

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR



MANUAL DE DIREITO DISCIPLINAR PARA ESTATAIS

UMA PUBLICAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO | CGU

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra I, Bloco A,
Edifício Darcy Ribeiro, Brasília/DF CEP: 70070-905
cgu@cgu.gov.br

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO
Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO
Secretário-Executivo

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL
Secretário Federal de Controle Interno

CLÁUDIA TAYA
Secretária de Transparência e Prevenção da Corrupção

GILBERTO WALLER JÚNIOR
Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS
Ouvidor-Geral da União

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO
Secretário de Combate à Corrupção

Edição da Corregedoria-Geral da União
Atualizada pela Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos.

Atualizada até maio de 2020

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social - Ascom / CGU

Copyright © 2020 Controladoria-Geral da União

Permitida a reprodução desta obra, de forma parcial ou total, sem fins lucrativos, desde que citada a fonte ou endereço da internet (<http://www.cgu.gov.br/atividade-disciplinar>) no qual pode ser acessada integralmente em sua versão digital.

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

MANUAL DE DIREITO DISCIPLINAR PARA ESTATAIS

UMA PUBLICAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO | CGU

NOTA À EDIÇÃO

A Corregedoria-Geral da União registra que a primeira edição deste trabalho foi efetuada pela equipe

Daniel Aguiar Espínola • Giuliana Santos Câmara de Oliveira • Monique Orind
Rafael Amorim de Amorim • Rafael Oliveira Prado
Luiz Henrique Pandolfi Miranda • Marcelo Pontes Vianna

A Corregedoria-Geral da União registra ainda a contribuição dos seguintes servidores que participaram da elaboração e revisão do Manual de Responsabilização de Pessoas Jurídicas mantido pela CGU até 2019:

Aline Cavalcante dos Reis Silva • Leone Napoleão de Sousa Neto • Paula Araújo Correa
Walter Godoy Neto • Anália de Souza Machado Cortes • Camilla Del'Isola e Diniz
Carla Rodrigues Cotta • Daniel Aguiar Espínola • Márcio de Aguiar Ribeiro
Roberta Cariús Siqueira • Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega

PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
Manual de Direito Disciplinar para Estatais

CONTEÚDO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, ESTATAL E AGENTE PÚBLICO	12
2.1. Administração Indireta.....	12
2.1.1. Estatais	14
2.2. Agentes públicos	16
2.2.1. Estabilidade do empregado público	18
2.2.1.1. Noções Gerais	18
2.2.1.2. Hipóteses de estabilidade provisória.....	21
2.2.1.3. Falta grave.....	22
3. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	23
3.1. Princípio da legalidade	23
3.2. Princípio da impessoalidade.....	24
3.3. Princípio da moralidade.....	25
3.4. Princípio da publicidade.....	25
3.5. Princípio da eficiência.....	26
3.6. Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	27
3.7. Princípio da motivação	27
3.8. Princípio do informalismo moderado	28
3.9. Princípio da verdade real.....	28
4. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS	28
5. O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR.....	32
5.1. Natureza jurídica.....	33
5.2. Limites do poder disciplinar	33
5.3. Poder disciplinar sobre diretor de Estatal.....	34

6. DEVER DE APURAR	37
6.1. Conhecimento do fato supostamente irregular	37
6.1.1. Denúncia anônima	38
7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.....	40
7.1. ESCOPOS OBJETIVO E SUBJETIVO	41
7.1.1. Escopo Objetivo	41
7.1.2. Escopo subjetivo	42
7.2. Procedimentos investigativos	42
7.2.1. Investigação Preliminar Sumária (IPS)	47
7.2.2. Sindicância Investigativa (SINVE)	48
7.2.3. Sindicância Patrimonial (SINPA).....	49
8. A APLICAÇÃO DE PENALIDADE AOS EMPREGADOS E O PRÉVIO PROCESSO DISCIPLINAR	53
9. FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR.....	57
9.1. Considerações iniciais.....	57
9.2. Instauração.....	58
9.2.1. Atos iniciais.....	61
9.2.2. Comunicação dos atos processuais	62
9.2.2.1. Notificação Prévia.....	62
9.2.2.2. Intimação	63
9.2.2.3. Citação	63
9.3. Instrução	64
9.3.1. Produção de provas.....	64
9.3.1.1. Valoração Probatória	65
9.3.1.2. Objeto e Indeferimento.....	66
9.3.1.3. Ônus Probatório.....	66
9.3.1.4. Cuidados Práticos.....	67
9.3.1.5. Meios de Prova.....	68
9.3.1.5.1. Prova documental	68
9.3.1.5.2. Diligências	69
9.3.1.5.3. Prova pericial.....	70
9.3.1.5.4. Prova Testemunhal.....	71
9.3.1.6. Restrições à produção de provas	80
9.3.1.6.1. Provas ilícitas.....	80

9.3.1.6.2. Provas requeridas com o afastamento das cláusulas da reserva de sigilo	84
9.3.1.6.3. Prova Emprestada	91
9.3.1.6.4. Prova Indiciária.....	93
10. INTERROGATÓRIO.....	95
10.1. Procedimento	96
10.1.1. Direito do acusado ao silêncio e não autoincriminação.....	98
10.1.2. Interrogatório de vários acusados	98
10.1.3. Do não comparecimento do acusado	99
10.1.4. Procurador do acusado	100
10.1.5. Confissão.....	100
10.1.6. Realização de interrogatório por Videoconferência.....	101
10.1.7. Procedimento da videoconferência	101
10.1.8. Interrogatório por Carta Precatória.....	102
11. FORMALIZAÇÃO DA ACUSAÇÃO E DEFESA ESCRITA	102
11.1. Características da indicição	103
11.2. Elementos da infração disciplinar	104
11.2.1. Tipicidade	105
11.2.2. Antijuridicidade ou ilicitude	106
11.2.2.1. Estado de Necessidade	107
11.2.2.2. Legítima Defesa	108
11.2.2.3. Estrito Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito	108
11.2.2.4. Culpabilidade	108
11.3. Classificação em função do resultado	109
11.4. Erro de Tipo e Erro de Proibição.....	110
11.5. Princípio da Insignificância ou da Bagatela.....	111
12. RELATÓRIO DA COMISSÃO	111
13. JULGAMENTO	112
13.1. Competências nos processos disciplinares contra diretores.....	113
14. PENALIDADES APLICÁVEIS AOS EMPREGADOS PÚBLICOS.....	115

14.1. Advertência.....	115
14.2. Suspensão Disciplinar	116
14.3. Dispensa por justa causa	117
14.4. Dispensa sem justa causa	117
14.5. Penalidades não permitidas	119
15. DISPENSA COM JUSTA CAUSA	119
15.1. Requisitos e limitações da justa causa	120
15.1.1. Requisitos objetivos.....	120
15.1.1.1. Tipicidade	120
15.1.1.2. Gravidade	121
15.1.1.3. Repercussão para a empresa	121
15.1.2. Requisitos subjetivos.....	121
15.1.2.1. Autoria.....	121
15.1.2.2. Dolo ou culpa	121
15.1.2.3. Aspectos subjetivos do infrator	122
15.1.3. Requisitos circunstanciais	122
15.1.3.1. Relação de causa e efeito	122
15.1.3.2. Proporcionalidade e adequação	122
15.1.3.3. Imediaticidade da punição e ausência de perdão tácito	123
15.2. Infrações que ensejam a justa causa.....	123
15.2.1. Ato de improbidade	125
15.2.2. Incontinência de conduta ou mau procedimento.....	125
15.2.3. Negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço	126
15.2.4. Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena.....	127
15.2.5. Desídia no desempenho das respectivas funções.....	128
15.2.6. Embriaguez habitual ou em serviço.....	129
15.2.7. Violação de segredo da empresa.....	130
15.2.8. Ato de indisciplina ou de insubordinação.....	131
15.2.9. Abandono de emprego.....	131
15.2.10. Ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de	

legítima defesa, própria ou de outrem.....	133
15.2.11. Ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa..	133
15.2.12. Prática constante de jogos de azar	133
15.2.13. Atos atentatórios à segurança nacional.....	134
15.3. Outros motivos que constituem justa causa	134
15.4. Acúmulo de cargos.....	135
16. INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO	138
16.1. Interrupção do contrato de trabalho – hipóteses e implicações no direito disciplinar	138
16.2. Suspensão do contrato de trabalho	139
16.2.1. Modalidades e hipóteses.....	139
16.2.2. Implicações no direito disciplinar.....	140
16.2.3. Prática de infração disciplinar durante a suspensão.....	140
16.2.4. Reflexos da suspensão na condução do processo disciplinar e aplicação de penalidade	141
17. PRESCRIÇÃO	142
17.1. O princípio da imediatezidade	142
17.2. Da não prevalência do perdão tácito na seara pública.....	143
17.3. Do prazo para as estatais apurarem as condutas faltosas	144
17.4. Não instauração de processo disciplinar com penalidade prescrita	145
18. RECURSOS.....	146
19. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC).....	147
20. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS (PAR)...	148
21. INVALIDADES	149
21.1. Nulidades	150
21.1.1. Incompetência.....	150
21.1.2. Forma.....	151
21.1.3. Objeto	154

21.1.4. Motivo.....	154
21.1.5. Finalidade.....	155
21.2. Anulabilidades	157
21.3. Meras irregularidades.....	159
21.4. Princípio do prejuízo	160
21.5. Princípio do Aproveitamento dos Atos Processuais	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

1. INTRODUÇÃO

Este manual tem o propósito de ser uma ferramenta de consulta para os funcionários e gestores das empresas estatais federais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que lidam com a atividade disciplinar dos empregados públicos nessas empresas, ou seja, aqueles responsáveis pela organização e controle dos inquéritos, sindicâncias e outros procedimentos que visam à apuração de faltas disciplinares de empregados públicos das estatais, e bem assim os funcionários designados para conduzir esses procedimentos.

O objetivo deste trabalho consiste na discussão de alguns conceitos e noções inerentes ao exercício do poder disciplinar das estatais perante seus empregados públicos e na apresentação de algumas sugestões de procedimentos, a fim de auxiliar no bom desempenho desta atividade.

Os entendimentos apresentados ao longo deste Manual, sempre que possível, são aqueles já consagrados pela doutrina e jurisprudência, a fim de conferir segurança na aplicação das ideias aqui descritas. Desse modo, as posições aqui adotadas, especialmente naqueles temas em que há divergência entre os intérpretes, são as já consagradas nas decisões reiteradas dos Tribunais, em grande medida do Tribunal Superior do Trabalho – TST e do Supremo Tribunal Federal – STF.

Cabe destacar que no ano de 2020 vários aspectos referentes ao processo disciplinar no âmbito das estatais foram revisitados, de forma que restaram superados entendimentos até então consagrados na versão anterior deste Manual e em Enunciados da Comissão de Coordenação de Correição (CCC). Esclarece-se, no entanto, que os entendimentos ora consolidados têm eficácia prospectiva, nos termos no inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, não comprometendo a validade dos processos já encerrados, em homenagem à estabilidade e segurança jurídica.

Desse modo, espera-se proporcionar às unidades correcionais das empresas públicas e das sociedades de economia mista, uma fonte de consulta que facilite a tomada de decisão na instauração, condução e julgamento dos procedimentos e processos disciplinares.

2. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, ESTATAL E AGENTE PÚBLICO

2.1. Administração Indireta

Diferente da atuação centralizada estatal, realizada por meio dos órgãos que compõem as pessoas políticas do Estado (União, estados, Distrito Federal e municípios) a Administração Pública Indireta consiste num conjunto de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria que, vinculadas à administração direta, que desempenham atividades econômicas de produção ou comercialização de bens, ou de prestação de serviços, ou prestam serviços públicos. As estatais foram sistematicamente criadas no Brasil a partir da Era Vargas, iniciada em 1930. Nesse período, o Estado Brasileiro assumiu o papel de indutor do desenvolvimento nacional atuando diretamente na produção de bens e serviços. Naquele estágio inicial do processo de modernização, as empresas estatais serviram como instrumento na geração da infraestrutura nacional que permitiria ao Estado desenvolver a economia, atraindo investimentos produtivos privados, nacionais e estrangeiros. Dessa forma, foram originalmente concebidas para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito (atuação direta do Estado no domínio econômico produtivo – Estado-empresário), o que não impediu que, antes e depois do Decreto-Lei nº 200/1967, também estatais fossem criadas para a prestação de serviços públicos.¹

De acordo com o art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, recepcionado pela Constituição Federal, compõem a administração indireta no âmbito do Poder Executivo Federal as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Art. 4º A administração Federal compreende:

I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;*
- b) Empresas Públicas;*
- c) Sociedades de Economia Mista;*
- d) Fundações Públicas.*

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Não há hierarquia entre essas entidades e a administração direta da pessoa política que as criou, mas mera relação jurídica de vinculação, da qual decorre o controle finalístico, ou seja, de supervisão da conformidade de suas ações com seus objetivos institucionais.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 estabelece a necessária subsunção legal da administração indireta aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...).

Com a nova redação do inciso XIX do art. 37, promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, combinado com art. 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, as autarquias são criadas por lei específica, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, ou da autoridade competente de outro Poder a que esteja vinculada a entidade. Já as demais entidades dependem de autorização em lei específica para sua criação, devendo a autoridade competente do órgão a que estejam vinculadas, providenciar a inscrição de seus atos constitutivos no registro público competente.

