administrativo Disciplinar Federal*. Acesso em 25/09/2020 Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1367/Da-indiciacao-do-acusado-no-Processo-Administrativo-Disciplinar-Federal>>

2.2. FALTA DE ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO ACUSADO

A Constituição Federal em seu artigo 133 expõe que: — "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Esse direito é considerado indisponível e se porventura venha a ser exercido de forma deficiente, deverá ser considerado inexistente, porém o questionamento acerca dessa dúvida é se essa defesa é privativa de advogado. Para Romeu Felipe Bacellar Filho pode-se dizer que sim tendo em vista a complexidade processual e a posituação do advogado pela Constituição Federal de 1988:

A defesa técnica, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988 e o núcleo processual comum que implementou, torna-se obrigatório componente da ampla defesa com os meios e recursos inerentes (art. 5º LV da CF). Só aquele que efetivamente conhece o processo em sua complexidade (prescrição, juiz natural, devido processo legal, contraditório e ampla defesa) — o advogado — haverá de desempenhar um trabalho que homenageie os direitos fundamentais.³²

Até aqui pode-se observar pelo que deveria ser considerado óbvio, pela indispensabilidade do advogado independentemente se processo administrativo ou judicial. Porém há uma polêmica a respeito desse assunto onde se observou que nem sempre há indispensabilidade para tal e também pela CRFB/88 não ser específica quanto aos casos aplicáveis em seu art. 133.

No ano de 2007, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete sumular n.º 343, determinando a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, in verbis: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. "

32 FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 22.

Posteriormente, em 07 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 05, in verbis: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Os ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que, no PAD, a presença do advogado é uma faculdade de que o servidor público civil dispõe, que lhe é dada pelo artigo 156 da Lei 8.112/90³³ (Estatuto dos Servidores Públicos), não uma obrigatoriedade. São duas as exceções em que o advogado é indispensável: quando o servidor não é encontrado e tem que ser nomeado um procurador para defendê-lo e quando o assunto objeto do processo é muito complexo e foge à compreensão do servidor civil. Neste caso, se ele não dispuser de recursos para contratar um advogado, cabe ao órgão público colocar um defensor a sua disposição. No entanto a assistência de um advogado deve proporcionar ao acusado a certeza de que seus direitos serão respeitados e que qualquer afronta a esta garantia vai de encontro ao que previu o constituinte e o legislador ordinário.

Marco Antônio Praxedes De Moraes Filho Analista Judiciário - Área Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará - TJ/CE assevera que há obrigatoriedade no processo administrativo disciplinar da presença de advogado tendo em vista o caráter peculiar de referido processo frente a demais processos punitivos. As penas mais severas do PAD atingem com mais intensidade os bens jurídicos do agente público. Cita como justificção para tal a falta de exigência da presença do advogado em todos os procedimentos a não ser os disciplinares. Afirma que o STJ deu ao princípio da imprescindibilidade do advogado a natureza absoluta no que diz respeito ao processo administrativo disciplinar.³⁴

33 "Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial."

34 ANDRADE Gibbson, - *Defesa técnica no processo administrativo disciplinar (PAD) no âmbito do serviço público federal. Uma análise sobre a possível inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF*, Publicado em 09/2017. Disponível em: < <https://bit.ly/2Sky1L2> > Acesso em: 05/05/2020.

Tanto que, como diz a Constituição, "indispensável à administração da justiça". Dever-se-ia compreender melhor o termo justiça ao debater a indispensabilidade do advogado no PAD, pois onde há discussão da justiça por óbvio deveria ter advogado constituído para tal, pois a formação do advogado se deve a isso. No momento em que há discussão da justiça e não há constituição de advogado não há como dizer que há garantia de ampla defesa e contraditório do acusado, pois como assevera Marco Antônio, há procedimentos acerca de maior gravidade. Não deve ser constituído advogado só por ter maior complexidade, mas por qualquer justificativa que ponha em risco o cargo do acusado.

Os professores Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle José Coelho Nunes (2008) alegam que somente em última análise há perda do cargo pelo servidor público. Citam o artigo 41, §1º, II e III da CF, onde este equipara processo disciplinar ao judicial, onde serão aplicadas as mesmas exigências do processo judicial. Mencionam ainda que o STF não pode esvaziar o princípio da ampla defesa. Que o cidadão leigo independentemente de exercer função pública, não possui competência para atuar em sua defesa tecnicamente e nem argumento eficiente, tendo em vista a complexidade jurídica. Que o princípio da igualdade não permite o acesso a justiça sem advogado competente. Que é garantia institucional da Administração Pública a defesa do servidor feita de forma adequada para apurar possíveis faltas. Que ninguém garante que sem defesa técnica hajam demissões "a bem do serviço público". Que a interpretação do artigo 3.º, da Lei 8.112/90 e do artigo 156 da Lei 9.874/99 não pode acobertar o desrespeito ao devido processo legal. Sem essas exigências o processo é arbitrário e inquisitório.³⁵

Devida análise há de ser levada em consideração tendo em vista o que pode acarretar a decisão de processo judicial que poderá prejudicar servidor que não soube apresentar devidamente sua autodefesa. Mesmo que tenha

35 OLIVEIRA. Marcelo Andrade Cattoni de. E Dierle José Coelho Nunes. Súmula Vinculante 5 do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional Em Revista Consultor Jurídico, 22 de maio de 2008, 0h01. Disponível em: <<https://bit.ly./2G6nLEL>> Acesso em: 05/05/2020

ensino superior, isso não dá garantias de que este conseguirá ter êxito em suas argumentações, pois de um lado tem a própria administração pública com seus apontamentos legais e do outro o servidor que nem sempre se recordaria das leis próprias do referido ente público a que se subordina. É totalmente injusto e desigual a diferença que se vê em situações como essa. O ente faltaria com seu princípio da igualdade para com seus subordinados. Não se está tratando de mera punição ou advertência para que não haja devido respeito as garantias do servidor acusado de infração.

Vinícius de Carvalho Madeira diz que há a possibilidade do servidor acusado apresentar uma defesa escrita muito ruim a ponto de tornar este indefeso. Também não só do acusado, mas do próprio advogado pode vir a acontecer de apresentar defesa fraca. A administração não pode ignorar esse fato, terá de considerar revel e nomear defensor dativo. Nesse sentido se originou o julgamento do RE 434059 que por consequência deu surgimento para a Súmula Vinculante nº 5. Nos debates entre os Ministros do STF questionou-se a eventualidade da complexidade da matéria sendo necessária a nomeação de defensor para melhor atender as necessidades do servidor. Fora isso não há exceção por parte da súmula.³⁶

Com isso, todos os problemas criados para a Administração Pública pela Súmula 343 do STJ quedam-se resolvidos, pois enquanto esta Súmula do STF não for revista ou cancelada - o que é difícil de acontecer - ela terá de ser seguida até mesmo pelo STJ, não havendo mais o perigo de o Poder Judiciário vir a anular processos disciplinares porque acusados não quiseram exercer seu direito de contratar advogado e a Administração Pública não tinha condições de oferecer um defensor ao servidor desde o início do processo e que, ainda por cima, fosse advogado inscrito na OAB.³⁷

Por essa análise, pode-se observar a responsabilidade da Administração Pública em decidir qual o momento propício para que se deva nomear advogado para atuar em defesa do servidor civil acusado. A questão é se ao

36 Vinícius de Carvalho Madeira, “**Lições de Processo Disciplinar**”, Fortium Editora, 1ª edição, 2008, ps. 158 e 159.

37 Vinícius de Carvalho Madeira, “**Lições de Processo Disciplinar**”, Fortium Editora, 1ª edição, 2008, p. 149.

perceber a fragilidade da defesa do servidor por si só ela realmente nomearia advogado para o caso, tendo em vista a onerosidade do ato.