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

- I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;*
- II - disponham sobre:*
 - a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;*

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Deve-se considerar que o vocábulo “órgãos” na redação da alínea “e” do texto constitucional foi empregado em sentido amplo, compreendendo as demais “entidades” da administração pública. A criação de subsidiárias dessas entidades, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada depende de autorização legislativa, em cada caso (cf. inciso XX do art. 37 da CF).

Do fato de a Constituição vincular o agir público da administração aos princípios contidos em seu art. 37, caput, e sendo estes os que contêm em si a razão do desenvolvimento ulterior desse agir, decorre que toda a interpretação dos comandos operatórios da administração se efetuará segundo essas balizas conceituais, de modo que a atividade estatal, seja a legislativa de regulação da administração, seja a integrativa de execução da administração, deve orientar-se por essas balizas, especificamente abordadas no capítulo 3 deste Manual.

2.1.1. Estatais

As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista são genericamente denominadas de EMPRESAS ESTATAIS, isto é, sociedades empresariais em que o Estado detém o controle acionário.

Acerca das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista², os incisos II e III do art. 5º, do Decreto-Lei nº 200/1967, assim definem:

Para os fins desta lei, considera-se: (...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969) (...)

Por sua vez, o Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, regulamentou, no âmbito da União, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe acerca do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Referido Decreto, sem contrariar às definições contidas no Decreto-Lei nº 200/1967, assim as sintetiza:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - empresa estatal - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União;

II - empresa pública - empresa estatal cuja maioria do capital votante pertença diretamente à União e cujo capital social seja constituído de recursos provenientes exclusivamente do setor público;

III - sociedade de economia mista - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União e cujo capital social admite a participação do setor privado;

IV - subsidiária - empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença direta ou indiretamente a empresa pública ou a sociedade de economia mista;

V - conglomerado estatal - conjunto de empresas estatais formado por uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista e as suas respectivas subsidiárias;

VI - sociedade privada - entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e cuja maioria do capital votante não pertença direta ou indiretamente à União, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; e

VII - administradores - membros do Conselho de Administração e da Diretoria da empresa estatal.

Parágrafo único. Incluem-se no inciso IV do caput as subsidiárias integrais e as demais sociedades em que a empresa estatal detenha o controle acionário majoritário, inclusive as sociedades de propósito específico. (...)

As empresas estatais são constituídas como Pessoas Jurídicas de Direito Privado, contudo, seu regime jurídico é mais público que privado, tendo em vista previsões constitucionais e legais que estendem a elas o regime de direito público, podendo-se destacar como exemplos a exigência de realização de concurso público para contratação de pessoal, a vedação à acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos (CF, art. 37, incisos II, XVI e XVII), e a sujeição à adoção de procedimento licitatório para a realização de contratações em geral (cf. Lei nº 13.303/2016).

Ressalta-se, por oportuno, que a exploração da atividade econômica pelo Poder Público por intermédio das empresas estatais é excepcional, pois de acordo com o disposto no artigo 173 da Constituição Federal, o Estado não poderá prestar qualquer atividade econômica, mas somente poderá intervir quando houver relevante interesse coletivo ou atendimento a imperativos da segurança nacional, in verbis:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Para os fins deste manual, tendo em vista que em matéria trabalhista ambas as espécies de entidades se equivalem, as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista serão doravante designadas no seu termo genérico, como empresas estatais ou, simplesmente, estatais.

2.2. Agentes públicos

Antes de aprofundar nas questões pertinentes ao regime disciplinar a que estão submetidos os funcionários das empresas estatais, faz-se necessário apresentar alguns conceitos comumente utilizados pela doutrina.

Agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, com funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) conceitua agente público como **“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”**.

Entende-se que tal conceituação se amolda perfeitamente ao intuito do diploma legal em questão, qual seja, possibilitar a responsabilização daquele que, nas hipóteses previstas, enriquece ilicitamente, causa prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública.

Na doutrina, é possível observar as mais distintas formas de se buscar distinguir as espécies de agentes públicos. Meirelles³ apresenta quatro espécies distintas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes delegados e agentes honoríficos. Di Pietro⁴, apesar de também apresentar quatro espécies, prefere adotar as seguintes categorias: agentes políticos, servidores públicos (que se subdividem em servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários), os militares e os particulares em colaboração com o poder público. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ parece concordar com Di Pietro, deixando apenas de relacionar os militares e preferindo a terminologia servidores estatais. Definição mais extensa e complexa apresenta Marçal Justen Filho⁶ ao definir o gênero como sendo agente estatal, distinguindo esse, inicialmente, dentre aqueles que mantêm vínculo de Direito Público e os que detêm vínculo de Direito Privado, para, em seguida, detalhar sua classificação.

De toda sorte, interessa aqui, para o enfoque disciplinar administrativo, debruçar-se sobre a categoria daqueles que se encontram abrangidos por tal esfera, ou seja, a dos servidores estatais, reunindo aí os servidores públicos, os empregados públicos e os servidores temporários.

Conforme o art. 2º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, servidor público é aquele que ocupa cargo público de provimento em caráter efetivo, que pressupõe prévia aprovação em concurso público, ou de provimento em comissão, submetendo-se a regime estatutário, estabelecido em lei. Aqui reside uma distinção importante dos demais grupos que serão abaixo detalhados. Na condição de estatutários, os servidores, ao tomarem posse no cargo que ocupam, passam a aderir a um regime previamente estabelecido em lei que só pode ser modificado unilateralmente. Como bem aponta Di Pietro, não existe possibilidade de modificação das normas ali dispostas por meio de contrato, uma vez que são de ordem pública, cogentes e não derogáveis pelas partes⁷. Nesse sentido, distanciam-se dos empregados que mantêm vínculo trabalhista, ao não possuírem direito adquirido frente a alterações que porventura venham a ocorrer no regime ao qual se submeteram. Decorre também daí o fato de que a relação jurídica dos servidores públicos não será contratual, mas sim disciplinada pelo Direito Administrativo.

Os servidores temporários são, basicamente, prestadores de serviço contratados pela Administração para exercerem funções em caráter temporário. Sua contratação não se submete à exigência de concurso público, podendo ser utilizado processo de seleção simplificada. Seu regime encontra-se disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, sendo assegurado, na esfera federal, alguns direitos previstos aos servidores estatutários, conforme prevê o art. 11 de tal normativo. Desse modo, ainda que contratados mediante celebração de contrato, sua condição jurídica se aproxima mais à dos servidores públicos do que àquela dos empregados públicos.

O empregado público, por sua vez, pode ter duas acepções:

- a) Ocupante de emprego público na administração direta, autarquias e fundações, nos termos da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); e
- b) Ocupante de emprego público nas Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista ou Fundações Públicas de Direito Privado, também contratados sob o regime da CLT.

Tais empregados públicos, conforme previsto no art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal, bem como em normas de natureza infraconstitucional, estão submetidos aos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mesmo sendo necessária sua contratação mediante a realização de concurso público. Nessa condição, os empregados públicos firmam contrato de trabalho e submetem-se à legislação trabalhista como os funcionários de qualquer empresa privada. Entretanto, sobre o empregado público recai a condição inafastável de se inserir no gênero dos agentes públicos, decorrendo daí algumas peculiaridades que não se aplicam aos empregados nas relações eminentemente privadas, conforme será apresentado ao longo deste manual.

Para José dos Santos Carvalho Filho, três características fundamentais distinguem os empregados dos servidores públicos. A primeira diz respeito à unicidade normativa, uma vez que os empregados são regidos por um único diploma legal, a CLT. De outra sorte, verifica-se que a natureza do vínculo jurídico dos empregados é contratual, enquanto a dos servidores possui caráter estatutário. Por fim, no que diz respeito ao juízo competente para eventuais lides decorrentes das relações laborais, os servidores são levados a julgamento perante a Justiça Comum (Justiça Comum Federal, no que diz respeito aos servidores federais), ao passo que os empregados são levados à Justiça do Trabalho⁸.

É preciso ressaltar, entretanto, que o regramento do celetista, contratado por empresas estatais, embora eminentemente privado, é, pelo menos em parte, alterado por normas de ordem pública, ou, como se diz classicamente: **regime privado derogado em parte pelo direito público**.

Assim é que os empregados públicos possuem carteira assinada, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, seguro desemprego e todos os demais elementos que caracterizam uma relação empregatícia. Todavia, por expressa disposição constitucional, submetem-se às restrições que, em regra, alcançam

⁷ DI PIETRO, 2001. p. 502.

⁸ CARVALHO FILHO, 2005, p. 482.

apenas as relações de direito público. Como exemplo, podemos citar a necessidade de passar pelo concurso público, a obediência às regras de acumulação de cargos, empregos e funções (art. 37, XVI, da CF); a observância do regramento previsto na Lei nº 8.429/1992; a sujeição aos limites remuneratórios se a estatal receber recursos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios para pagamento de seu pessoal ou custeio em geral, conforme o art. 37, §9º, da Constituição Federal; dentre outros.

Por fim, acrescenta-se que agente público não se confunde com agente político. O agente político é aquele integrante da alta administração governamental, cujas competências advêm da própria Constituição Federal, como, por exemplo, os eleitos para mandatos transitórios (Chefes de Poder Executivo e Membros de Poder Legislativo), Ministros de Estado, Secretários nas Unidades da Federação, Membros dos Tribunais de Contas, Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, os quais não se sujeitam ao processo disciplinar, possuindo regimes próprios de responsabilização.

2.2.1. Estabilidade do empregado público

2.2.1.1. Noções Gerais

Um tema que suscita controvérsias envolve a estabilidade do empregado público. Discute-se se um empregado poderá ter seu contrato de trabalho rescindido, por justa causa, sem qualquer justificativa quando tenha ingressado na Administração Pública por meio de concurso público, ou se é detentor da estabilidade que garantiria que eventual penalidade expulsiva somente ocorresse após prévio procedimento administrativo contraditório.

No artigo 41 da Constituição Federal assegura-se a estabilidade aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, após três anos de efetivo exercício e avaliação positiva de desempenho. Portanto, aos servidores públicos a estabilidade é uma garantia concedida pela Constituição Federal.

A partir de então, o servidor somente poderá perder o cargo em razão de sentença judicial transitada em julgado, em virtude de processo administrativo (observado o direito à ampla defesa e ao contraditório) e, por fim, em razão de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar (também se observando a ampla defesa)⁹.

O dispositivo constitucional suscita divergência. De um lado, entende-se que não deve ser atribuída ao ocupante de emprego público a garantia constitucional da estabilidade por ser ele regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, onde não há nenhuma menção a esse respeito. Por outro lado, existe posicionamento favorável à garantia da estabilidade aos empregados públicos em determinadas situações.

Assim sendo, deve ser ressaltado que tal estabilidade alcança apenas o servidor estatutário e o empregado público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional, admitido por concurso público, seguindo-se o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho - TST consagrado na Súmula nº 390, inciso I.

*Súmula 390 do TST ESTABILIDADE. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nos 229 e 265 da SDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SDI-2) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.05 I – **O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.** (ex-OJ nº 265 da SDI-1 – Inserida em 27.09.2002 e ex-OJ nº 22 da SDI-2 – Inserida em 20.09.00) II – **Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988** (ex-OJ nº 229 – Inserida em 20.06.2001) [grifamos].*

Já ao empregado público da empresa estatal, como se depreende do inciso II da referida súmula, não é garantida a estabilidade, ainda que admitido após aprovação em concurso público. O Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento acerca dos empregados públicos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, ressaltando os empregados admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998, conforme se verifica no julgamento realizado em 20 de março de 2013 no Recurso Extraordinário – RE 589998/PI, Relator Min. Ricardo Lewandowski, com acórdão publicado em 11 de setembro de 2013, nos termos da ementa transcrita abaixo:

Ementa: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Neste caso de exigência de motivação do ato de dispensa sem justa causa de empregado público da ECT houve a incidência de princípios de direito público em um campo, a princípio, exclusivamente reservado à aplicação do direito privado.

Ocorreu que por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração ao Recurso Extraordinário - RE 589998 ED/PI, abordado acima, o STF fixou a seguinte tese em 2018: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. Segundo o entendimento da 1ª Turma o TST, na fixação da tese pelo STF (RE 589998 ED/PI) houve restrição da exigência de motivação às dispensas de empregados da ECT, de modo que permanece intacto o entendimento cristalizado na OJ nº 247, I, da SBDI-I daquela Corte Superior, segundo o qual não é necessário ato motivado na despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista. Segue inicialmente a transcrição da ementa do julgamento proferido pelo STF em 10/10/2018 e, na sequência, dos acórdãos proferidos no âmbito do TST em 2019:

Ementa: Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Dispensa sem justa causa de empregados da ECT. Esclarecimentos acerca do alcance da repercussão geral. Aderência aos elementos do caso concreto examinado. 1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. 2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento. 3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese. 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa

Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PÚBLICO. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ATO MOTIVADO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. No julgamento do RE 589.998-PI, o Supremo Tribunal Federal, confirmou a inexistência de estabilidade ao empregado público, fundamentada no art. 41 do Texto Constitucional. Por outro lado, no julgamento dos Embargos de Declaração, na sessão de 10/10/2018, o STF entendeu por restringir a exigência de motivação da dispensa apenas aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, fixando a seguinte tese: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. Portanto, permanece incólume o entendimento cristalizado na OJ n.º 247, I, da SBDI-I desta Corte quanto a desnecessidade de motivação do ato de dispensa dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista. Ocorre que o caso dos autos contém uma especificidade que impede a aplicação da OJ n.º 247, I, da SBDI-I desta Corte. In casu, o Tribunal Regional consignou que a reclamada motivou o ato de demissão, porém não conseguiu demonstrar a veracidade do motivo apresentado, razão pela qual a dispensa foi declarada inválida. De acordo com a Teoria dos Motivos Determinantes, uma vez expostos os motivos que conduziram à prática do ato, estes passam a vincular o administrador público. Logo, ao motivar o ato de demissão, a reclamada vinculou-se ao motivo apresentado e atraiu para si o ônus de comprovar a veracidade do fato erigido como motivo para a prática do ato administrativo, ônus do qual, segundo a Corte de origem, não conseguiu se desvencilhar. Com efeito, realizado o cotejo entre as razões recursais e os fundamentos do acórdão Recorrido, não se vislumbra violação de qualquer dispositivo legal ou constitucional, tampouco divergência jurisprudencial. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. PROCESSO Nº TST-AIRR-194-52.2015.5.03.0135 – 1ª TURMA. Relator Luiz José Dezena da Silva. Julgamento em 27/03/2019. Publicação em 29/03/2019.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO APRECIADO ANTERIORMENTE POR ESTA TURMA. DEVOLUÇÃO PARA EVENTUAL EXERCÍCIO DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 1.040, II, DO CPC/2015. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO. No julgamento do RE 589.998-PI, o Supremo Tribunal Federal confirmou a inexistência de estabilidade ao empregado público, fundamentada no art. 41 do Texto Constitucional. Por outro lado, foi reconhecida a necessidade de motivação do ato de dispensa dos empregados de empresas públicas e, também, das sociedades de economia mista que prestam serviços públicos. Não obstante a tese genérica adotada no citado julgamento, foi questionada, em Embargos de Declaração, a abrangência de aplicação desse entendimento e a necessidade de motivação do ato de dispensa dos empregados públicos de todas as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. Dessa forma, a matéria foi objeto de nova apreciação pela Suprema Corte, que, na sessão de julgamento de 10/10/2018, entendeu restringir a exigência de motivação da dispensa apenas aos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, fixando a seguinte tese: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”. Portanto, a conclusão adotada pelo Regional, na decisão Recorrida, coaduna-se com o entendimento cristalizado na OJ n.º 247, I, da SBDI-I desta Corte, bem como com o novo posicionamento definido pelo Plenário do STF, em julgamento afetado à sistemática da repercussão geral. Nesse contexto, está inviabilizado o exercício do juízo de retratação de que trata o artigo 1.040, II, do CPC/2015, ficando mantida a decisão proferida quando da primeira apreciação do Agravo de Instrumento, determinando-se o retorno dos autos à Vice-Presidência desta Corte, para que dê andamento ao processo como entender de direito. PROCESSO Nº TST-AIRR-235-60.2010.5.12.0000 – 1ª TURMA. Relator Luiz José Dezena da Silva. Julgamento em 27/03/2019. Publicação em 05/04/2019.

Consta deste último julgado do TST que segundo notícia extraída do próprio STF reproduzida adiante foi destacada a intenção dos Ministros daquela Corte de restringir a aplicação do entendimento ao âmbito da ECT.

“Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reajustou a tese de repercussão geral fixada no Recurso Extraordinário (RE) 589998 para assentar que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) deve, obrigatoriamente, motivar em ato formal a demissão de seus empregados. Segundo os ministros, não é necessário processo administrativo, apenas uma justificativa que possibilite ao empregado, caso entenda necessário, contestar a dispensa. A decisão foi tomada nesta quarta-feira (10) no julgamento de Embargos de Declaração opostos pela ECT.

O relator do RE, ministro Luís Roberto Barroso, observou que o julgamento foi concluído em março de 2013, mas sem que fosse fixada tese de repercussão geral. Posteriormente, em sessão administrativa realizada em dezembro de 2015, ficou decidido que os ministros formulariam propostas de teses de repercussão geral para os REs de sua relatoria que não possuíam teses expressamente fixadas.

No caso do RE 589998, a primeira tese fixada foi genérica, estendendo a motivação de dispensa de empregado às empresas públicas e sociedades de economia mista tanto da União, quanto dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. O relator explicou que, além dos questionamentos da ECT, outras empresas públicas questionaram a abrangência da tese, pois estariam sendo afetadas por uma decisão sem que tivessem sido parte no processo. Assim, ele votou pelo acolhimento parcial dos Embargos de Declaração.”

Referidas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho indicam a desnecessidade de motivação do ato de dispensa dos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista em geral, em consonância com o item I da OJ nº 247 da SBDI-I.

“SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.

I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade.”

Por outro lado, reforçam, diante do julgamento afetado pela sistemática da repercussão geral, direito aos empregados públicos da ECT de não serem dispensados sem justa causa sem a devida e explícita motivação, independente de instauração de processo administrativo ou a abertura de contraditório antes da decisão.

Nada obstante, importante esclarecer que a Constituição, a CLT e leis específicas preveem a existência da chamada “estabilidade provisória”, que não tem relação com a estabilidade prevista no artigo 41 de nossa Constituição. Ao invés, são determinadas situações em que o empregado possui estabilidade que impede que seja demitido sem justa causa em período determinado.

2.2.1.2. Hipóteses de estabilidade provisória

Dentre as diversas hipóteses nas quais o empregado público possui a “estabilidade provisória”, destacam-se os seguintes casos:

- a) MEMBRO DA CIPA ELEITO (Artigo 10, inciso II, alínea “a”, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da CF/1988) – o empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, a partir do registro de sua candidatura, até um ano após o encerramento de seu mandato, não pode ser dispensado sem justa causa;
- b) EMPREGADA GESTANTE – Artigo 10, inciso II, alínea “b”, dos ADCT - a empregada gestante, desde quando confirmada sua gravidez, até cinco meses após o parto;

- c) DIRIGENTE SINDICAL – Prevê a CLT, no artigo 543, §3º, bem como a Constituição Federal em seu artigo 8º, que não pode ser dispensado sem justa causa o empregado que registre sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou associação profissional até um ano após o final do seu mandato (quando eleito). Essa regra vale para até 7 dirigentes sindicais, inclusive, para os respectivos suplentes, nos termos do art. 522 da CLT; e
- d) EMPREGADO ACIDENTADO – Por fim, merece registro a hipótese prevista no artigo 118 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dá ao empregado que sofreu acidente de trabalho “estabilidade provisória” pelo prazo de 12 (doze) meses contados a partir da alta médica.

No que se refere especificamente ao dirigente sindical, quando for cometida uma falta grave (hipóteses do artigo 482 da CLT), o empregador deve ajuizar demanda para sua apuração (inquérito judicial), objetivando sua comprovação. Se, ao final do procedimento, ficar constatada sua ocorrência, o vínculo empregatício será extinto.

Em suma, tem-se que o empregado dirigente sindical não pode ser demitido sem justa causa. Ademais, quando cometer alguma falta considerada grave (CLT, art. 482), para que o empregador possa encerrar o vínculo contratual é necessário que seja ajuizado inquérito judicial para a apuração dos fatos. Nesse sentido dispõem as Súmulas nº 197 do STF e nº 379 do TST:

Súmula nº 197 do STF: O EMPREGADO COM REPRESENTAÇÃO SINDICAL SÓ PODE SER DESPEDIDO MEDIANTE INQUÉRITO EM QUE SE APURE FALTA GRAVE.

Súmula nº 379 do TST: DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 114 da SBDI-I) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3º, da CLT. (ex-OJ nº 114 da SBDI-I – inserida em 20.11.1997)

Conforme disposto no artigo 853 da CLT, caso tal empregado cometa alguma falta grave, deverá ser ajuizada a ação de Inquérito para Apuração de Falta Grave no prazo de trinta dias, contados a partir da suspensão.

Caso o inquérito judicial conclua pela inexistência da falta grave, o empregador ficará obrigado a reintegrar o trabalhador ao emprego e a pagar-lhe os salários e demais vantagens referentes a todo o período de afastamento, convertendo-se a suspensão em interrupção contratual. Se procedente o pedido contido no Inquérito Judicial, considera-se findo o contrato de trabalho na data da propositura da ação.

Contudo, é importante destacar que parte da doutrina entende pela desnecessidade de tal suspensão prévia. O que importa, de fato, é que haja o procedimento judicial apuratório, prévio ao ato de dispensa (resolução contratual). Nesse sentido é, por exemplo, a doutrina de Sérgio Pinto Martins¹⁰.

2.2.1.3. Falta grave

Para que se possa dispensar um empregado público que esteja usufruindo da “estabilidade provisória”, é necessário que seja caracterizada a “falta grave”.

A **falta grave** difere da justa causa, na medida em que esta pode ser configurada em razão da prática de qualquer das hipóteses elencadas no art. 482 da CLT. Já a falta grave, para que efetivamente ocorra, deve trazer como consequência uma grave violação dos deveres e obrigações do empregado, abalando a confiança do empregador, de forma a tornar insuportável a manutenção do vínculo empregatício. Tal situação poderá se dar em razão da gravidade ou da prática **reiterada** de conduta tipificada no art. 482.

De acordo com o art. 493 da CLT, “**constitui falta grave a prática de qualquer dos fatos a que se refere o art. 482, quando por sua repetição ou natureza representem séria violação dos deveres e obrigações do empregado**”.

De acordo com Domingos Sávio Zainghi¹¹, o termo **falta grave** utilizado no artigo 493 da CLT indica que o ato faltoso praticado pelo empregado estável deve ser de gravidade suficiente para quebrar a confiança que deve existir nos contratos de trabalho.

3. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 37 da Constituição Federal (alterado pela EC nº 19/1998) impõe a toda a Administração Pública, direta e indireta, a aplicação e obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

A razão para tal tratamento homogêneo dado pela Constituição, não fazendo distinção entre unidades da Administração direta e indireta, reside no fato de que, seja de maneira centralizada ou descentralizada, trata-se de exercício de funções estatais.

As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista são instrumentos de ação do Estado, criadas com a finalidade de dar efetividade às funções estatais. Desse modo, também estão submetidas ao regime jurídico administrativo, o qual está fundamentado nos princípios constitucionais do artigo 37.

Contudo, como será detalhado ao longo deste Manual, a aplicação de alguns princípios às empresas estatais se dá de maneira bastante particular, principalmente no que se refere à legalidade (e o alcance das normas internas e convenções trabalhistas). A importância da adoção de procedimento formal para a aplicação de penalidades no âmbito das empresas estatais, inclusive para a dispensa por justa causa, com o estabelecimento de mínimas garantias aos empregados públicos, será abordada no capítulo 8. Antes disso, serão abordados os princípios constitucionais relacionados à matéria.

3.1. Princípio da legalidade

Para uma melhor compreensão desse princípio, ele deve ser analisado em conjunto com o artigo 5º, inciso II, de nossa Carta. Esse dispositivo constitucional é destinado a todas as relações jurídicas em que as partes estão em condição de igualdade. Algumas vezes, o próprio Estado atua nessa posição, muito embora não seja a regra.

Nesses casos, permite-se aos agentes que pratiquem quaisquer atos que entendam necessários em determinada situação, contanto que tal atitude não esteja vedada pelo ordenamento.

Já nas relações jurídicas em que o Estado pratica atos sob o regime de prerrogativas públicas, ocorre justamente o contrário: somente podem ser praticados os atos expressamente previstos em lei. É justamente esse o conteúdo do princípio da legalidade, conforme preleciona Marcos Salles Teixeira¹²:

A interpretação que se extrai desta leitura conjunta é de que enquanto o particular não tem poderes ou prerrogativas, mas pode fazer tudo que a lei não proíbe, o agente público tem poderes ou prerrogativas, mas só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. De certa forma, pode-se sintetizar que, em regra, entre particulares, vigora a autonomia da vontade, enquanto que, em sede pública, a administração e o agente público têm vontades delimitadas pela lei e pelo interesse público.

¹¹ ZAINAGHI, 2001, p. 24.

Nesse sentido também é o entendimento de Alice Monteiro de Barros¹³, citando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴:

O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito; submete os exercentes do poder a um quadro normativo que embarga favoritismo, perseguições ou desmandos, condicionando o administrador público ao que a lei determina, ao contrário do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe.

Desse modo, os agentes públicos somente podem agir quando houver previsão legal para a ação e desde que sejam preenchidos os requisitos legais.

Marcos Salles Teixeira ainda chama a atenção para a observância material desse princípio, que se dá pelo atendimento à finalidade da lei:

Na leitura mais extensiva deste princípio, não basta o procedimento seguir os ditames da lei; também é necessário que ele assegure a satisfação das finalidades da lei, conferindo não só legalidade, mas também legitimidade ao processo como um todo e ao resultado com ele alcançado. E o termo “lei” deve ser lido de forma extensa, albergando todo o ordenamento, desde a CF, passando pelas leis e decretos, até as normas infralegais, internas do órgão.¹⁵

3.2. Princípio da impessoalidade

Este princípio, assim como os demais aqui estudados, pode ser melhor compreendido quando analisada a sua aplicação em cada área. Para a sede administrativo-disciplinar, significa que os procedimentos de cunho disciplinar devem ser conduzidos e julgados com imparcialidade e objetividade, sem ser afetados por questões pessoais.