3. NULIDADES

Nulidade é a eficácia de um ato jurídico, em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, possibilitando a ausência de condição ou de requisito de fundo ou de sentido técnico-jurídico; exprime inexistência, visto que o ato ineficaz ou sem valia é tido como não tendo existência legal. Segundo Hely Lopes Meireles:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato...³⁸

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim", para o administrador público "deve fazer assim".³⁹ Segue decisão do STJ acerca da nulidade na instauração do PAD sem a devida notificação prévia a respeito de novas provas:

A Turma reiterou que é nula a instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) contra magistrado sem a sua prévia notificação para se manifestar sobre os termos da representação e da prova contra ele apresentada (art. 27, § 1º, da Loman e do art. 7º, § 1º, da Res. n. 30/2007 do CNJ). Cuidou-se, na origem, de mandado de segurança (MS) impetrado contra a decisão proferida em PAD que decidiu aplicar a pena de aposentadoria compulsória ao impetrante (magistrado). Segundo constam dos autos, após representação formulada pelo desembargador corregedor de Justiça para instalação de PAD, em função de irregularidades constatadas em correição realizada na comarca, o impetrante apresentou defesa prévia. No entanto, após uma segunda visita correicional em que se constatou o cumprimento parcial das determinações pelo magistrado, o Tribunal Pleno decidiu que fosse baixada em diligência a representação ao Conselho da

38 MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 11ª Ed., Ed. Rev. dos Tribunais, p. 131

39 MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17ª Ed., Ed. Malheiros, 1990, p. 82/83

Magistratura para nova manifestação, sendo que esse órgão deliberou encaminhar a proposta de instauração de PAD e afastar o magistrado. Todavia, após a decisão do Conselho de Magistratura, não houve a intimação do magistrado para apresentar nova defesa prévia, tendo em vista a permanência de duas das oito irregularidades constatadas na correição que deram ensejo à representação inicial. Dessa forma, como não foi ofertada ao impetrante a oportunidade de se manifestar sobre as novas provas produzidas, houve interferência no exercício de sua garantia constitucional de ampla defesa. Assim, a Turma, entre outras questões, deu provimento ao recurso para anular o PAD a partir da representação encaminhada ao Tribunal Pleno por decisão do Conselho da Magistratura (proferida em 23/1/2008). Precedentes citados: RMS 23.566-MA, DJe 25/5/2009; RMS 25.569-SP, DJe 24/8/2009, e RMS 15.168-BA, DJ 28/10/2003. RMS 33.476-PA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20/9/2011.

Conforme a conceituação de Hely Lopes Meireles no julgamento proferido a nulidade foi apontada de forma explícita, tendo em vista que a ausência de intimação do magistrado fere seu direito de exercer ampla defesa em determinada situação. Se através de forma explícita ou virtual vir ocorrer vícios que acarretam a nulidade, muito menos casos teriam se dada devida atenção e melhor análise nos processos administrativos. Por simples falta de intimação houve a nulidade do referido processo que custam aos cofres públicos. Não custariam tanto se seguisse a risca o andamento de tais processos o que não acarretaria muitas vezes na reintegração dos servidores. Reintegração estas que segundo leciona Diógenes Gasparini,⁴⁰ decorrem de duas maneiras: por força de decisão judicial ou por ato administrativo. O funcionário público que for reintegrado será ressarcido em sua integralidade pelos prejuízos decorrentes da ilegalidade praticada pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal, a respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em matéria disciplinar, manifesta-se sobre autoridade abusiva e arbitrária por parte do Estado e a inobservância deste do devido processo legal em procedimento administrativo:

EMENTA - PROCESSO ADMINISTRATIVO – RESTRIÇÃO DE DIREITOS – OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA DA GARANTIA

40 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 275.

CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” (CF, ART. 5º, LV) – REEXAME DE FATOS E PROVAS, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA – INADMISSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO – RESTRIÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW. O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade éticojurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. (AIAgR nº 241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 27/8/2002, publicado em 20/9/2002)

Quando se fala de ente público espera-se que este exerça o princípio da legalidade nos seus atos e demais princípios no qual é subordinado, porém o que se pode perceber é a arbitrariedade de tal ente tendo em vista sua posição para com os servidores. O Estado mais do que os cidadãos deveria ser exemplo em termos de cumprir com seus princípios, deveres e obrigações. Apesar de tanto se falar em abuso de autoridade, ainda há um grande obstáculo a ser superado dentro da esfera pública neste quesito. O que se espera é que com tantos julgados este ente venha a tomar um posicionamento diferente a partir de então para que não haja demais onerosidades e por respeito aos princípios constitucionais.

Hely Lopes Meirelles fala a respeito da demissão do estável conforme segue:

Para a demissão do estável a Administração não precisa recorrer à Justiça, ainda que o fato sujeito a punição configure crime, uma vez que a Constituição lhe permite fazê-lo mediante processo administrativo ou, mais precisamente, processo administrativo disciplinar, em que assegure ampla defesa ao infrator. Por ampla defesa, no caso, deve-se entender a vista do processo, com a faculdade de resposta e de produção de

provas contrárias à acusação. O processo administrativo disciplinar não é tão formal quanto o judicial, penal ou não, nem tão rigoroso no contraditório. O essencial é que se conceda ao acusado a oportunidade de ilidir a acusação, sem o que a punição administrativa é nula, por afrontar uma garantia constitucional (art. 41, § 1º).⁴¹

Faz-se análise do seguinte precedente de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves a respeito da retroatividade do Mandado de Segurança em cobrança de valores:

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Magistério estadual do Rio Grande do Sul. Promoção na carreira. Pagamento de diferenças remuneratórias. Retroatividade. Impossibilidade. Súmulas n. 269 e 271-STF. Agravo regimental desprovido. 1. A Primeira Turma, no julgamento do RMS n. 40.065-RS, na sessão de 21.5.2013, Rel. Min. Benedito Gonçalves, acórdão pendente de publicação, firmou compreensão no sentido de que os efeitos financeiros, quando da concessão da segurança, devem retroagir à data de sua impetração, sendo inviável a cobrança de valores pretéritos no mesmo mandamus, conforme disposto no art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009 e Súmulas n. 269/271-STF. 2. Agravo regimental desprovido, ressaltando-se o acesso à via ordinária, se for o caso. (AgRg no RMS n. 40.369-RS, minha relatoria, Primeira Turma, DJe 21.6.2013)

Administrativo. Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Servidor público estadual. Magistério. Promoção na carreira publicada no Diário Oficial de 14 de setembro de 2011. Retroação dos efeitos das promoções relativas ao ano de 2002. Efeitos financeiros. Impossibilidade. Incidência das Súmulas n. 269 e 271 do STF. 1. A Primeira Turma, ao analisar caso idêntico ao dos autos, cujo precedente é de minha relatoria, já se manifestou no sentido de que “os efeitos financeiros, quando da concessão da segurança, devem retroagir à data de sua impetração, sendo inviável a cobrança de valores pretéritos no mesmo mandamus, nos termos do 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009” (RMS n. 40.065-RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5.6.2013). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS n. 40.100-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26.6.2013)

41 Resumo, numa seleção e transcrição dos pontos mais importantes, feito a partir da obra *Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles, 18ª Edição. Ricardo Lúcio Salim Nogueira, Bacharel em Direito pela FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos – Barbacena/MG, turma 1989/1992, Pós-graduado (latu sensu) em Direito Civil pela FUPAC/Grupo Prisma. Disponível em: <http://intervox.nce.ufrj.br/~diniz/d/direito/adm-Dir_Administ_Hely_Lop_Meireles.pdf> acesso em: 18.11.2020

O reconhecimento da ilegalidade da demissão do servidor importa, por via de consequência, no dever de a Autoridade competente reintegrá-lo ao seu respectivo cargo público, com todos os efeitos funcionais retroativos à data do afastamento do serviço público; quanto aos efeitos financeiros, entretanto, eles retroagem apenas à impetração, devendo a cobrança dos valores anteriores a ela ser realizada nas vias ordinárias.⁴²

Hely Lopes Meirelles explana a respeito do interesse privado sobre o público quando se trata de atos anuláveis dentro da administração pública:

[...] continuamos a não aceitar o chamado ato administrativo anulável no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa.⁴³

Segue ementa de Mandado de Segurança sobre membro da comissão estar em estágio probatório onde deu causa de anulabilidade ao PAD:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MEMBROS DA COMISSÃO. ART. 149 DA LEI 8.112/1990. COTEJO DA ESTABILIDADE COM O ESTÁGIO PROBATÓRIO. IMPARCIALIDADE. 1. Trata-se de Mandado de Segurança contra ato de demissão, por meio de Processo Administrativo Disciplinar, no qual figurou, como membro da Comissão, servidor que havia conquistado estabilidade em cargo anterior (técnico do INSS); porém, aprovado em ulterior concurso (analista da CGU), encontrava-se ainda em estágio probatório. 2. A ratio da imposição do art. 149 da Lei 8.112/1990 é blindar, ex lege, os membros da Comissão contra pressão capaz de alterar o equilíbrio na tomada de decisões, fluindo de forma espúria sobre a imparcialidade. 3. No caso concreto, o membro da Comissão Processante, quando de sua nomeação, ainda estava em estágio probatório, sujeito a avaliações e, inclusive, à exoneração. 4. A interpretação do art. 149 da Lei 8.112/1990, atrelada à garantia de imparcialidade em processos administrativos, recomenda seja acolhida a pretensão da impetrante. 5. Segurança concedida para anular

42 SÚMULA 271 STF " Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria."

43 MEIRELLES, Hely Lopes et. al. **Direito Administrativo Brasileiro**, 39ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 184

o PAD. (MS 16.557/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24.8.2011, DJe 6.9.2011.)