Alice Monteiro de Barros¹⁶, utilizando-se dos ensinamentos de Odete Medauar¹⁷, disserta que:

O princípio da impessoalidade confunde-se, segundo o autor citado, com o princípio da legalidade ou isonomia, segundo o qual a Administração deverá atribuir igual tratamento aos administrados, coibindo-se discriminações. Acrescente-se que, em situações cujos interesses são coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se decida imbuído de preconceito ou radicalismo.

Tal princípio também possui estreita relação com os demais, em especial com o do contraditório e da ampla defesa, na medida em que todos devem ser tratados de maneira igualitária perante a lei e, assim, ter oportunidade de apresentar suas argumentações, provas e rebater aquelas que lhes forem prejudiciais.

¹³ BARROS, Alice Monteiro de, 2011, p. 418.

3.3. Princípio da moralidade

Esse princípio impõe ao agente público que atue com honestidade, respeito, boa-fé e lisura em suas atividades administrativas.

Novamente verificamos a inter-relação entre os princípios, na medida em que a honestidade da comissão disciplinar em suas ações no decorrer do processo resulta, inclusive, no impedimento de se favorecer algum dos supostos envolvidos nos fatos que são objeto de apuração, que é também uma consequência da observância do princípio da impessoalidade.

3.4. Princípio da publicidade

Por intermédio desse princípio busca-se que a Administração Pública e seus agentes atuem de maneira transparente, permitindo um maior controle dos atos administrativos praticados.

A regra, portanto, é que os atos administrativos sejam públicos e, excepcionalmente, admita-se o sigilo. A Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, reforçou a aplicação desse princípio ao tratar o sigilo como exceção, garantindo-se o acesso da população em geral a documentos e informações produzidos no âmbito do serviço público.

Novamente se pode verificar a inter-relação entre os princípios, pois se houver transparência nos atos administrativos, provavelmente os princípios da moralidade e da impessoalidade também serão respeitados. Ou, ao menos, terão a oportunidade de ser corrigidos, através de um controle social, que somente pode ser efetivado justamente em razão da publicidade.

Quanto à utilização desse princípio no momento da inflição de penalidades disciplinares a empregados públicos, de um lado existe o art. 37, caput, da Constituição Federal, que determina que o princípio da publicidade se aplica às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista; de outra banda, o art. 29 da CLT dispõe em seu § 4º que **“é vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social”**.

Com isso, a jurisprudência trabalhista inadmite qualquer publicação **de ato que venha a dificultar a reposição do trabalhador no mercado de trabalho** e considera que qualquer decisão contrária a essa ideia, poderá resultar na ocorrência de dano moral em virtude da exposição da imagem do trabalhador. Senão vejamos:

DANO MORAL. ANOTAÇÕES NA CTPS DO MOTIVO DA DISPENSA. A anotação procedida pela reclamada na CTPS do reclamante quanto à justa causa – atitude vedada por lei – revela-se suficiente para causar dano ao ex-empregado, na medida em que, inegavelmente, constitui-se, além do óbvio constrangimento, mais um obstáculo para o trabalhador conseguir novo emprego, acarretando-lhe, assim, inegável prejuízo. De outro lado, o dano, como elemento indispensável à configuração da responsabilidade, resultou da violação da norma jurídica (artigo 29 da CLT) e do prejuízo causado ao reclamante, ainda que não se constitua inverdade a anotação lançada pelo empregador. Nesse contexto, há de ser reconhecida a alegada violação dos artigos 29, § 4º, da CLT e 159 do Código Civil Brasileiro de 1916, conforme alegado. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, Ministro Relator: Lelio Bentes Corrêa, RR 6578593820005035555 657859-38.2000.5.03.5555, DJ 09/06/2006).

(...) tendo o empregador divulgado para todos os demais empregados os motivos pelo qual se deu a dispensa do Reclamante, expondo-o a situação vexatória perante seus semelhantes, verifica-se a ocorrência de um ato ilícito mediante abuso de poder do empregador. Nessas condições, a dispensa do trabalhador é passível de indenização por danos morais decorrentes da má conduta da

empresa. Processo: AIRR – 7640-94.2004.5.02.0014 Data de Julgamento: 06/04/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011.

Se não consta que houve má-fé do empregador, ao imputar falta grave ao empregado, nem qualquer publicidade acerca de qual fato determinou a justa causa, não há se falar em dano moral, a determinar o pedido de indenização. Processo: RR – 59000-34.2007.5.15.0036 Data de Julgamento: 18/11/2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2009.

Assim sendo, não se recomenda a publicação de portarias ou a divulgação ampla de outros expedientes que apliquem penas a empregados públicos, de modo a evitar danos ao celetista e, por via de consequência, resultem na condenação da Administração Pública a ressarcir-lo por eventual prejuízo sofrido.

Ante o exposto, sugere-se que as empresas estatais adotem medida que, ao mesmo tempo em que assegure a publicidade dos seus atos, resguarde a imagem de seus empregados. Para tanto, a recomendação é de que a instauração de procedimentos de natureza disciplinar seja ato público dentro da seara empresarial, mas sem que seu conteúdo traga qualquer disposição sobre a identificação dos empregados investigados. Nesse sentido, opina-se pela publicação de ato que só faça referência sucinta aos fatos sob apuração, ao prazo estabelecido para a conclusão dos trabalhos, à comissão incumbida de conduzir o procedimento apuratório e ao número do processo a que se refere. Essa, inclusive, é a solução adotada no caso dos processos disciplinares regidos pela Lei nº 8.112/1990.

Todavia, no caso do encerramento do procedimento com a aplicação de penalidade disciplinar, a publicidade de tal ato deve ser ainda mais cautelosa, considerando o posicionamento já referenciado da jurisprudência especializada. Nada obstante o cuidado necessário, é importante ter em mente que o ato de punição, além de seu caráter repressivo, gera também o efeito pedagógico esperado da sanção, só alcançado se os pares do empregado punido tiverem conhecimento de sua aplicação. Tendo tais considerações em mente, recomenda-se que as empresas estatais tornem pública no âmbito da empresa, a conclusão dos procedimentos disciplinares, bem como seu respectivo resultado, inclusive no caso das penas aplicadas. Todavia, há de se ter cautela para não haver qualquer referência ao nome dos empregados apenados ou outra informação que possibilite sua identificação.

Entretanto, necessário ressaltar que tais recomendações são meras sugestões de melhoria e a sua não adoção pelas empresas estatais não implica, a priori, em nenhum tipo de nulidade do procedimento que venham a adotar.

3.5. Princípio da eficiência

Através da observância de tal princípio, busca-se que a Administração Pública atue visando atingir seus objetivos ao atribuir importância relativa à ação meramente formal, burocrática.

No procedimento disciplinar, tal princípio se materializa na celeridade de seu andamento e em sua simplicidade (e aqui novamente verificamos sua relação com outros princípios, notadamente o da informalidade, em que mais vale o conteúdo do ato e o atingimento de seu fim do que a mera formalidade em sua constituição, salvo casos excepcionais em que a forma é requisito essencial do ato), utilizando-se dos meios menos onerosos para a consecução de seu objetivo, o qual não pode ser olvidado em nenhum ato praticado, que é o esclarecimento dos fatos transcorridos e eventual aplicação de penalidade, caso tenha sido efetivamente constatado o cometimento de um ilícito disciplinar.

Para tanto, deve-se dar importância à capacitação dos membros componentes da comissão disciplinar, na medida em que grande parte da eficiência e efetividade do procedimento poderá ser aferida pela capacidade de seus membros em dar andamento ao processo, realizando as diligências adequadas e necessárias à apuração dos fatos.

Essa aplicação do princípio da eficiência no procedimento administrativo (seja de cunho disciplinar ou não) foi objeto de alteração constitucional, através da EC nº 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, prevendo, textualmente, a necessidade de uma maior celeridade no andamento do processo administrativo, bem como sua razoável duração.

3.6. Princípios do contraditório e da ampla defesa

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, assegura às partes em processo administrativo o direito ao contraditório e à ampla defesa. Existe na doutrina intenso debate acerca da natureza do procedimento disciplinar conduzido pelas empresas estatais. Com efeito, não se pode afirmar de pronto que o procedimento disciplinar das empresas estatais possui caráter administrativo, tão somente pelo fato delas fazerem parte da Administração Pública.

Contudo, como já foi debatido neste Manual, as empresas estatais se sujeitam a uma espécie de regime jurídico híbrido, no qual ora são regidas por regras de Direito Público, ora são disciplinadas por normas de Direito Privado.

Com respeito à aplicação de penalidades no âmbito das estatais, inclusive nos casos de demissão por justa causa com consequências na relação trabalhista, embora não se possa exigir que os regramentos internos das estatais estabeleçam uma observância ao contraditório e à ampla defesa com o mesmo rigor que é requerido no processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112/1990.

Recomenda-se fortemente que os regulamentos internos que disponham acerca dos manuais de conduta de empregados públicos e diretores, além dos deveres decorrentes da relação trabalhista e respectivas penalidades cabíveis, os procedimentos investigativos e o processo acusatório, neste caso visando assegurar a possibilidade dos investigados de apresentar sua versão dos fatos, bem como a possibilidade de produzir as provas que entendam ser imprescindíveis para demonstrar sua inocência, refutar aquelas que lhes são desfavoráveis, e, ainda, que suas alegações e provas sejam consideradas pela comissão apuratória por ocasião de suas conclusões, e pela autoridade competente na decisão

3.7. Princípio da motivação

Tal princípio determina que a Administração Pública apresente as razões de fato (caso concreto, problema, conflito) e de direito (dispositivos legais que se amoldam aos fatos) que determinaram a prática do ato administrativo.

A motivação distingue-se do motivo. Este é a própria fundamentação para a prática de um ato, enquanto a motivação é a exteriorização dessa fundamentação, registrada, formalizada.

Tem por objetivo permitir o controle social e judicial dos atos praticados pela Administração, verificando sua adequação em relação às normas aplicáveis ao caso e, dessa forma, inibindo decisões arbitrárias, pessoais e parciais.

No processo disciplinar, em geral, tal preceito se manifesta em diversos atos, principalmente naqueles que, de alguma maneira, podem trazer prejuízos à pessoa cuja conduta está sob apuração. É o caso do indeferimento de um pedido de produção de prova, em que a comissão precisa apresentar as razões pelas quais entende ser desnecessária a realização de determinado ato instrutório.

De igual maneira, a decisão da autoridade julgadora quanto à ocorrência (ou não) de determinada irregularidade deve ser apresentada juntamente com as provas que demonstram seu cometimento.

3.8. Princípio do informalismo moderado

O princípio do informalismo moderado – também chamado por alguns de princípio do formalismo moderado – significa, no processo administrativo sancionador, a dispensa de formas rígidas, mantendo apenas as compatíveis com a certeza e a segurança dos atos praticados, salvo as expressas em lei e relativas aos direitos dos acusados. Odete Medauar explicita que esse princípio “se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo”.¹⁸

A sua previsão legal está no art. 22 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

É importante recordar que o objetivo principal do processo é apurar a realidade material dos fatos ventilados nos autos. Desta forma, o conteúdo apresentado no lastro probatório acostado ao processo tem mais relevância do que a forma como foi produzido, desde que tenham sido observados os princípios já discutidos do contraditório e da ampla defesa.

3.9. Princípio da verdade real

Também chamado de princípio da verdade material, indica que a comissão disciplinar deve buscar, na medida do possível, o que realmente teria acontecido, não se contentando apenas com aquela versão dos fatos levada ao processo pelos envolvidos¹⁹. Não se admite, deste modo, a “verdade sabida” no processo administrativo sancionador.

Desse princípio decorre que a Administração tem o poder-dever de tomar emprestado e de produzir provas a qualquer tempo, atuando de ofício ou mediante provocação, de modo a formar sua convicção sobre a realidade fática em apuração. Ainda que aquele que figura como acusado não tenha pedido a produção de determinada diligência que poderia lhe beneficiar, afastando, por exemplo, sua autoria, cabe à comissão buscar a produção de tal prova.

4. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

Como já abordado, o caput do art. 37 da Constituição Federal estabelece que: “**A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)**”.

Além dos princípios constitucionais, a Administração Pública está afeta ao Direito Administrativo, que disciplina a atividade administrativa estatal e o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Para desenvolver suas funções, a Administração Pública opera por meio de um conjunto de pessoas, que atuam de modo organizado, permanente e contínuo, segundo regras específicas e comprometimento com a promoção de valores fundamentais.

São os servidores públicos ou agentes públicos (ao qual se equipara o empregado público) regidos pelas disposições contidas em seus respectivos Estatutos e demais normas de condutas administrativas, civis e penais, as quais devem guardar rígida observância aos princípios constitucionais.

Destarte, surge para a Administração Pública o dever de apurar quando do conhecimento, por qualquer meio, de irregularidade praticada na sua esfera, sendo necessária a adoção de providências visando à

busca pela verdade material dos fatos, sem prejuízo das medidas urgentes que o caso exigir. E como parte da Administração Pública, as estatais se inserem nesse contexto e devem, pois, zelar pela moralidade tanto no desempenho das suas atividades quanto nas relações com os seus empregados.

Os empregados públicos, assim como os servidores estatutários, são contratados após aprovação em concurso público e submetem-se a todos os demais preceitos constitucionais referentes à investidura, acumulação de cargos, empregos e funções, remuneração ou subsídio (quanto a esses dois últimos, apenas no caso de empresas que recebam recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral) e determinadas garantias e obrigações previstas no Capítulo VII da Constituição Federal. Entretanto, são contratados pelo regime da legislação trabalhista (em especial pela CLT), com algumas alterações lógicas decorrentes do Direito Administrativo.

Para os fins do presente Manual, é essencial diferenciar-se o objeto do processo disciplinar daqueles pertinentes às atividades de auditoria e tomada de contas especial.

O processo disciplinar tem por objeto a apuração de fatos tidos como irregulares a fim de se verificar a necessidade de responsabilizar administrativamente determinado agente público.

A auditoria, por sua vez, compreende as atividades que, grosso modo, visam verificar a adesão dos atos de gestão às normas regulamentares, identificando irregularidades e propondo seu saneamento e, conforme o caso, recomendando a apuração da responsabilidade pela constatação procedida.

Já a Tomada de Contas Especial (TCE) é **“um processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando o seu imediato ressarcimento”** (art. 63 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127/2008). Frisa-se que a responsabilidade ali consignada diz respeito àquela de caráter civil, uma vez que visa à reparação financeira do prejuízo causado, podendo inclusive ser repassada aos herdeiros no limite da herança deixada pelo **de cujus**.

Diante disso, verifica-se que, por não caracterizar sanção no âmbito disciplinar, tanto as atividades de auditoria como a Tomada de Contas Especial não só podem como devem apontar os envolvidos nos fatos objeto de análise, ainda que esses não mais possuam vínculo com a Administração Pública.

Importante destacar que o fato de empregado figurar em relatório de auditoria ou em processo de Tomada de Contas Especial não necessariamente caracteriza sua responsabilidade disciplinar e tampouco desonera a empresa de promover processo específico para essa apuração. Necessário aqui remeter ao consagrado princípio da independência das instâncias, que estabelece que um único ato cometido pelo agente público pode repercutir, simultaneamente, nas esferas administrativa, penal e civil.

Além da responsabilização administrativa, o mesmo fato pode ensejar: (a) responsabilização civil, por danos causados ao erário ou a terceiros, a qual tanto pode se esgotar na via administrativa quanto necessitar de ingresso na via judicial, como, por exemplo, no caso de responsabilização por atos de improbidade administrativa; e (b) responsabilização penal, por contravenções ou crimes cometidos por funcionário público e que, obrigatoriamente, segue o rito judicial do Código de Processo Penal – CPP.

Quanto ao aspecto cível, ressalte-se que a responsabilidade não tem índole punitiva, mas sim patrimonial e indenizatória. Refere-se à reparação material do dano causado pelo agente, que poderá ser promovida mediante ação judicial específica, Tomada de Contas Especial ou mesmo por Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, conforme Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, instrumento esse que se reputa plenamente passível de adoção pelas empresas estatais, conforme será abordado no capítulo 19.

Ressalte-se, ainda, que, no atual ordenamento jurídico, a responsabilidade civil tem natureza subjetiva. Em outras palavras, a obrigação pessoal do agente público em reparar dano em decorrência do exercício do seu cargo, emprego ou função, requer a comprovação de que a sua conduta causadora do prejuízo foi dolosa ou culposa, em ato comissivo ou omissivo.

Nesse rumo, registre-se, com maior aplicabilidade, uma vez que trata justamente de repercussão civil, a seguinte decisão adotada pelo Tribunal de Contas da União:

TCU, Tomada de Contas nº 450.131/96-3, Relatório: “No caso em exame, os fatos são estes: os agentes públicos receberam alguns objetos integrantes do patrimônio da entidade e deles passaram recibo. Este documento constitui termo de responsabilidade. Os objetos foram subrepticiamente subtraídos das salas da repartição por terceiro desconhecido. A autoria do ilícito não foi descoberta pelo procedimento legal específico. Com fundamento nesses fatos, entende o Ministério Público que os elementos apresentados são insuficientes para precisar, adequadamente, a responsabilidade da autoridade administrativa.

Voto: Deverão ressarcir o Erário aqueles que, dolosa ou culposamente, derem causa a prejuízo ao patrimônio público. No caso vertente, conforme bem assinalado pelo representante do ‘Parquet’, tal hipótese não restou configurada nos autos. O ‘Termo de Responsabilidade’ somente obrigará o respectivo signatário a responder subsidiariamente pelo desvio do bem sob sua guarda caso se comprove que sua conduta contribuiu para o desaparecimento do mesmo”.

Quanto à responsabilização penal, a autoridade administrativa que tem conhecimento de indícios de crime ou contravenção é obrigada a representar ao Ministério Público, independentemente de haver inquérito administrativo.

No que tange à improbidade administrativa, cumpre transcrever o disposto na Lei nº 8.429/1992:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. (...)

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Como regra geral, prevalece a independência das instâncias, de forma que, em decorrência de determinado ato cometido no exercício da função, pode-se configurar a responsabilização administrativa, a despeito de não se configurarem as outras duas. Ou, por outro lado, configurando-se mais de uma responsabilização, as respectivas apurações são realizadas de forma independente, na via correspondente e pela autoridade competente para cada caso, sem que, a princípio, uma tenha de aguardar a conclusão da outra, podendo, ainda, as penas se cumlarem.

Entretanto, cumpre observar que a própria legislação já prevê hipóteses em que, excepcionalmente, a decisão proferida em sede penal poderá trazer reflexos à seara administrativa. Trata-se da existência de decisão judicial deliberando por duas situações distintas: (a) absolvendo o réu por inexistência de fato ou negativa de autoria ou, ainda, por excludentes de ilicitude; (b) pela condenação criminal definitiva.

Na primeira hipótese, necessário observar o seguinte mandamento previsto no Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Apesar de o dispositivo citado trazer apenas o reflexo específico na esfera civil, aplica-se o mesmo entendimento à esfera administrativa por coerência da norma, uma vez que não seria razoável o empregador, após sentença judicial decidindo pela inexistência do fato ou, caso existente, que não foi cometido pelo investigado, entender de forma divergente, deliberando pela aplicação de sanção disciplinar. Acerca do tema, cita-se decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em razão de processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112/1990, mas plenamente aplicável aos empregados públicos:

STF, Recurso Extraordinário nº 19.395: “Ementa: A violação dos deveres que incumbem ao funcionário pode acarretar consequências legais de três sortes: penais, de direito privado e disciplinares. Tão indiscutível é a competência do Poder Judiciário para conhecer das duas primeiras quanto a da autoridade administrativa para tomar conhecimento das últimas. Subordinar em tal caso a ação da autoridade administrativa à da autoridade judiciária, colocando-a na contingência de conservar, até que esta se pronuncie, um funcionário não vitalício, convencido de faltas que o incompatibilizam com o serviço público e exigem o seu afastamento imediato do cargo, seria desconhecer que as duas obedecem a critérios diversos, dirigem-se a fins diversos e guiam-se por normas também diversas. Um fato pode não ser bastante grave para motivar uma sanção penal, não reunir os elementos de um crime, e ser, entretanto, suficientemente grave para justificar uma sanção disciplinar. Se, porém, o julgado criminal negar não apenas o crime, mas o próprio fato ou a respectiva autoria, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado, no cível. No caso, foi negado apenas a existência do crime e isso não invalida o processo administrativo, que teve transcurso legal e de que resultou a demissão do funcionário”.

No caso de existir condenação criminal definitiva, além de se mostrar incongruente a empresa estatal entender de forma diversa daquela sentenciada em juízo, necessário ressaltar que o próprio Código Penal, em seu art. 92, permite que o juiz aplique, como efeito da sentença, o perdimento da função pública²⁰. Ademais, caso o juiz não o determine, poderá o empregador rescindir o contrato do empregado público com base no art. 482, alínea “d”, da CLT, tendo por fundamento o apurado no processo penal.

Sobre a aplicação do art. 482, alínea “d”, vale ainda uma observação quanto à condenação criminal que imponha pena que não inviabilize a prestação do trabalho por parte do empregado. Há duas situações: se a condenação criminal decorrer de conduta praticada em prejuízo do empregador (e. g. furto de bem da estatal), não há dúvidas quanto à possibilidade de rescisão por justa causa, reconhecendo-se inclusive a possibilidade de o empregador aplicar a penalidade antes da condenação criminal com base em outro dispositivo, como, por exemplo, a alínea “a” do art. 482.

De outro lado, se a conduta praticada não tiver relação com conduta ofensiva ao empregador, e a penalidade aplicada na esfera penal não inviabilizar a prestação dos serviços por parte do empregado (e. g. multa ou prestação de serviços à comunidade), exclui-se a possibilidade de aplicação de justa causa ao empregado. É que a demissão por justa causa prevista no art. 482, alínea “d”, pressupõe justamente a impossibilidade de continuidade do pacto laboral, conforme se extrai do seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO CRIMINAL. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE ANTERIOR À DISPENSA. O tipo legal delineado no art. 482, -d-, da CLT deve ser lido em conjugação com uma hipótese próxima de suspensão do contrato de trabalho: é que a prisão meramente provisória não extingue o contrato, embora inviabilize seu adimplemento pelo empregado; em consequência, ocorre aqui a suspensão do pacto em-

20 Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo;

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

pregatício (art. 472, caput, e § 1º, combinado com art. 483, § 1º, ab initio, CLT). Entretanto, se se trata de pena privativa de liberdade, resultante de sentença transitada em julgado, que inviabilize o cumprimento do contrato pelo empregado, a lei exime o empregador de qualquer ônus quanto à continuidade da relação de emprego: resolve-se o contrato por culpa do obreiro, que, afinal, é o responsável pelo não-cumprimento contratual. Na hipótese em que o empregado, no momento da dispensa, já teria cumprido pena privativa de liberdade, faz-se necessário reconhecer que não se tornou inviável, por culpa obreira, o cumprimento da prestação laborativa, o que, por consequência lógica, leva à inferência da não-incidência da justa causa, mantendo-se, portanto, a dispensa com verbas rescisórias. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1020100-44.2002.5.05.0900, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 03/02/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 19/02/2010).

Observe-se que, no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, no caso de prisões meramente provisórias (e. g. prisão preventiva, prisão temporária), considera-se suspenso o contrato de trabalho, não sendo possível a rescisão por justa causa com base no art. 482, alínea “d”, da CLT.

5. O PODER DISCIPLINAR DO EMPREGADOR

O contrato de trabalho, que pode ser um acordo tácito ou expresso, dá origem a uma série de direitos e obrigações para empregados e empregadores que muitas vezes não estão explicitados no instrumento que as partes celebraram.

Ao empregador, por exemplo, são reconhecidos direitos e prerrogativas que independem de sua explicitação no contrato de trabalho, sobre os quais divergem os estudiosos quanto aos seus fundamentos. Alguns sustentam que esses poderes decorrem de uma prerrogativa natural do empregador como proprietário da empresa (propriedade privada); outros arguem que a empresa constitui uma instituição, na qual o empregador tem o dever de conservação e direção (institucionalismo); e há também quem argumente se tratar de uma delegação do poder público.

A concepção mais aceita, contudo, é a que enxerga no contrato **“o título e fundamentação do poder intra-empresarial”, ou seja, que o contrato de trabalho, “que dá origem à relação de emprego, importa em conjunto complexo de direitos e deveres interagentes de ambas as partes, em que se integra o poder empresarial interno”**²¹.

Assim é que são reconhecidos como poderes dos empregadores o poder diretivo, o poder regulamentar, o poder fiscalizatório e o poder disciplinar²².

Para este trabalho, interessa saber que o poder disciplinar, caracterizado como **“o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador dirigidas a propiciar a imposição de sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais”**²³, é uma decorrência do contrato de trabalho, e que, independentemente de sua previsão expressa no contrato de trabalho ou nos regulamentos internos da empresa, pode ser exercido pelo empregador a fim de garantir a ordem e direção dos trabalhos. Com efeito, o empregador tem por obrigação sancionar as faltas cometidas pelos empregados em caso de desobediência às ordens gerais ou individuais baixadas.

O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho confere ao empregador o poder diretivo que lhe dá o direito de organizar, fiscalizar e disciplinar as relações pessoais e sociais existentes na empresa.

21 DELGADO, 2008, p. 645.

22 Op. cit., p. 633.

23 Op. cit. p. 638.

Maurício Godinho Delgado, em sua obra intitulada “O poder empregatício”²⁴, ao tratar da matéria, posicionou-se no seguinte sentido:

Disciplinar, por fim, seria o poder conferido ao empregador de impor sanções aos empregados em face do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais. Embora seja considerada uma dimensão, extensão ou corolário do poder diretivo, a identificação do poder disciplinar em uma seara conceitual própria é universalmente aceita, em decorrência da existência de figuras jurídicas próprias desse poder como, ilustrativamente, as ideias de sanção e procedimento.

5.1. Natureza jurídica

Prevalece no Brasil a teoria clássica segundo a qual a dispensa do empregado é direito potestativo do empregador.

Direito potestativo, segundo Godinho Delgado, define-se como a **“prerrogativa assegurada pela ordem jurídica a seu titular de alcançar efeitos jurídicos de seu interesse mediante o exclusivo exercício de sua própria vontade. O poder, em suma, de influir sobre situações jurídicas de modo próprio, unilateral e automático”**²⁵.

Entretanto, a teoria acima não é aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, sendo pacífico o entendimento de que a dispensa do empregado público tem natureza jurídica de ato administrativo, consistente em manifestação unilateral da vontade da Administração Pública, a qual, em respeito aos princípios da impessoalidade e isonomia, deve ser motivada, conforme decisão do STF no RE nº 589998/PI.