Seguindo a linha de raciocínio a respeito de comissão e atos nulos abordados em Mandado de Segurança, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aborda a realização do processo por comissões disciplinares (comissões processantes), dando vantagem para maior imparcialidade na condução da instrução, pois a comissão é órgão estranho entre o funcionário e seu superior. Tal eficácia compreendida pela jurisprudência se dá através da composição da comissão por funcionários estáveis ou exoneráveis 'ad nutum'.⁴⁴ De igual modo, manifesta-se Mauro Roberto Gomes de Mattos, que a respeito da não estabilidade de servidor pertencente a comissão ofende a regra da imparcialidade/impessoalidade estabelecida pela lei.⁴⁵ Como pode-se perceber o referido ato tornou-se nulo por inobservância da lei e dos princípios da administração pública. Analisando por esse lado seria questionável do porque outros atos da administração pública não são considerados nulos se muitos também não tem observação da lei e de seus princípios.

A respeito sobre a necessidade de motivação do ato sob pena de nulidade, cabe destacar trecho do processo a seguir:

Processo
MS 200800558673
MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 13407
Relator(a): FELIX FISCHER
Sigla do órgão: STJ
Órgão julgador: TERCEIRA SEÇÃO
Fonte: DJE DATA:02/02/2009

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e Nilson Naves. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Gallotti e

44 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 351

45 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 - Interpretada e Comentada-Regime Único do Servidor Público Federal*, 5ª edição, Editora Impetus, p. 1005

Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CARGO PÚBLICO. HABILITAÇÃO LEGAL. FALTA. EXONERAÇÃO EX OFFICIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. MÁ-FÉ. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. I- O prazo decadencial para a Administração anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em cinco anos, contados de 1º/2/1999, data da entrada em vigor da Lei nº 9.784/99. Contudo, o decurso do tempo não é o único elemento a ser analisado para verificação da decadência administrativa. Embora esta se imponha como óbice à autotutela tanto nos atos nulos quanto nos anuláveis, a má-fé do beneficiário afasta sua incidência. II - Na hipótese dos autos, a impetrante foi contratada em 15/6/1985 e retornou ao serviço público por meio de portaria concessiva de anistia de 24/11/1994. Muito posteriormente, em 20/8/2007, teve contra si instaurado processo administrativo disciplinar, que culminou na sua exoneração ex officio em 24/1/2008. III – Incumbiria à Administração Pública expor, no ato decisório, as razões de fato e de direito que fundamentariam a não-aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99, analisando especificamente a existência de má-fé da impetrante. A falta de motivação, neste ponto, acarreta a nulidade do ato de exoneração. Segurança concedida para reconhecer a nulidade da Portaria 8/2008 por vício de motivação, determinando-se a reintegração da impetrante no cargo em que retornou por anistia.

Não é por mero cumprimento de requisitos legais quando se diz que a Administração Pública deve obedecer quando se trata de procedimento administrativo disciplinar, mas sim porque a falta destes podem vir a acarretar futuramente a nulidade do ato e prejudicar não somente o servidor que deverá deixar seu cargo, muitas vezes sem a possibilidade de retorno, mas também por parte da onerosidade para a Administração Pública.⁴⁶

46 Cabe aqui fazer breve análise a respeito da importância das análises de julgamento de processo administrativo disciplinar por parte do judiciário, dando ênfase ao que diz o doutrinador Hely Lopes Meirelles sobre o respectivo cuidado acerca desse tipo de análise: "Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e se saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao

Feita algumas análises de casos que acarretaram a nulidade de processo administrativo disciplinar, pode-se perceber que a inobservância do devido processo legal, de princípios constitucionais, e até mesmo atos de portaria podem acarretar a esta nulidade. Se evitado não precisaria haver a possibilidade de revisão do processo que acaba por gerar prejuízos não somente à Administração Pública mas aos seus funcionários que além de ter prejuízos financeiros terão prejuízos pessoais.

Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz."

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2009, ps. 704 e 705.

3.1. INDEFERIMENTO DE PROVAS: CONSIDERADAS INÚTEIS, PROTETATÓRIAS OU IRRELEVANTES

No art. 370 do NCPC⁴⁷ impõe-se ao juiz o dever de indeferir requerimentos das partes que importem na realização de diligências probatórias inúteis ou meramente protelatórias.

Luis Alberto Reichelt explana para melhor entendimento do assunto, que a real causa para o requerimento de produção de provas ser indeferido não é "a inutilidade ou o caráter protelatório da diligência a ela associada", mas a irrelevância da prova e sua incapacidade de convencimento em sede jurisdicional.⁴⁸

Em entendimento do STJ observou-se o seguinte:

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, que 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.⁴⁹

No presente caso o STJ não alega nulidade processual, mas somente assevera a respeito das provas inúteis e protelatórias. Pode-se perceber na real importância que há na análise de procedimentos que não podem passar despercebidos para não prejudicar a defesa ou até mesmo causar demora no

47 Art. 370, NCPC: "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito."

48 REICHELDT, Luis Alberto. *O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz*. Revista de Processo | vol. 281/2018 | p. 171 - 185 | Jul / 2018

49 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 9.076/DF. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 26.10.2004.

andamento do processo. Ou então dependendo da análise do magistrado poderia acarretar prejuízo da parte litigante do processo por ver que a decisão fundamentada não está de acordo com suas intenções. Se vier a decidir no indeferimento das provas o juiz pode determinar, de ofício, a realização de provas de fato que sejam importantes para o deslinde da ação.⁵⁰ A respeito dessas provas, Rinaldo Mouzalas assevera que cabe ao juiz controlar as diligências inúteis e protelatórias através de decisão fundamentada, pois garante a economia e duração razoável do processo, o contraditório e o dever de fundamentação das decisões.⁵¹

O poder-dever judicial de indeferimento de provas inúteis e protelatórias decorre do direito fundamental à economia e celeridade processual (Constituição, art. 5º, inciso LXXVIII).⁵² Porém pode o juiz – na verdade deve – indeferir as provas inúteis e desnecessárias. Deferida a produção de algum meio de prova cria-se um direito adquirido à prova, não sendo mais possível o juiz voltar atrás em seu entendimento para indeferir a prova, ainda que passe posteriormente a acreditar em sua inutilidade ou desnecessidade.⁵³

O presente caso como demonstrado tem grande relevância no andamento dos processos ordinários, mas não se exclui dos processos administrativos. Neste caso a comissão deve obedecer ao papel de juiz. O

50 DA SILVA, Fernando Cesar Delfino. DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A RESPONSABILIDADE NA SUA PRODUÇÃO. **Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017.

Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1191>>. Acesso em: 18 oct. 2020.

51 MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**, volume único. Rinaldo Mouzalas, Joao Otavio Terceiro Neto e Eduardo Madruga- 8. ed. rev., am pl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

52 MAIA, Maurilio Casas. **TÉCNICAS DE ACELERAÇÃO DO PROCESSO CIVIL III: INDEFERIMENTO DAS PROVAS DESNECESSÁRIAS E FUNDAMENTAÇÃO “PER RELATIONEM”**

Disponível em <<https://oabpe.org.br/tecnicas-de-aceleracao-do-processo-civil-iii-indeferimento-das-provas-desnecessarias-e-fundamentacao-%E2%80%9Cper-relationem%E2%80%9D/>>

Acesso em : 28/05/2020

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

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."

53 VASLIN, Rodrigo . *Gabarito Comentado de Direito Processual Civil* – DPE-MG 2019 – Recurso

Disponível em <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/gabarito-comentado-dpe-mg-2019-direito-processual-civil/>> Acesso em : 28/05/2020

papel do magistrado é de grande importância para a celeridade processual, igualdade das partes e o bom desempenho da ampla defesa e do contraditório.