5.2. Limites do poder disciplinar

O Direito do Trabalho não prevê nenhum procedimento especial para a aferição de faltas e aplicação de penas no âmbito das empresas, exceto quanto ao dirigente sindical, conforme abordado no item 2.2.1. Como regra geral, o empregador avalia a conduta do trabalhador e atribui-lhe uma penalidade.

À vista dessa situação, o doutrinador Maurício Godinho ensina que **“o critério de fixação de penalidades no âmbito empregatício impõe a observância de três grupos de requisitos, a serem examinados conjuntamente em cada caso concreto: requisitos objetivos, subjetivos e circunstanciais”**²⁶.

Os mencionados requisitos serão abordados no capítulo 15 deste Manual. Dentre os requisitos circunstanciais – relacionados à atuação do empregador em face da falta cometida e do empregado envolvido –, encontram-se listadas a razoabilidade e a proporcionalidade entre a falta cometida e a pena aplicada pelo empregador.

Conforme ensina Granadeiro Guimarães, o poder disciplinar não é ilimitado; deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade entre a falta e a punição, sob pena de anulação desta pelo Poder Judiciário.

Por oportuno, relevante destacar alguns trechos de decisões do Poder Judiciário sobre o tema:

RUPTURA CONTRATUAL – JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA – Ausência de proporcionalidade entre a conduta do empregado e a pena máxima. Para a configuração da despedida motivada é imprescindível a proporcionalidade entre a conduta e a punição. Como se não bastasse, a dispensa por justa causa aplicada sobre o empregado que envolveu-se em briga fora da empresa, em um feriado, às 20:00 horas, afronta também o princípio da razoabilidade, que norteia as ciências jurídicas como um todo, pois apesar de ser do empregador o poder diretivo (e o poder disciplinar, enquanto seu subproduto), este deve ser manejado com bom senso. O abuso do exercício do direito, por parte do empregador, atrai os efeitos do art. 9º Consolidado. Acresça-se, ainda, o fato de

o obreiro jamais ter sido punido disciplinarmente durante os cinco anos que durou o contrato, o que faz presumir conduta irrepreensível durante todo o contrato. Justa causa não caracterizada. (TRT 2ª R. – RO 02800-2000-312-02-00 – (20050864062) – 4ª T. – Rel. p/o Ac. Juiz Paulo Augusto Camara – DOESP 13.12.2005).

PODER DISCIPLINAR – NECESSIDADE DE GRADAÇÃO – A gradação de penalidades é o mecanismo de realização do caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar. Não obstante o critério pedagógico de gradação de penalidades não seja absoluto e universal (é possível a ocorrência de faltas que, por sua intensa e enfática gravidade, propiciem de imediato a aplicação da pena máxima), as punições aplicadas no âmbito empregatício têm de ser gradualmente dosadas, em proporção crescente, desde a penalidade mais branda até a mais elevada, que é a demissão por justa causa. (TRT 8ª R. – RO 00781-2006-107-08-00-5 – 3ª T. – Rel. Juiz Maria Edilene de Oliveira Franco – J. 11.10.2006).

“[...] No entanto, não se pode perder de vista que a dispensa por justa causa, por ser a máxima penalidade aplicada pela empregadora ao obreiro deve respeitar os requisitos, da proporcionalidade, da imediatidade e unicidade da pena” (citação de trecho de sentença retirada do Acórdão do TST nos autos do processo TST-AIRR-263-31.2011.5.03.0101, DEJT de 01/04/2013, que confirmou sentença do TRT da 3ª Região).

Portanto, a despeito de deter o poder disciplinar, de natureza potestativa, o empregador deve observar limites para a aplicação dessa prerrogativa; deve observar a adequação e a proporcionalidade da pena em relação à conduta tida como irregular.

5.3. Poder disciplinar sobre diretor de Estatal

Tendo em vista sua condição específica frente à empresa, aquele agente que exerce cargo de direção em empresa estatal merece estudo específico no que se refere a sua submissão a um poder disciplinar, ou seja, à condição de estar sujeito à apuração de sua conduta.

Nesse aspecto, cumpre observar que os diretores de empresas estatais são, em regra, nomeados pelos Ministros de Estado supervisores das entidades a que se encontram vinculadas ou, excepcionalmente, pelo próprio Presidente da República, podendo ser destituídos a qualquer tempo. Tais dirigentes podem ser recrutados externamente ou internamente nos quadros funcionais das empresas.

Na primeira situação, ou seja, quando o diretor não pertence aos quadros da estatal, há divergência na doutrina a respeito da existência de óbice à celebração de contrato formal entre o dirigente e a empresa. A despeito da formalização de tal instrumento, em havendo a devida previsão em normas próprias e/ou regimentos internos da estatal, defende-se a submissão do diretor ao regime disciplinar da empresa, conforme se explanará melhor adiante.

Para a corrente clássica ou tradicional, seria juridicamente impossível considerar o diretor como empregado, por ser aquele um órgão da sociedade (teoria organicista) ou por ser mandatário da empresa (teoria do mandato).

Já a corrente moderna ou intervencionista entende não haver óbice para que o diretor seja um empregado, embora de caráter especial, com fundamento na norma celetista e na Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), caracterizada a sua subordinação ao conselho de administração da empresa, cujas determinações deve observar.

Segundo Martins Catharino²⁷, a subordinação é inversamente proporcional ao grau hierárquico. A reafirmação da subordinação, sob o ângulo administrativo e hierárquico, coloca os altos empregados em posição fronteira e ambígua, sendo ligeiramente subordinados e aparentados ao próprio empregador.

27 CATHARINO, 1972.

Assim, esse alto empregado, mesmo com a subordinação atenuada, não possuiria autonomia, já que não pode esquivar-se totalmente das suas obrigações. Preenchidos os requisitos fático-jurídicos da relação de emprego, deveria ele ser considerado um tipo especial de empregado.

Na hipótese de o diretor nomeado **já possuir vínculo laboral com a empresa**, a jurisprudência atual se manifesta no sentido de que o **“empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”** (Súmula nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho). Portanto, vigora o entendimento de que a relação empregatícia originária permanecerá suspensa durante o período em que o empregado exercer a incumbência do cargo de diretor. Conforme será abordado em ponto específico, a suspensão do contrato de trabalho provoca sua sustação, mas, no entanto, resta garantida a preservação do vínculo entre empregado e empregador, a teor do que dispõe o art. 471 da CLT, o que acarreta a manutenção de alguns efeitos contratuais, tais como os deveres de lealdade, de sigilo, entre outros.

Assim, entende-se que a suspensão do contrato originário daquele empregado nomeado para exercer a direção de empresa não impede o exercício do Poder Disciplinar sobre seus atos enquanto dirigente.

Inicialmente, há que se reconhecer ofensa aos princípios da moralidade e da eficiência acaso se isente de responsabilidade disciplinar o agente que cometa infração disciplinar no exercício do cargo de direção. Não se pode negar que o diretor era o primeiro que deveria zelar pelo cumprimento dos normativos internos da empresa, comportando-se estritamente conforme o regramento. Tampouco se pode deixar de observar os reflexos na relação de confiança que deve haver entre empregador e empregado quando este, ocupando alta posição na administração da empresa, ou seja, justamente quando se deposita nele a máxima fidúcia, age em desconformidade com os regulamentos da empresa ou atenta mesmo contra o patrimônio da organização. Desse modo, entende-se que o fato de ocupar cargo de Diretor ou equivalente não isenta o agente de sua responsabilização na esfera disciplinar. Logo, mesmo com o contrato de trabalho suspenso durante o período, o Diretor com vínculo empregatício poderá responder a processo disciplinar e, sendo o caso, a penalidade terá reflexo direto no seu emprego originário.

Necessário frisar ainda que, durante o curso do procedimento ou mesmo antes dele, o empregado poderá ser exonerado do cargo de direção. Tal fato igualmente não deve obstaculizar a apuração disciplinar, até mesmo porque, nesse caso, o agente deverá retomar suas funções enquanto empregado da empresa. Ressalta-se que a perda do cargo de direção não caracteriza sanção administrativa, mas tão somente exercício do direito potestativo do empregador, baseado em juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração, com permissivo no parágrafo único do art. 468 da CLT.

Destaca-se que o diretor de empresa estatal é considerado como um agente público e, ainda que se entenda pela não incidência das normas de Direito do Trabalho na relação entre a empresa e seus diretores, no setor público, onde imperam, entre outros, os princípios da moralidade, eficiência e interesse público, é certo que os dirigentes das Estatais devem respeito à legislação específica e aos normativos internos da empresa, inclusive seu regime disciplinar.

Em face dessas duas hipóteses, entende-se que, existindo ou não o vínculo contratual do dirigente ou ex-dirigente com a empresa, o procedimento **investigativo** cabível poderá ser instaurado e, uma vez identificado o indício do efetivo cometimento de ilícitos, deve-se:

a) no caso de dirigente ou ex-dirigente **com vínculo**, dar prosseguimento à apuração na seara disciplinar punitiva, com a instauração do respectivo processo acusatório; ou

b) no caso de ex-dirigente **sem vínculo**, apenas encaminhar o fato para conhecimento das instâncias competentes, tais como o Ministério Público, Polícia Federal ou Civil, Tribunal de Contas da União e Comissão de Ética Pública,

Dessa maneira, no que concerne ao apuratório disciplinar de cunho punitivo propriamente dito, compreende-se que, em se tratando de dirigentes ou ex-dirigentes, a utilização desse instrumento resta limitada

a) à apuração da conduta daqueles agentes detentores de vínculo contratual com a empresa; e b) àqueles casos de diretor de estatal que não possua vínculo originário com a empresa em que está atuando, mas que detém cargo efetivo ou emprego público em outro órgão ou entidade da Administração Pública.

Diante da última hipótese, entende-se que o agente deverá observar tanto os normativos internos da empresa em que exerce o cargo de direção, quanto aqueles que regem seu vínculo originário com o serviço público. No caso de inobservância de algum normativo, é evidente a possibilidade de reflexos no seu vínculo originário de qualquer espécie com outro ente da Administração Pública (emprego ou cargo público efetivo), por quebra da relação de confiança.

Fundamenta-se esse posicionamento no argumento que, no caso de empregado oriundo de outra empresa, seu vínculo empregatício permanece vigente e, portanto, mantidas em vigor todas as cláusulas que regem seu contrato de trabalho. No mesmo sentido, tratando-se de servidor estatutário, o vínculo não é rompido temporariamente para o exercício de função de direção em uma estatal, mas trata-se tão somente de hipótese de cessão²⁸, quando deverá ainda observância ao regime de sua carreira, até mesmo porque não perde a qualidade de servidor durante o período em que está atuando na empresa pública.

Em tais hipóteses, a recomendação é de que a apuração da conduta deve se dar na entidade em que os fatos tidos como irregulares ocorreram, de acordo com as normas que regulamentam a apuração disciplinar na entidade, e o resultado do trabalho deve ser encaminhado ao órgão/entidade em que o diretor possua o vínculo originário, para exame e adoção das medidas cabíveis.

Deve-se atentar que, no caso de servidor efetivo regido pela Lei nº 8.112/1990, cedido à estatal para ocupar o cargo de diretor, consoante tratado no item 5.3 deste Manual, a aplicação de penalidade disciplinar está condicionada à prévia apuração da falta por meio de processo administrativo disciplinar, o qual, entre outros requisitos, é instaurado por autoridade administrativa e conduzido por comissão composta por servidores estatutários estáveis (arts. 143 e 149 da Lei nº 8.112/1990). Tais requisitos inviabilizam a responsabilização disciplinar destes no âmbito das estatais. No entanto, consoante já dito, as investigações e provas porventura já colhidas devem ser encaminhadas ao órgão de origem do servidor, para fins de análise acerca do cabimento da instauração de processo administrativo disciplinar.

Sobre a possibilidade de repercussão disciplinar entre cargos e empregos públicos em razão de conduta em unidade distinta daquela onde o agente mantém seu vínculo funcional original, importa trazer a lume o entendimento exarado pela Comissão de Coordenação de Correição, como segue:

Enunciado CGU nº 13, de 28 de abril de 2016 (Publicado no DOU de 02/05/2016, Seção I, página 8): REPERCUSSÃO DA DESTITUIÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO NO VÍNCULO CELETISTA. A penalidade de destituição de cargo em comissão aplicada ao empregado público cedido a órgão da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional poderá repercutir no vínculo empregatício, sendo desnecessária a instauração de novo processo disciplinar no âmbito da empresa estatal.

²⁸ Prevista pelo art. 93 da Lei nº 8.112/1990, no caso dos servidores públicos federais.

6. DEVER DE APURAR

No âmbito das relações trabalhistas privadas, o empregador possui o direito de exercer o poder disciplinar, conforme tratado anteriormente. Nas empresas estatais, a possibilidade de se valer do dito poder disciplinar não mais se reveste do caráter de disponibilidade por vezes observável nas relações laborais regidas exclusivamente por normas de natureza privada.

Nesse sentido, algumas regras públicas surtem efeitos nas estatais, apesar de essas empresas serem classificadas como entidades da Administração Federal Indireta com personalidade de direito privado.

Os já mencionados princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública Direta e Indireta (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) se constituem em importante base de normas públicas a influenciar a gestão das empresas estatais, inclusive no que respeita ao exercício do poder disciplinar.

Dessa forma, tem-se que o poder disciplinar conferido ao empregador estatal – que, em essência, visa a restabelecer, de forma equilibrada e justa, a normalidade dos serviços prestados pelos empregados, objetivando, ao fim, a máxima produtividade da entidade – acaba por se transformar em **dever de apurar**, por imposição do princípio constitucional da impessoalidade, por exemplo.

Outros princípios, desta feita de ordem legal, ainda podem ser apontados como norteadores da efetivação do poder disciplinar nas estatais, como o princípio do “interesse público” previsto no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Esse princípio também tem o condão de transmutar o direito de exercer o poder disciplinar em dever de exercê-lo, uma vez que o empregador estatal, ao se deparar com um indício de infração funcional passível de apuração, não decide apenas sob o seu interesse ou convicção, mas sim sob o manto do interesse coletivo de quem é representante.

Sobre a aplicabilidade, nas empresas estatais, de princípio estabelecido pela lei regente do Processo Administrativo Federal, segue posicionamento doutrinário:

Por outro lado, vale a pena sublinhar que a lei se referiu expressamente à administração indireta, que, como é sabido, pode ser desempenhada por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, como é o caso das sociedades de economia mista e empresas públicas. Conquanto sejam pessoas privadas, não deixam de integrar a Administração Pública Federal, de modo que também elas deverão observar o procedimento estatuído na lei, sobretudo quando houver interesses de terceiros, administrados, que devem ser preservados como deseja o diploma regulador.²⁹

Assim, a infração eventualmente cometida por empregado público deve receber a devida atenção por parte das autoridades incumbidas da aplicação do poder disciplinar nas empresas estatais, sob pena de descumprimento de alguns princípios constitucionais e legais de observância obrigatória por essas entidades da Administração Federal Indireta.

6.1. Conhecimento do fato supostamente irregular

A notícia do cometimento de eventual infração funcional por parte de empregado público pode chegar ao empregador de diversas formas, razão pela qual a lista aqui apresentada não tem o objetivo de ser exaustiva, muito embora apresente os principais meios de conhecimento de irregularidades de que dispõem atualmente as autoridades.

A auditoria ou a sindicância meramente investigativa que detecta irregularidades, as representações oficiadas por outros órgãos públicos (Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, Controladoria-Geral da União, Comissão de Ética Pública ou demais comissões de ética), as notícias veiculadas na mídia, a representação funcional, a denúncia apresentada por particulares e até denúncias anônimas

são as formas possíveis de se fazer chegar à Administração Pública a notícia de cometimento de suposta irregularidade.

A auditoria é sabidamente uma das fontes de informação mais eficazes para a administração das organizações, sendo muito comum o fato de a autoridade tomar conhecimento de infrações funcionais por intermédio dos relatórios dessa técnica de avaliação e controle que, em resumo e no aspecto que interessa a este estudo, verifica se as atividades desenvolvidas estão em consonância com o que foi previamente planejado e estabelecido. Nas empresas estatais, a auditoria pode ser realizada por auditores da própria entidade, de empresas especializadas, da CGU ou do Tribunal de Contas da União.

De sua parte, a sindicância meramente investigativa – procedimento de apuração preliminar indicado para os casos em que a notícia original não traz elementos suficientes para a delimitação inicial da irregularidade – igualmente se constitui em relevante instrumento informativo, capaz, inclusive, de apresentar à autoridade competente indícios de materialidade e autoria da possível infração funcional.

Ainda existem os órgãos que atuam em funções investigativas, dentre outras, que encaminham às unidades vulneradas as respectivas representações derivadas de suas investigações e análises. Essas representações trazem elementos informativos colhidos ao longo de operações conduzidas por especialistas, substanciando-se, geralmente, em proveitoso material para o balizamento da devida apuração disciplinar.

Como origem de informações, não se pode olvidar os meios de comunicação. Notícias de irregularidades funcionais por vezes chegam à autoridade competente mediante jornal impresso, manchetes televisivas, publicações na rede mundial de computadores etc.

A representação funcional (ou, simplesmente, representação) refere-se à peça escrita apresentada pelo agente público ao tomar conhecimento de suposta irregularidade de ato ilegal omissivo ou abusivo cometida por qualquer servidor/empregado ou por parte de autoridade, associada, ainda que indiretamente, ao exercício da função pública.

Já a denúncia refere-se à peça apresentada por particular, noticiando à administração o suposto cometimento de irregularidade associada ao exercício da função pública. Destaque-se que a denúncia requer critérios similares aos relativos à representação para a sua admissibilidade.

6.1.1. Denúncia anônima

Em regra, a admissibilidade da denúncia (ou representação) está vinculada a conter a identificação do denunciante e do denunciado, bem como a indicação precisa da suposta irregularidade (associada ao exercício do cargo ou emprego público) e das provas já disponíveis. A princípio, esses seriam os conectivos mínimos ou critérios de admissibilidade para amparar, no exame a cargo da autoridade competente sobre matéria disciplinar, a decisão de instaurar a via administrativa disciplinar e, posteriormente, propiciar ao denunciado conhecimento preciso do que estaria sendo acusado, como forma de lhe possibilitar apresentar sua versão sobre os fatos.

Ocorre que, tem-se que o anonimato, por si só, não é motivo para liminarmente se excluir uma denúncia sobre irregularidade cometida na Administração Pública e não impede a realização do juízo de admissibilidade e, se for o caso, a realização de averiguações destinadas a apurar a real concreção de possíveis ilicitudes administrativas. Com efeito, entende-se que a inércia por parte do Estado, à vista de notícia bem formulada e detalhada de suposta infração, por conta unicamente do anonimato, afrontaria princípios e normas que tratam como dever a apuração da irregularidade de que se tem conhecimento.

Sobre esse entendimento, necessário mencionar que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31/10/03, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 – sendo, portanto, admitida no ordenamento nacional com força de lei – e reconhece a denúncia anônima.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31/01/06 - Art. 13.

2. Cada Estado-Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

De se ressaltar ainda que grande parte da doutrina já tem se manifestado na mesma linha. Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes³⁰ assinala que:

Ocorrendo de a Administração vislumbrar razoável possibilidade da existência efetiva dos fatos denunciados anonimamente, deverá promover diligências e, a partir dos indícios coligidos nesse trabalho, instaurar a TCE, desvinculando-a totalmente da informação anônima.

Essa orientação é também admitida, mesmo em sede de persecução penal, por Fernando Capez³¹:

A delação anônima (notitia criminis inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada, por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.

No mesmo sentido é a jurisprudência pátria, conforme se verifica nos julgados abaixo colacionados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consoante jurisprudência do STJ, não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória nos termos do inciso V do art. 485 do CPC. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade. A causa de rescindibilidade reclama violação à lei, por isso, interpretar não é violar. 2. O acórdão ora recorrido se mostra em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público. Precedentes: EDcl no REsp 1.096.274/RJ, Sexta Turma, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 5/2/2013; MS 15.517/DF, Primeira Seção, Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/2/2011; REsp 867.666/DF, Quinta Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 25/5/2009; MS 12.385/DF, Terceira Seção, Min. Paulo Gallotti, DJe 5/9/2008. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1307503 RR 2011/0295408-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 06/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/08/2013)

Uma vez admitida a possibilidade de se acatar uma denúncia apócrifa, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, proceder, preliminarmente, com a máxima cautela e discrição, a investigações preliminares no sentido de verificar a verossimilhança das informações recebidas, bem como a existência de mínimos critérios de plausibilidade.

Não obstante os robustos entendimentos sobre a admissibilidade da denúncia anônima, é preciso mencionar que a Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que **“dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”**, nos arts. 9º e 10, prevê que o usuário poderá apresentar manifestações perante a administração, e que estas conterão sua identificação, considerada como informação pessoal protegida com restrição de acesso nos termos da LAI.

30 FERNANDES, 1998, p. 51.

31 CAPEZ, 2001, p. 77.

Referida previsão, embora não inviabilize, por completo, a recepção de denúncias anônimas, impõe à Administração maior cuidado no trato destas. Necessariamente, uma denúncia anônima deve ser submetida a investigação preliminar, visando a coleta de elementos que a corroborem e estes é que, se verificados, fundamentarão a instauração de eventual processo disciplinar.

7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável. Por outro lado, impende destacar que, havendo dúvida quanto a tal existência, deverá a autoridade determinar a apuração dos fatos. Aplica-se, portanto, neste caso, a máxima **'in dubio, pro societate'**.

Pode ocorrer, por exemplo, de uma denúncia ser muito vaga, como aquela que se refira ao órgão ou entidade como um "lugar onde impera a corrupção", ou mesmo não ser objeto de apuração disciplinar, como a relativa à conduta que determinado empregado público tenha adotado fora do horário de expediente e sem nenhuma relação com as atribuições do cargo público que ocupe. Esses tipos de notícia de irregularidade deverão ser arquivados sem necessidade de apuração.

Por outro lado, também acontece de a notícia da eventual irregularidade ser pontual, mas incompleta, requerendo, assim, uma verificação mais aprofundada de seus elementos para delimitação inicial da materialidade (fato supostamente irregular) e autoria (eventual autor do fato). Nessa situação, a autoridade competente deverá coletar informações com o objetivo de confirmar ou não a plausibilidade da notícia, ou seja, se de fato há indícios que apontem para a ocorrência da infração disciplinar relatada.

Nesse contexto exemplificativo, percebe-se que é indispensável fazer uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, caso necessário, dos procedimentos investigativos, para que possa ser tomada a decisão adequada: arquivar a denúncia ou representação inepta; ou instaurar o processo administrativo sancionador para a apuração dos fatos.

A essa análise prévia da notícia de irregularidade e à subsequente decisão adotada pela autoridade competente, denomina-se juízo de admissibilidade, conceituado pela IN CGU nº 14/2018 da seguinte forma:

Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correccional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa.

Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correccional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.

A doutrina aborda o tema da seguinte maneira:

No juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competente critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, para cotejá-los com os possíveis documentos e provas que o instruem, objetivando que se evite a instauração de processos com falta de objeto, onde a representação ou denúncia que deram causa aos mesmos são flagrantemente improcedentes ou inoportunas.³²

32 MATTOS, 2010, p. 577

*Nas hipóteses de mera suspeita da prática de delito penal ou infração disciplinar, a Administração Pública – com esteio nos princípios publicísticos da autotutela, do poder-dever e da indisponibilidade do interesse público – deverá aprofundar o desvendamento de tais suspeitas por meio de acauteladoras investigações preliminares, de cunho meramente inquisitorial.*³³

De certa forma ligado ao assunto aqui tratado, visto que revestido de algumas características próprias do juízo de admissibilidade, é o tema objeto do Enunciado CGU nº 4, de 4 de maio de 2011:

PRESCRIÇÃO. INSTAURAÇÃO.

A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.

Enunciado CGU nº 4, publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22

Nesse ponto específico, caberá à autoridade competente ponderar, caso a caso, a utilidade e a importância de se decidir pela instauração ou não do procedimento disciplinar para apurar irregularidade funcional já fulminada pela prescrição, ou seja, aquela que a Administração não pode mais punir o seu autor em razão do término do prazo legal estabelecido para tanto.

Ressalte-se, contudo, que a não instauração de procedimento disciplinar – com base na prescrição da penalidade em tese cabível – exige justificativa adequada por parte da autoridade, explicitando todas as razões que levaram, naquele caso concreto, à não apuração dos fatos, não se admitindo a mera menção genérica ao Enunciado CGU nº 4.

Observe-se que o Enunciado sob estudo não alcança as circunstâncias em que a prescrição venha a ocorrer durante o andamento do procedimento disciplinar. Neste caso, orienta-se que a comissão processante relate as circunstâncias verificadas e encaminhe o processo para consideração da autoridade julgadora, apontando a fluência do prazo prescricional no caso concreto, cabendo à autoridade decidir pela continuidade ou não da apuração. Tal providência traz maior economia ao Erário, uma vez que se evita a realização desnecessária de atos instrutórios como a oitiva de testemunhas, quando se vislumbra desde já a impossibilidade de aplicação de penalidade ao final do processo.

Enfim, o juízo de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar aodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

7.1. ESCOPOS OBJETIVO E SUBJETIVO

7.1.1. Escopo Objetivo

A análise do escopo objetivo no âmbito das estatais envolve a definição de ilícito administrativo-disciplinar como sendo toda conduta do empregado público que, no âmbito de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, contraria norma de regime disciplinar da empresa.

Em virtude das especificidades das empresas estatais, surge uma inerente dificuldade quanto à definição dos ilícitos administrativos contidos no regime disciplinar, visto que não há uniformidade quanto à relação de condutas tidas como violadoras das normas das empresas, além de, na maior parte das situações, tratar-se de definições abrangentes, sem a estrita tipicidade que caracteriza, por exemplo, a legislação penal.

Assim, o escopo objetivo abrange os ilícitos administrativos que englobam a inobservância de deveres funcionais do empregado público, previstos na legislação trabalhista e nas normas internas das empresas estatais, apuráveis conforme o rito nelas previsto.

7.1.2. Escopo subjetivo

Inicialmente, remete-se à classificação de agentes públicos procedida no item 2.2 deste manual. Importante ressaltar novamente que os conceitos aqui discutidos se referem tão somente àqueles agentes públicos que possuem vínculo empregatício com as empresas estatais, aqui denominados empregados públicos. Repisa-se que as regras que aqui se buscam estabelecer não são aplicáveis aos agentes públicos contratados sob regime celetista pela Administração Direta, Fundacional e Autárquica, que, apesar de também intitulados empregados públicos, vêm recebendo tratamento diferenciado pela jurisprudência corrente.