3.2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITE SANS GRIEF*

Segundo referido princípio, não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Em se tratando de matéria de direito administrativo isso quer dizer que não haverá nulidade do ato administrativo sem antes demonstrar que houve prejuízo.⁵⁴

A respeito desse princípio enfatiza Fredie Didier Jr., a invalidade processual é “sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação de defeito do ato processual (pouco importa a gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).” “Sempre – mesmo quando se trate de nulidade cominada em lei, ou as chamadas nulidades absolutas”.⁵⁵

Quando se refere ao princípio do prejuízo na esfera administrativa, abordando esse assunto, Danielle Felix⁵⁶ traz a análise do artigo de Shirlei Mello e Ana Paula Borges (MELLO, BORGES apud TEIXEIRA, 2014) se referindo que a causa do prejuízo somente se dá através de lesão aos direitos e garantias individuais, à segurança jurídica e interesse público. Neste sentido ao conceituar referido princípio, traz sua representatividade pelo instituto francês e menciona a impossibilidade do ato de atingir sua finalidade. Observa a possibilidade de prevalência do interesse público, conforme segue:

De acordo com o postulado, apenas será expurgado o ato processual administrativo que causar lesão ao interesse público ou aos direitos e garantias individuais (liberdades individuais), em atenção ao princípio da segurança jurídica. Analisando o tema, Shirlei Silmara de Freitas Mello e Ana Paula Dutra Borges salientam que:

54 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito Administrativo**. 8. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 256.

55 DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 473

56 TEIXEIRA, Danielle Felix. *A aplicação do postulado do pas de nullité sans grief ao processo administrativo*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aplicacao-do-postulado-dopas-de-nullite-sans-grief-ao-processo-administrativo.48530.html>> Acesso em: 18 de oct. 2020.

O princípio do prejuízo consiste na representação, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de tal instituto francês, determinando que, mesmo nas nulidades relativas, quanto nas absolutas, o ato processual deve ser considerado, desde que não acarrete dano para qualquer das partes. Permite, assim, que o direito seja materializado, através do aproveitamento máximo dos atos processuais. (...) O prejuízo, que invalida o ato processual, é aquele que impossibilita a este alcançar a sua finalidade. Cabe à Administração invalidar o ato danoso, tendo em vista que se submete ao princípio da legalidade, no entanto, a este princípio deve ser agregado o da razoabilidade, que permite reconhecer, em certas circunstâncias especiais, a convalidação do ato administrativo. (...) É possível deduzir que no âmbito administrativo há a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita.

O STJ em decisão de Mandado de Segurança asseverou a respeito da necessidade de demonstrar o prejuízo causado em instauração de PAD com base em denúncia anônima:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRESCRIÇÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SINDICÂNCIA INVESTIGATÓRIA. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MARCO INTERRUPTIVO. PRAZO DE CINCO ANOS, ACRESCIDOS 140 DIAS. DEMISSÃO APLICADA DENTRO DO QUINQUÊNIO LEGAL. DENÚNCIA ANÔNIMA. INEXISTENTE. PROCESSO INSTAURADO COM BASE EM AUDITORIA INTERNA E SINDICÂNCIA. PORTARIA INAUGURAL. DESNECESSIDADE DE DETALHAMENTO DOS ATOS. PUBLICAÇÃO EM ÓRGÃO QUE NÃO SEJA O DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO NÃO CONSTITUI ILEGALIDADE. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. QUADRO DE PESSOAL DO EXTINTO TERRITÓRIO FEDERAL DO AMAPÁ. COMPETÊNCIA DO GERENTE REGIONAL DO ESTADO DO AMAPÁ. ART. 44 DA PORTARIA N. 92 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, DE 7/4/2001. SUBSTITUIÇÃO DE MEMBRO DA COMISSÃO. JUSTIFICAÇÃO E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INTERROGATÓRIO. ATO PERSONALÍSSIMO. NÃO HÁ PREVISÃO NORMATIVA DE PARTICIPAÇÃO DO SERVIDOR INDICIADO NO INTERROGATÓRIO DOS DEMAIS ACUSADOS. PRECEDENTES. DIREITO AO SILÊNCIO. CONSIGNAÇÃO NA ATA DO INTERROGATÓRIO. NÃO INDICAÇÃO DO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA TAMBÉM EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. PROMESSA DE ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUTOS DE SINDICÂNCIA RETIRADOS. EXISTÊNCIA DE VÍCIO. PEÇA NÃO ESSENCIAL PARA A FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF.

EXTRAPOLAÇÃO NA IMPUTAÇÃO. PREJUÍZO À DEFESA. NÃO VERIFICADO. AUTORIDADE PODE DISSENTIR DO RELATÓRIO. SANÇÃO MOTIVADA. DEFESA DOS FATOS IMPUTADOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS SANÇÕES DA LEI N. 8.112/90 E DA LEI N. 8.429/92. DESNECESSIDADE DE SE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE PARA A APLICAÇÃO DA PENA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. [...] 4. Não prospera o argumento de que o processo administrativo disciplinar tenha sido instaurado a partir de denúncia anônima, pois da análise dos autos emerge que as fraudes foram descobertas após levantamento proferido pela Auditoria Interna da Companhia de Água e Esgoto do Amapá e ratificada com a instauração da Comissão de Sindicância. 5. É firme o entendimento jurisprudencial nesta Corte no sentido de que inexistente ilegalidade na instauração de sindicância investigativa e processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, ainda mais quando acompanhada por outros elementos de prova. 6. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido da desnecessidade de detalhamento dos atos de instauração de feitos administrativos disciplinares. [...] 9. Este Tribunal já decidiu ser possível a substituição dos membros da comissão processante, desde que o novo membro designado preencha os requisitos legais para o exercício da função, o que ocorreu no caso dos autos. Ao arguir a nulidade, a parte deve indicar de forma clara o prejuízo suportado e a correlação entre o ato viciado e seu reflexo no julgamento no Processo Administrativo Disciplinar, o que não se verificou nessa ação. [...] 15. Só se proclama nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, sendo aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*. 16. Não prospera o argumento de que se extrapolou a imputação do art. 132 da Lei n. 8.112/90, prejudicando a defesa da autora, pois somente após a conclusão da fase instrutória se pode indicar, com acerto, a irregularidade praticada. 17. É possível a autoridade competente dissentir do relatório apresentado pela Comissão Processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada, como ocorreu no presente caso. 18. É reiterada a compreensão de que o indiciado se defende dos fatos a ele imputados e não de sua capitulação legal. 19. A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que, em razão da independência entre as sanções disciplinares previstas na Lei n. 8.112/90 e aquelas previstas na Lei n. 8.429/92, não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da ação de improbidade administrativa para aplicação das punições. Segurança denegada. (PROCESSO MS 12153 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0176380-0 RELATOR Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (8370) ÓRGÃO JULGADOR S3 - TERCEIRA SEÇÃO DATA DO JULGAMENTO 26/08/2015 DATA DA PUBLICAÇÃO DJe 08/09/2015 IP vol. 93 p. 185 RIP vol. 93 p. 185) STJ

No presente Mandado, observa-se que apesar da alegação de irregularidade na condução do processo administrativo disciplinar, simplesmente por não provar a prejudicialidade dos atos apontados não houve entendimento a favor da acusada. Os fatos alegados anteriores a instrução não há de ser considerado porque antes disso não há garantia de ampla defesa, não podendo então prosperar qualquer argumento nesse sentido. A simples menção do prejuízo por si só não favorece a parte, neste exemplo percebe-se o quão importante é a análise probatória e a decisão fundamentada do juiz.

Segue decisão do STJ a respeito do assunto tratado no presente item:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI N.º 10.683/03 C.C. O ART. 4.º DO DECRETO N.º 5.480/05. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. COMPETENTE PARA INSTAURAR OU AVOCAR PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES E APLICAR SANÇÕES DE DEMISSÃO DE CARGO PÚBLICO E DESTITUIÇÃO DE CARGO COMISSIONADO. PRECEDENTES. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI EM TESE. VEDAÇÃO. SÚMULA N.º 266 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEMISSÃO DECORRENTE DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO EXPRESSAMENTE TIPIFICADO NA LEI N.º 8.492/1992. PROCESSO JUDICIAL PRÉVIO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. DESNECESSIDADE. PREPONDERÂNCIA DA LEI N.º 8.112/90. SUPOSTA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO IMPETRANTE. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DANO AO ERÁRIO. DESONESTIDADE, DESLEALDADE E MÁ-FÉ DO AGENTE. INEXISTENTES. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 1. No caso de demissão imposta a servidor público 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. Nessas circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados. [...] 5. Eventual nulidade processual exige a respectiva comprovação do prejuízo à defesa, o que não ocorreu no presente caso. Assim, aplicável à espécie o princípio do pas de nullité sans grief. [...] 8. Segurança concedida. Prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão que negou a

liminar. (Processo MS 13520 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2008/0087719-8 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 14/08/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 02/09/2013) STJ

No presente Mandado pode-se observar a recorrente análise do princípio do prejuízo e que na maioria das vezes é pronunciado somente para lembrar as partes de que referido prejuízo deve ser demonstrado. Como já mencionado anteriormente, há grande importância na apresentação das provas para que haja eficaz análise das alegações. O erro percebido se dá através da ausência dessas quando se faz referida alegação.

Segue julgado do STJ em Mandado de Segurança onde dá ênfase a necessidade de produzir provas para demonstrar o prejuízo alegado, onde nesse caso foi demonstrada pela comprovação dos autos para justificar os devidos cumprimentos legais:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

1. Trata-se de demissão da recorrente, após regular processo administrativo, em função de afirmado desvio de numerários na Contadoria da Comarca de Fundão por meio de fraudes que acarretaram o não recolhimento aos cofres públicos de importâncias derivadas do ITCD.

2. O processo administrativo disciplinar observou o contraditório e a ampla defesa. A parte foi intimada dos atos processuais e teve oportunidade de se manifestar sobre a fundamentação que conduziu à sua demissão.

3. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo. A recorrente teve acesso aos autos do processo administrativo disciplinar, amplo conhecimento dos fatos investigados, produziu as provas pertinentes e ofereceu defesa escrita, o que afasta qualquer alegação relativa à ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não configurada na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*.

4. Nos termos da Súmula Vinculante 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade

de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso.

5. Ausência de argumentação que desabone os atos da Comissão Processante. Não houve indício de fato que conduzisse a decisão imparcial ou a técnica tomada contra a recorrente.

6. O Termo de Indiciamento e o Relatório Final da Comissão Processante foram suficientemente fundamentados, com base nas provas produzidas nos autos.

7. Recurso Ordinário não provido.

(RMS 32.849/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 20/05/2011).
STJ

Apesar da maioria dos julgados apresentados nesse subitem não terem sido julgados a favor do acusado, percebe-se a importância do referido princípio onde somente terá eficácia se demonstrada a prejudicialidade daquilo que se está alegando. Acerca desse princípio pode-se dizer que o julgamento do STJ tem se demonstrado eficaz no sentido de demonstrar que não somente a Administração Pública não vem obedecendo aos requisitos legais, mas seus funcionários estiveram agindo de má-fé por se aproveitarem das garantias processuais.

Verifica-se a ausência probatória da parte litigante em demonstrar aquilo que considera causa de nulidade ("Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não configurada na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*"). Percebe-se também grande atenção nas análises dos julgados em demonstrar que não houve nulidade por ter observada a ampla defesa e contraditório do acusado, mas como já abordado independe da gravidade desde que demonstrado o prejuízo.

O TRF da 5ª Região reforça a tese de que para punir um servidor, deve haver correspondência entre a pena aplicada e a infração cometida. Observando o princípio da proporcionalidade nas punições.⁵⁷

O STJ julgou:

57 Apelação Cível 54961 TJ-RN

[...]6.Determinar a aplicação da pena máxima de demissão a servidores públicos por terem submetido magistrado e outros servidores a constrangimentos por figurarem indevidamente na condição de representados, em processos instaurados no âmbito da Corregedoria-Geral da Justiça, não obstante a gravidade do ato, não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo-se que a Administração aplique uma sanção disciplinar mais branda. 7.Recurso ordinário parcialmente provido. Segurança parcialmente concedida.[...] ⁵⁸

O princípio da proporcionalidade é de interesse para a abordagem do presente trabalho, pois o parágrafo único do art. 128 da Lei 8.112/90 ⁵⁹ faz menção a importância da fundamentação não só do ato que deu causa na instauração do procedimento disciplinar como também da penalidade aplicada observando o que dispõe no caput do referido artigo. Através das análises dos julgados para a confecção do presente trabalho não se nota fundamentação referente a aplicação de referida sanção ao servidor acusado por parte do magistrado que profere as decisões. Podendo então fazer questionamento a respeito dessa omissão acerca da possibilidade de reforma da decisão não somente para provável anulação da pena aplicada como para alteração desta para uma mais branda. ⁶⁰

58 Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29290/MG

59 "Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar."

60 Referente a juntada de novos documentos, caso a comissão já tenha realizado o interrogatório e decida por juntar um novo documento após isso, deverá avaliar se esse documento traz elementos favoráveis ou desfavoráveis para a defesa. Isso porque a jurisprudência do STJ tem se firmado no sentido de que não há nulidade no PAD se não houver prejuízo à defesa como já analisado nesse trecho do trabalho.

3.3. APLICAÇÃO DA VERDADE SABIDA

Se entende por verdade sabida a possibilidade da autoridade competente aplicar sanções a partir de provas que comprovam a autoria e a falta cometida.⁶¹ Este instituto era mais aplicado aos servidores públicos do Estado de São Paulo, nos moldes da Lei 10.261/68, artigo 251 e seguintes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LV, juntamente com a doutrina acerca de sua inconstitucionalidade, tendo em vista que o dispositivo constitucional garante aos litigantes em processo judicial ou administrativo e acusados em geral, o contraditório e ampla defesa e recursos a ela inerentes, com a garantia do devido processo legal, não se pode aplicar a verdade sabida devido a existência de um fato confessado ou de provas manifestamente evidentes. Aplicar-se sanção diretamente aos servidor, se a autoria é conhecida, se os fatos restam praticamente evidentes, o que se pode é apenas utilizar-se destes fatos para eliminar a sindicância.⁶²

Hely Lopes Meirelles (2013, p. 777) conceitua:

... verdade sabida é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator. Tal ocorre, p.ex., quando o subordinado desautora o superior no ato do recebimento de uma ordem ou quando em sua presença comete falta punível por ele próprio. Em tais casos, a autoridade competente, que presenciou a infração, aplica a pena pela verdade sabida, consignando o ato punitivo as circunstâncias em que foi cometida e presenciada a falta. Esse meio sumário só é admissível para as penalidades cuja imposição não exija PAD. Tem-se considerado, também, como verdade sabida a infração pública e notória, estampada na imprensa ou divulgada por outros meios de comunicação de massa. O essencial para se enquadrar a falta na verdade sabida é seu conhecimento direto pela autoridade competente para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível. Não obstante,

61 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000, p. 499

62 "Importante ressaltar que a CF de 1988 eliminou o instituto da 'verdade sabida', de modo que nenhuma pena pode ser aplicada diretamente, sendo sempre imprescindível o devido processo administrativo disciplinar. A verdade sabida, ocorrente quando o fato é confessado, documentalmente provado ou manifestamente evidente, somente pode ser aproveitada como fator de eliminação da prévia sindicância. Nada Mais." CF. BACELLAR FILHO, 2006. p. 101.

embora sem rigor formal, deve-se assegurar a possibilidade de defesa e contraditório.⁶³

A verdade sabida não tem previsão na lei federal, pois desde o advento da Constituição Federal de 1988 viola o artigo 5º LV, CF - 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; pois não permite ao acusado o devido processo legal.

Em consequência disso Diógenes Gasparini diz ser nula a pena aplicada por este meio, com exceção:

Assim, qualquer pena aplicada por esses meios é nula, inconstitucional, salvo se atender ao garantido pelo inciso LV do art. 5º da Constituição da República. Nesse caso, chamado de verdade sabida ou termo de declaração, tem-se, na realidade, processo administrativo disciplinar.⁶⁴

No mesmo sentido observa-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando se trata do devido processo legal para qualquer procedimento que aplique punição:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE TRABALHADORES POLICIAIS CIVIS (COBRAPOL) – ENTIDADE SINDICAL INVESTIDA DE LEGIMIDADE AT VA –AD CAUSAMII PARA INSTAURAÇÃO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PERTINÊNCIA TEMÁTICA – CONFIGURAÇÃO – ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS QUE PREVÊEM PUNIÇÃO DISCIPLINAR ANTECIPADA DE SERVIDOR POLICIAL CIVIL – CRITÉRIO DA VERDADE SABIDA – ILEGITIMIDADE – NECESSIDADE DE RESPEITO À GARANTIA DO “DUE PROCESS OF LAW” NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁTER DISCIPLINAR – DIREITO DE DEFESA – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI AMAZONENSE Nº 2.271/94 (ART. 43, §§ 2º a 6º) – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. – Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo,

63 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. Ed. São Paulo :Editora Malheiros, 2013.

64 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1105

sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. — Nemo inauditus damnari debet. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípuo destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao — due process of law, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos — notadamente os de caráter administrativo-disciplinar — em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. Doutrina. Precedentes. — Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa. Doutrina. Precedentes. (STF- Rcl 9.340 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 26-8-2014, DJE 172 de 5-9-2014.)

Na evolução da história do Direito é demonstrada a adoção do sistema processual misto pelo Brasil, onde se adota o sistema inquisitório (juiz inquisitivo) nas análises pré-processuais e após a instauração desse o acusatório (juiz, autor e réu). O ato de simplesmente punir não obedece a esse sistema adotado pelo Brasil, pois se dá de forma totalmente inquisitória, onde há somente a presença do julgador que analisa as provas, acusa e julga de forma parcial. No presente caso podendo dizer que o mesmo que teve ciência do ato infracional através da verdade sabida simplesmente poderia agir com punição sem respeitar o que é de direito do acusado. Justamente por isso não se pode adotar somente ao sistema inquisitório, pois como analisado acima no julgado o acusado além de ter direito a ampla defesa, também tem de ter o

devido processo legal, correndo o risco de tal ato se não cumprido se tornar nulo por inconstitucionalidade.⁶⁵

Apesar de Diógenes Gasparini⁶⁶ dizer que “a semelhança que se quer estabelecer com o inquérito policial, cuja essência é inquisitorial, é improcedente.”, este se refere à denominação sobre o procedimento inquisitório dado ao processo administrativo disciplinar em específico, o que observando nesse sentido está correto, pois não obedeceria ao princípio da ampla defesa.

Segundo Regis Fernandes de Oliveira, não há aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da verdade sabida. Assevera este que por mais que o ato se dê em flagrante há de ser formalizada a acusação para que o acusado possa ter a possibilidade de exercer sua defesa.⁶⁷

Já para Hely Lopes Meirelles “[...]Esse meio sumário só é admissível para as penalidades cuja imposição não exija processo administrativo disciplinar.[...]”.⁶⁸

A respeito da não aplicabilidade da verdade sabida, o TJSP decidiu em Apelação Cível da seguinte forma:

TJ/SP: ATO ADMINISTRATIVO - Suspensão de Servidor Público - Nulidade - Inexistência de regular procedimento administrativo ou sindicância - violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa - art. 5º LV da Constituição Federal - Princípio da verdade sabida - não receptividade - Recursos não providos. (Apelação Cível nº 146.793-5/1 São Paulo - 1ª Câmara de Direito Público - Relator)

65 RODRIGUES, Martina Pimentel. *Os sistemas processuais penais*. 2013 Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais#:~:text= Nesse%20sentido%2C%20Paulo%20Rangel%20define,penal%20a%20cada%20caso%20concreto.%E2%80%9D>> Acesso em 22.10.2020

66 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 802.

67 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 140

68 MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 23.^a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998, p. 571

Para Jorge Palma de Almeida Fernandes (2008), no contexto evolutivo em que se encontra a sociedade contemporânea, é inconcebível imaginar a existência e a aplicação da verdade sabida, pois, a “grosso modo”, isso significa o punição para o funcionário sem que o mesmo tenha direito a ampla defesa. Assim, o referido autor estabelece algumas justificativas para a extinção de tal procedimento: “Não se pode prescindir da instauração de um processo; por mais que esteja evidente sua culpa; o servidor deve ter assegurada sua ampla defesa, assim como todas as demais garantias constitucionais e processuais”.⁶⁹

Diógenes Gasparini afirma que “o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo o que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos.”⁷⁰. Nesse sentido pode-se observar a real importância que a Administração Pública deveria dar ao interesse público e não privado. Nos julgados podemos perceber muitos pareceres acerca da legalidade dos atos, mas se dá mínima importância à moralidade destes.

Nesse sentido cabe apresentar breve explanação de Romeu Felipe Bacellar Filho acerca das provas:

69 FERNANDES, Jorge Palma de Almeida. **Sindicância – Processo e controle jurisdicional**. 1ª Edição, Leme – São Paulo, Mundo Jurídico, 2008, p. 91

Falando sobre o presente instituto cabe fazer breve abordagem a respeito da Verdade Material que segue: É compreendida como uma espécie de compromisso da comissão com apuração da irregularidade objeto do processo punitivo. Quer dizer que a comissão não pode apurar apenas uma parte da irregularidade, nem apurá-la superficialmente, devendo trazer para os autos todas as provas relevantes para o esclarecimento dos fatos, sejam favoráveis ou não à aplicação de penalidade disciplinar. Dessa forma, diferentemente de processos judiciais com interesse meramente privado em que cada parte alega o que quiser e o Estado não se importa se as alegações são suficientes ou não para representar a verdade, no processo administrativo disciplinar, o interesse público justifica a ampla produção de provas pela comissão, não importando se elas irão contribuir para a absolvição ou condenação, e sim importando se elas trazem a verdade para dentro do processo. Assim, a aplicação do princípio da verdade material ao processo punitivo obriga a comissão a juntar aos autos provas de que tenha tido conhecimento ainda que após concluída a fase instrutória, mesmo que contrária à aplicação de penalidade disciplinar.

70 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed., p. 9.

[...]O suporte fático da decisão não se constitui pelos fatos em si, mas pelo que restou provado deles, ou seja, pelo juízo de valor formado sobre eles (os fatos). A prova representa, por isso mesmo, manifestação da probabilidade da existência ou inexistência de determinada realidade.⁷¹

Analisando os apontamentos, pode-se perceber que o princípio da verdade sabida vai de encontro com os princípios constitucionais por ser meramente inquisitório. Não se deve acusar alguém sem que seja dado a este seu direito de defesa e contraditório e respeitados todos os direitos e garantias que a pessoa tem dentro de qualquer processo ou procedimento, mesmo que seja ele administrativo. A própria comissão tem que cumprir com suas obrigações quando se trata de processo administrativo disciplinar, não podendo se punir o servidor de qualquer outra forma que não seja através do que dispõe os dispositivos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

71 FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes. **TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo**. Vol. 5; Ed. Revista dos Tribunais; 2015, p. 603.

4. DADOS DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO

Limitados ao Poder Executivo Federal (considerando a partir do período de Instauração de 2016 até 2020 tendo como atualização até o dia 18/11/2020)

"O Painel Correição em Dados é uma ferramenta que reúne um conjunto de dados estatísticos produzidos pela Corregedoria-Geral da União (CRG), unidade integrante da Controladoria Geral da União (CGU), sobre a atividade desempenhada pelo Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR). A CGU é o Órgão Central deste sistema, responsável por normatizar, orientar, integrar e supervisionar a atividade correcional no Governo Federal, além de conduzir as apurações correccionais de maior relevo."⁷²

RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS ("Destinada a apresentação dos dados referentes a responsabilização de agentes públicos, tendo como fontes a base de dados "Cadastro de Expulsões da Administração Pública Federal" (CEAF) e o "Sistema de Gestão de Processos Disciplinares" (CGU-PAD).")

SANÇÕES APLICADAS A AGENTES PÚBLICOS (sanções aplicadas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal a servidores públicos civis, ocupantes de cargo efetivo ou comissionado)

Dados da Controladoria Geral da União mostram em uma escala de 0 a 6.000, do maior para o menor, que 5.434 dessas sanções são de advertência, 4.981 são de suspensão e 2.659 de sanções expulsivas (sendo de 64,2% são sanções por corrupção).

SITUAÇÃO DOS PROCESSOS DISCIPLINARES

72 Manual do Painel de Correição de Dados da Controladoria Geral da União. Disponível em <http://paineis.cgu.gov.br/MANUAL/Manual%20Painel%20Corregedoria.pdf> Acesso em 18/11/2020

Neste período discriminado há 34.487 processos instaurados, sendo deste total 5.626 em processo de instrução, 1.669 aguardando julgamento e 759 em elaboração de relatório final.

EXPULSÕES

O número de expulsões dos agentes públicos dentro deste período totaliza em 2.659, sendo 2.659 sanções expulsivas de servidores públicos e 0 de sanções expulsivas de empregados públicos.

FUNDAMENTAÇÕES

Dessa totalidade de 2.659, 1.707 dessas se deu com fundamentação em corrupção (4878-43-LXI e IX, 8112-117-IX,XII,XIII), 699 em abandono, inassiduidade ou acumulação, 136 em outros, 94 em desídia e 23 em gerência.

Esses processos geraram um total de 2.124 demissões, 369 cassações de aposentadoria e 166 destituições.

REINTEGRAÇÕES

Do total de 2.659 sanções expulsivas de servidores públicos, dentro desse tempo houve um total de 2.502 ex-servidores considerados inelegíveis, 1.744 impedidos de retornar e 5,9% de sanções reintegradas (157).

FUNDAMENTAÇÃO DAS REINTEGRAÇÕES (fundamentações mais representativas das reintegrações de servidores públicos civis do Poder Executivo Federal. São consideradas apenas a reintegrações por decisão dos tribunais superiores)

- Ausência da comprovação de ANIMUS ABANDONANDI (1): sendo um total de 1 sanção de demissão e 100% reintegrada

- Desproporcionalidade entre conduta e punição (2): sendo um total de 2 ex-servidores impedidos de retornar, com sanção de demissão e 100% das sanções reintegradas
- Impossibilidade de presunção de acumulação ilegal de cargos em virtude de limites de horas semanais (2): sendo um total de 2 sanções de demissão e 100% reintegradas

PROCESSOS

A totalidade de processos instaurados dentro do período mencionado é de 34.518. Sendo 5.622 em instrução, 765 em relatório final, 1.669 aguardando julgamento e 26.462 concluídos.

ASSUNTO (assuntos mais representativos dos processos instaurados para apurar irregularidades cometidas por servidores públicos civis do Poder Executivo Federal)

- Ausência ou impontualidade ao serviço = 6.114 ocorrências (6.114 processos instaurados, 556 em instrução, 99 em relatório final, 244 aguardando julgamento e 5.245 concluídos)
- Erros procedimentais ou descumprimento de normas ou regulamentos = 11.985 ocorrências (11.985 processos instaurados, 1.973 em instrução, 190 em relatório final, 491 aguardando julgamento e 9.331 concluídos)
- Falta de urbanidade; conduta escandalosa; incontinência pública; manifestação de apreço ou despreço = 2.421 ocorrências (2.421 processos instaurados, 468 em instrução, 61 em relatório final, 128 aguardando julgamento, 1.764 concluídos)
- Irregularidades definidas em normativos ou regulamentos 7.253 ocorrências (7.253 processos instaurados, 1.048 em instrução, 152 em relatório final, 284 aguardando julgamento e 5.769 concluídos)

TIPO DE PROCESSO

- 11.224 dessa totalidade são Apurações diretas - EM/SEM
- 8.874 são PAD
- 5.999 são Sindicância Investigativa
- 3.516 são Sindicância Acusatória
- 3.332 são Procedimento Disciplinar - EP/SEM
- 1.111 são Rito Sumário
- 272 são Sindicância Patrimonial
- 190 são PAD - Empregado Público

INDICADORES PROCESSUAIS

TEMPO MÉDIO DO PROCESSO: 2016 - Tempo médio disciplinar 286
- 167 Ciência e instauração; 66 Instauração e indiciamento; 17 Indiciamento e conclusão do relatório final; 36 Conclusão do relatório final e julgamento

2017 - **Tempo médio disciplinar 428** - 206 Ciência e instauração; 109 Instauração e indiciamento; 42 Indiciamento e conclusão do relatório final; 71 Conclusão do relatório final e julgamento

2018 - **Tempo médio disciplinar 423** - 158 Ciência e instauração; 104 Instauração e indiciamento; 71 Indiciamento e conclusão do relatório final; 90 Conclusão do relatório final e julgamento

2019 - **Tempo médio disciplinar 382** - 129 Ciência e instauração; 94 Instauração e indiciamento; 75 Indiciamento e conclusão do relatório final; 84 Conclusão do relatório final e julgamento

2020 - **Tempo médio disciplinar 595** - 207 Ciência e instauração; 172 Instauração e indiciamento; 86 Indiciamento e conclusão do relatório final; 130 Conclusão do relatório final e julgamento

PRESCRIÇÃO

2016 - 350 Total de apenações + prescrições/16 Total de prescrições
(4,6%)

2017 - 1.125 Total de apenações+prescrições/126 Total de prescrições (11,2%)

2018 - 3.634 Total de apenações+prescrições/496 Total de prescrições (13,6%)

2019 - 5.845 Total de apenações+prescrições/450 Total de prescrições (7,7%)

2020 - 2.359 Total de apenações+prescrições/245 Total de prescrições (10,4%)

PERCENTUAL DE PROCESSOS COM AO MENOS UMA APENAÇÃO

2016 - 1.654 Processos concluídos/313 Processos com ao menos uma apenação (19%)

2017 - 4.081 Processos concluídos/882 Processos com ao menos uma apenação (22%)

2018 - 7.141 Processos concluídos/2.936 Processos com ao menos uma apenação (41%)

2019 - 9.494 Processos concluídos/5.136 Processos com ao menos uma apenação (54%)

2020 - 3.916 Processos concluídos/1.915 Processos com ao menos uma apenação (49%)

PERCENTUAL DE PROCESSOS EM CURSO HÁ MAIS DE 2 ANOS

PROCESSOS EM CURSO POR FAIXA DE DIAS: até 60 - 295

entre 61 e 180 - 691

entre 181 e 365 - 1.062

entre 366 e 730 - 2.394

731 ou mais - 3.614

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Acerca da nulidade no processo administrativo disciplinar em âmbito federal cabe abordar a importância de vários aspectos dentro do procedimento, começando pelos de instrução como a portaria que deve observar todos os requisitos legais e conter todas as informações necessárias para que não venha a ser prejudicial para o acusado quando for apresentar sua defesa e contrarrazão. A respeito desses princípios cabe recordar a importância de ambos para o cumprimento do devido processo legal.

Apesar de ainda haver discordância entre a doutrina a respeito da garantia do acusado de ser assistido por advogado dentro de procedimento disciplinar, é importante ressaltar a observância da Súmula Vinculante nº 5 do STF e o cumprimento por parte da Administração Pública da possibilidade de indicar advogado quando se tratar de exceções. Todos os casos apontados no presente trabalho se não observados acarretam a posterior nulidade do ato. Não somente pelo indeferimento de provas, não comprovação do prejuízo ou aplicação da verdade sabida que por si só já estão eivados de vícios em sua essência.

Por sorte pode-se perceber muitos pontos favoráveis ao funcionário como as garantias que a Constituição Federal de 1988 oferece de cumprimento de seus princípios. Pode-se perceber que muitos dos casos apresentados de jurisprudências elencam a respeito de decisões favoráveis ao acusado por não cumprimento dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Léo da Silva. **Prática de Processo Disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003
- BRASIL, CGU. **Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar**. Brasília, 2016.
- CARVALHO, Antônio Carlos Alencar de. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARVALHO FILHO José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017
- COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011.
- DA SILVA, Fernando Cesar Delfino. **DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA E A RESPONSABILIDADE NA SUA PRODUÇÃO**. *Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito*, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2017.
- DELGADO, José Augusto. **Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil**. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 49, n. 285, jun. 2001.
- DEZAN, Sandro Lucio. **Nulidades no Processo Administrativo Disciplinar: À Luz das Teorias Gerais do Processo e do Ato Administrativo - De Acordo com o Novo Código de Processo Civil**. Curitiba, Juruá Editora, 2017

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1992

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000

FERNANDES, Jorge Palma de Almeida. **Sindicância – Processo e controle jurisdicional**. 1ª Edição, Leme – São Paulo, Mundo Jurídico, 2008

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito Administrativo**. 8. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006

FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes. **TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO: Ato Administrativo e Procedimento Administrativo**. Vol. 5; Ed. Revista dos Tribunais; 2015.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Processo administrativo disciplinar**. 4ª edição. Editora Saraiva. 2013.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar. **Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público in Interesse Público**, ano 9, n 46, nov/dez 2007. Belo Horizonte. Fórum, 2007

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6. ed. ver. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2001.

GASPARINI DIÓGENES. **Direito Administrativo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2005

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense. 1996

Manual de PAD da CGU, abril de 2010

Manual do Painel de Correição de Dados da Controladoria Geral da União.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 - Interpretada e Comentada - Regime Único do Servidor Público Federal**, 5ª edição, Editora Impetus

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 11ª Ed., Ed. Rev. dos Tribunais

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17ª Ed., Ed. Malheiros, 1990

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23.ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed., Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed., São Paulo: Malheiros. 2009

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**, volume único. Rinaldo Mouzalas, Joao Otavio Terceiro Neto e Eduardo Madruga- 8. ed. rev., am pl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2015

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004

Painel Correição em Dados. Controladoria-Geral da União

REICHELT, Luis Alberto. **O direito fundamental à prova e os poderes instrutórios do juiz**. Revista de Processo | vol. 281/2018 | Jul / 2018

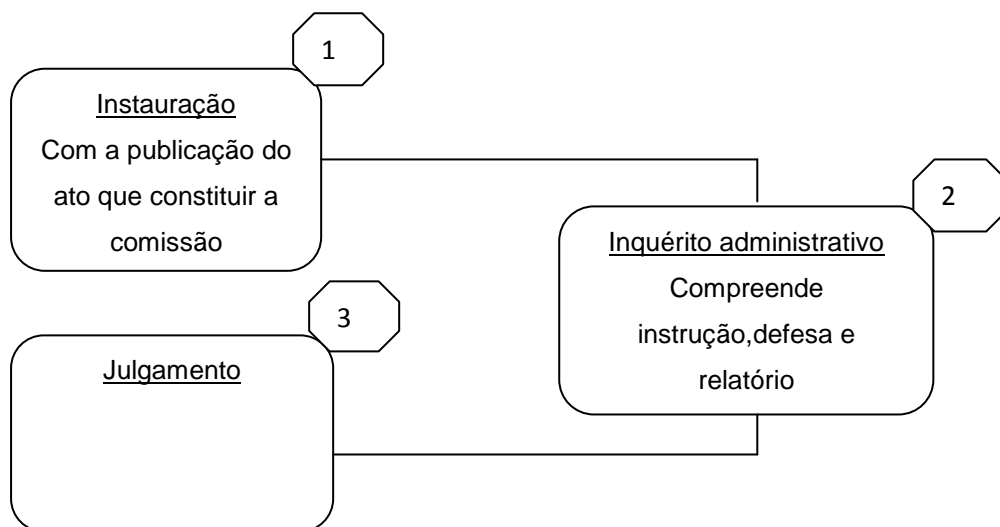
Resumo, numa seleção e transcrição dos pontos mais importantes, feito a partir da obra **Direito Administrativo Brasileiro**, de Hely Lopes Meirelles, 18ª Edição. Ricardo Lúcio Salim Nogueira, Bacharel em Direito pela FUPAC - Fundação Presidente Antônio Carlos – Barbacena/MG, turma 1989/1992, Pós-graduado (latu sensu) em Direito Civil pela FUPAC/Grupo Prisma.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. 2013

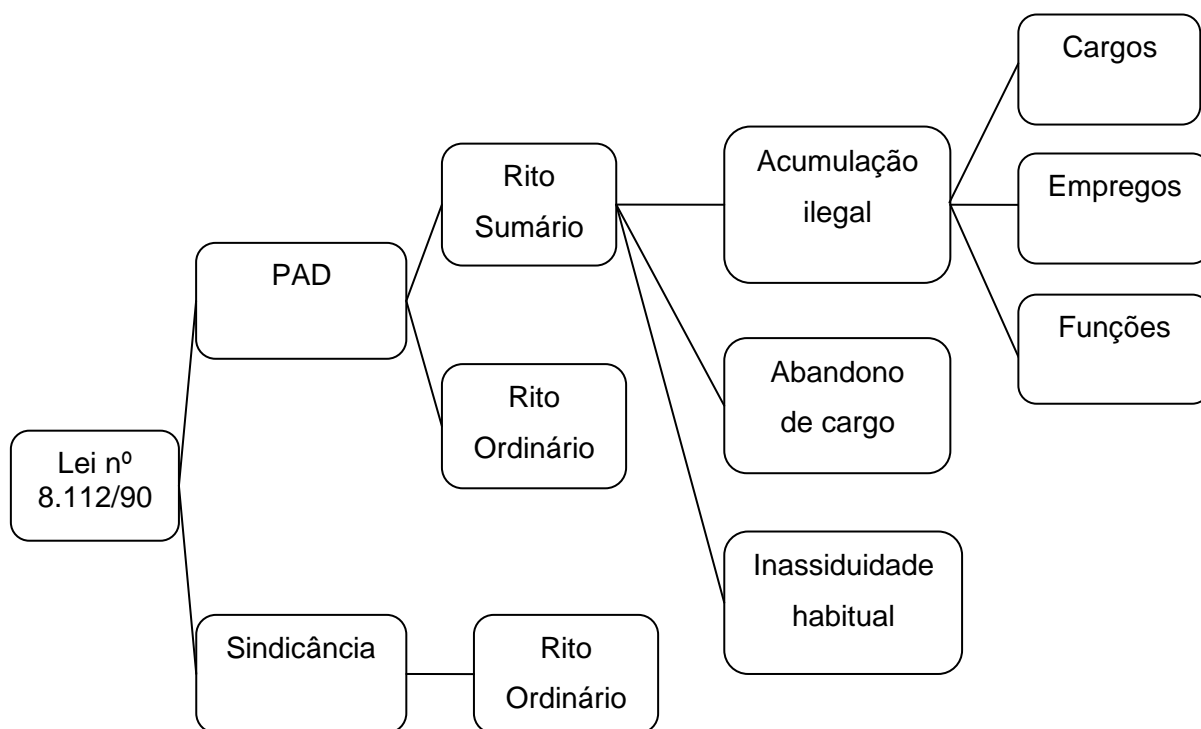
TEIXEIRA, Danielle Felix. **A aplicação do postulado do pas de nullité sans grief ao processo administrativo**. 2014

Vinícius de Carvalho Madeira, “**Lições de Processo Disciplinar**”, Fortium Editora, 1ª edição, 2008

ESQUEMA 1

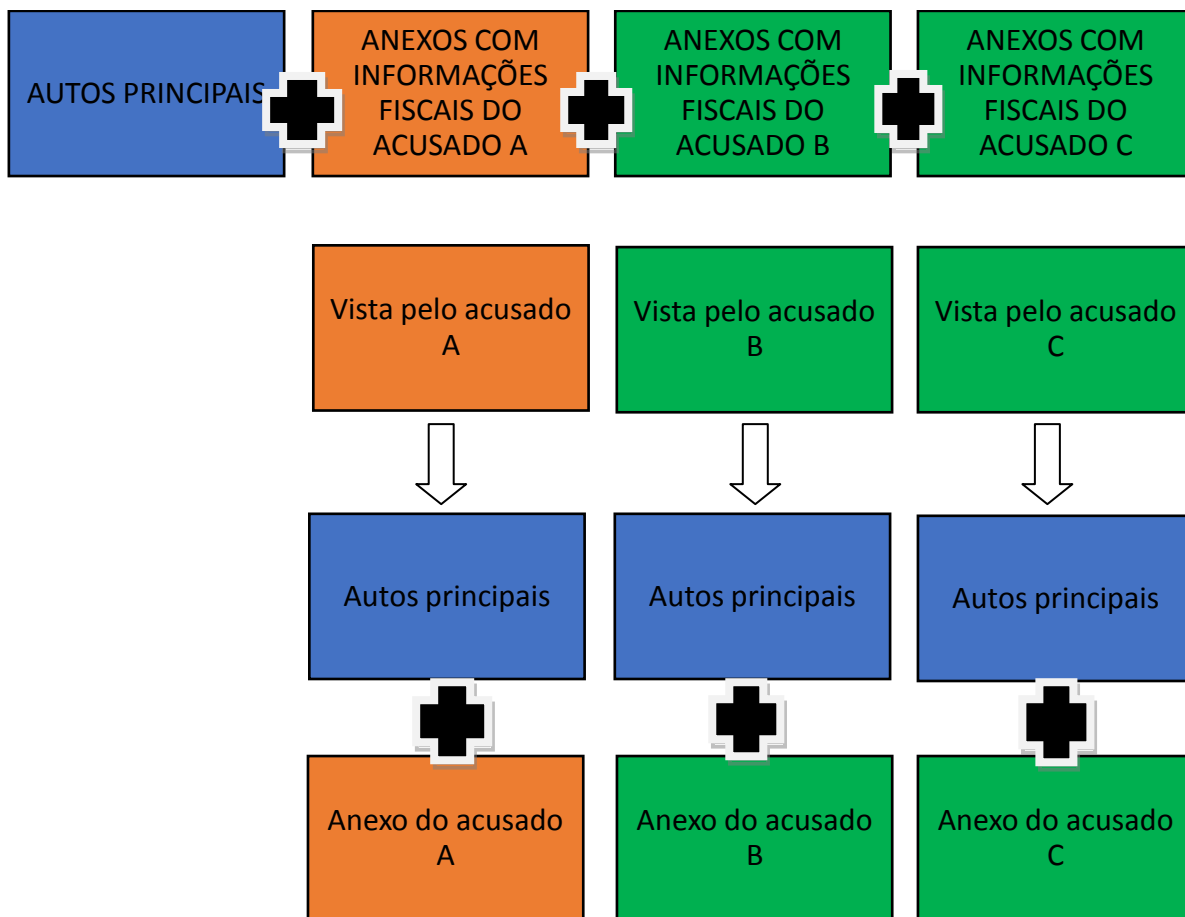
Fases do processo disciplinar

ESQUEMA 2



Da apuração do processo administrativo disciplinar

ESQUEMA 3



Do sigilo de informações fiscais

ESQUEMA 4

instauração ⇒ procedimento ⇒ julgamento ⇒ Segunda instância
 reintegração ← nulidade

(+) maior onerosidade

instauração ⇒ procedimento ⇒ julgamento ⇒ Segunda instância
 confirmação do julgado

(-) menor onerosidade

OBS.: Se seguido a risca a análise processual nem se daria o capricho de subir para segunda instância, pois tal ato foi correto, mas muitas vezes o servidor descontente acaba insistindo na nova análise

Maior e menor onerosidade