De sorte que aqui se busca orientar no sentido de que as empresas estatais, em regra, somente deverão proceder à apuração de responsabilidade disciplinar de seus empregados públicos, entendendo-se como tais aqueles que possuem contrato de trabalho firmado diretamente com as estatais. Desse modo, não se deve instaurar procedimento disciplinar para apurar a conduta de empregados contratados por empresas de prestação de serviço (chamados terceirizados), estagiários ou qualquer outro agente que não se enquadre na categoria de empregado.

Cumpra observar que no caso dos terceirizados, inexistente vínculo direto entre a estatal e tal empregado, uma vez que este é, na realidade, funcionário de empresa diversa, contratada para prestar serviço à Administração. Desse modo, no caso de verificação de desvio de conduta por parte de terceirizado, a estatal deverá solicitar à empresa contratada que providencie sua substituição, nos termos do instrumento contratual que rege a prestação de serviço em questão, e, dependendo do caso, buscar o ressarcimento dos prejuízos causados com a empresa prestadora dos serviços, que também poderá sofrer penalidades previstas no contrato de terceirização.

Por sua vez, no que se refere ao estagiário, existe um vínculo sociojurídico, diverso do empregatício, firmado entre este, a empresa estatal e a instituição de ensino por meio de um termo de compromisso, conforme disposto na Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008. Em regra, o estagiário não recebe remuneração, mas bolsa de auxílio. Assim, inexistente contrato de trabalho, mas, tão somente, ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação do educando para o trabalho produtivo. Desse modo, no caso da verificação de desvio de conduta por parte de pessoas na condição de estagiários, poderá ser providenciado seu desligamento sem a necessidade de se observar qualquer tipo de procedimento apuratório específico.

No que tange ao servidor estatutário, regido pela Lei nº 8.112/1990, cedido à estatal, deve-se atentar que a aplicação de penalidade disciplinar está condicionada à prévia apuração da falta por meio de processo administrativo disciplinar, o qual, entre outros requisitos, é instaurado por autoridade administrativa e conduzido por comissão composta por servidores estatutários estáveis (arts. 143 e 149 da Lei nº 8.112/1990). Tais requisitos inviabilizam a responsabilização disciplinar destes no âmbito das estatais, sem prejuízo de que as investigações e provas porventura já colhidas sejam encaminhadas ao órgão de origem do servidor, para fins da cabível instauração de processo administrativo disciplinar.

7.2. Procedimentos investigativos

São procedimentos de cunho meramente investigativo, que não podem dar ensejo à aplicação de penalidades disciplinares e que são realizados com vistas à coletar elementos que possam auxiliar a autoridade instauradora a decidir pela necessidade de instauração do processo acusatório ou pelo arquivamento da denúncia ou representação.

É interessante lembrar que, nesse tipo de procedimento, não são aplicáveis os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, até mesmo porque não há nenhum empregado público sendo formalmente acusado de ter cometido irregularidade, mas se trata tão-somente de um esforço por parte da Administração no intuito de coletar informações gerais relacionadas à suposta irregularidade então noticiada. Logo, não há a quem se possa conceder os referidos direitos garantidos pela Constituição Federal. Sobre esse assunto, interessa transcrever o entendimento do STF:

Servidor público. Pena. Demissão. Penalidade aplicada ao cabo de processo administrativo regular. Suposto cerceamento da ampla defesa e do contraditório na sindicância. Irrelevância teórica. Procedimento preparatório inquisitivo e unilateral. Não ocorrência, ademais. Servidor ouvido em condição diversa da testemunhal. Nulidade processual inexistente. Mandado de Segurança denegado. Interpretação dos arts. 143, 145, II, 146, 148, 151, II, 154, 156 e 159, caput e § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/90. A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente.

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

No entanto, orienta-se às comissões a não obstruir o contato do investigado ou de seu advogado, desde que apresente a procuração em virtude da restrição de acesso aos autos (cf. art. 7º, § 10, da Lei nº 8.906/1994), mesmo em procedimentos inquisitivos, ao acervo probatório já coligido sob o argumento de que essas informações constituiriam documento preparatório para a instauração de processo apuratório de responsabilidade (art. 7, § 3º, da Lei nº 12.527/2011). Ocorre que a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, estabeleceu direitos ao legítimo interessado, tais como ter vista dos autos, ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha tal condição, obter certidões e cópias de documentos nele contidos, e conhecer as decisões proferidas, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 3º, 9º e 46). Ademais, a nova Lei de Abuso de autoridade (Lei 13.869/2019) definiu como crime:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: (Promulgação partes vetadas)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (...)

Outrossim, recorda-se que o Enunciado CGU nº 14, de 31 de maio de 2016, estabeleceu acesso restrito aos procedimentos disciplinares para terceiros até o julgamento. Logo, a contrario sensu, o investigado tem direito de acesso à informação antes mesmo da conclusão da investigação, tendo em vista que o termo “procedimentos disciplinares” constante do mencionado Enunciado englobaria todas as modalidades de apuratório, inclusive os procedimentos investigativos (Vianna e Xavier³⁴).

RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito por terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.

O advogado do investigado, igualmente, possui direito de acesso amplo aos procedimentos investigativos para o fim de exercer o direito de defesa, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 14/STF:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

De mais a mais, levando-se em conta o direito à ampla defesa e ao contraditório que todo acusado e investigado em qualquer espécie de processo deve ter por força da Constituição Federal (art. 5º, inciso LV); a Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso à informação), que reconheceu o princípio da publicidade dos atos administrativos como preceito geral e o sigilo como exceção; as alterações promovidas pela Lei nº 13.245/2016 no art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994); e o sigilo em face de terceiros assegurado pela Instrução Normativa CGU nº 14/2018; autoridades e comissões disciplinares devem se atentar às prerrogativas do advogado, especialmente no que diz respeito ao exame e ao acompanhamento não só de processos disciplinares essencialmente contraditórios, mas também de procedimentos investigativos, desde que exista nos autos referência à pessoa investigada que conferiu em procuração poderes de assistência ao profissional.

Art. 7º São direitos do advogado:

.....
XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos;

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

.....
XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO).

.....

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR).

Dessa forma, considerando que o processo administrativo sancionador e os procedimentos investigativos têm acesso restrito para terceiros, o investigado ou seu advogado, desde que apresente à Comissão ou autoridade competente a devida procuração firmada por envolvido na investigação de qualquer natureza, terá amplo e total acesso aos autos, em qualquer fase, inclusive após a emissão do relatório final ou do parecer jurídico seguinte, ainda que os autos estejam conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Ressalva-se que a autoridade competente poderá delimitar o acesso pelo advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (§ 11). Entretanto, o denominado sigilo interno não afasta definitivamente o acesso à informação, somente protela o exercício desse direito para momento ulterior, quando a disponibilidade da informação não mais seja capaz de prejudicar o interesse social de buscar a verdade e punir os infratores.

Vianna e Xavier³⁵ abordam a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado, assinalando que a defesa do interesse social de apuração das infrações danosas a recursos públicos encontra fundamento no art. 5º, inciso LX, da Constituição da República, sendo possível que a autoridade estabeleça a restrição de acesso à investigação ao próprio investigado quanto a certos atos dentro do procedimento investigativo em curso, de forma fundamentada e excepcional. Nesse sentido, também a nova Lei de Abuso de autoridade ressalva a impossibilidade de acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível.

Destaque-se que estará sujeito a responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade o responsável pela inobservância aos direitos do advogado estabelecidos no inciso XIV, ou pelo fornecimento incompleto de autos; ou pelo fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo.

A Advocacia-Geral da União, após consulta formulada pela Corregedoria-Geral da União acerca da interpretação jurídica das alterações e incrementos realizados pela Lei nº 13.245/2016 no Estatuto da Advocacia, emitiu o Parecer nº 84/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU, por meio do qual bem orienta gestores de corregedorias e membros de comissões disciplinares no sentido de que a concessão de acesso e o fornecimento de cópias dos autos a advogados, desde que possuam procuração e paguem pelas cópias quando for o caso, estende-se a: a) processos disciplinares contraditórios ainda não julgados, estejam eles em curso ou conclusos para julgamento; b) processos investigativos (Sindicâncias Investigativas e Patrimoniais) já julgados, mesmo enquanto os processos contraditórios deles originados ainda não tiverem sido julgados; e c) processos investigativos ainda não julgados, mesmo que ainda não tenha havido notificação do empregado acusado, mas desde que já haja no processo identificação de pessoas envolvidas que tenham conferido poderes de assistência ao advogado solicitante.

35 VIANNA e XAVIER, 2017, p. 15

De acordo com o § 13 do art. 7º, acrescentado ao referido Estatuto Profissional por meio da Lei nº 13.793/2019, o disposto nos incisos XIII e XIV aplica-se integralmente a processos e a procedimentos eletrônicos, ressalvadas a necessidade de apresentação de procuração e a possibilidade de delimitação de acesso, pela autoridade competente, aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e não documentados nos autos (§§ 10 e 11).

A IN CGU nº 14/2018 delimitou os contornos da sindicância investigativa (SINVE) da e sindicância patrimonial (SINPA), ressalvando a possibilidade de que órgãos e entidades, por regulamentação interna, instituem outros procedimentos investigativos.

Soma-se a tais procedimentos a Investigação Preliminar Sumária (IPS), regulamentada pela IN CGU nº 8/2020, que objetiva adequar os trabalhos correccionais ao disposto no art. 27 da Lei de Abuso de Autoridade.

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Importa dizer, ainda, que os procedimentos investigativos aqui mencionados não possuem a capacidade de interromper o transcurso do prazo legalmente concedido ao Estado para aplicação de penalidades administrativas (prazo prescricional).

Apesar da importância de que se revestem os procedimentos em comento para a elucidação das eventuais irregularidades cometidas por empregados públicos, a Administração Pública não está obrigada a adotá-los antes de instaurar a seara disciplinar propriamente dita e, mesmo que os adote, não será obrigada a acolher as proposições dispostas em seus relatórios finais, haja vista que esses relatórios são de natureza meramente opinativa. Todavia, repisa-se que a instauração dos procedimentos de natureza contraditória deve se dar nos casos em que já existem indícios de materialidade e autoria, a fim de se observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da economicidade.

Nesse diapasão, ponto importante a ser considerado é se os procedimentos investigativos aqui tratados suprem a determinação de apuração imediata.

Não se cogita, sob pena de afrontar os princípios da eficiência e economicidade, dentre outros, que toda investigação para apurar qualquer notícia de irregularidade que chegue ao conhecimento da Administração seja realizada exclusiva e diretamente através de processos contraditórios, com todos os ônus que lhes são inerentes – financeiros e administrativos –, mesmo porque os Procedimentos Disciplinares Investigativos, quando necessários para o deslinde do caso, podem ser vistos como elementos informativos prévios e, de certa forma, integrantes da futura apuração acusatória/punitiva ou processo administrativo sancionador, uma vez que se constituirão nas primeiras informações constantes de tais instrumentos disciplinares, devendo seus principais atos, quando necessário, ser refeitos a posteriori sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

Assim, conclui-se que os procedimentos investigativos, em que pese o seu aspecto reservado e meramente inquisitorial, são perfeitamente aptos para comprovar que a autoridade cumpriu com o dever legal de apurar a suposta irregularidade que tenha chegado ao seu conhecimento.

Um aspecto também digno de nota é o relativo às possíveis consequências disciplinares de tais procedimentos, basicamente resumidas nas três assertivas seguintes:

- a) arquivamento do feito pela autoridade competente, caso não tenham sido encontrados indícios que sugiram a ocorrência de irregularidade funcional;

- b) instauração de processo administrativo sancionador pela autoridade competente, em acolhimento da proposta contida no relatório resultante das investigações, caso tenham sido levantados indícios da configuração de irregularidade funcional e de sua autoria; ou
- c) proposta de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, quando a conduta praticada for considerada de menor potencial ofensivo, assim consideradas as puníveis com advertência e o agente tenha ressarcido ou se comprometido a ressarcir o dano causado à Administração Pública.

Os indícios a que se reporta a alínea “b” do parágrafo anterior não precisam ser robustos ao ponto de possibilitarem uma conclusão absoluta e definitiva acerca da materialidade e autoria. A conclusão definitiva, apta inclusive a lastrear a aplicação de penalidades administrativas, apenas se dará após os processos punitivos onde se observem os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Recomendação relevante referente aos trabalhos realizados a título de procedimento investigativo é a de que os empregados que atuaram nesses feitos não integrem as eventuais comissões de processos punitivos instaurados para apurar os mesmos fatos, especialmente naqueles casos em que o relatório da comissão prévia tenha sido categórico em especificar as condutas tidas como irregulares.

Tal recomendação estende-se, inclusive, aos empregados que tenham atuado em auditorias e congêneres relacionadas aos fatos a serem apurados, posto que já possuem suas convicções sobre a materialidade e autoria, as quais foram formadas sem o contraditório e a ampla defesa. Toda essa precaução é para evitar alegações de prejulgamento por parte dos membros das comissões disciplinares acusatórias.

Resta consignar que o relatório propositivo oriundo dos procedimentos sob exame também pode sugerir medidas de cunho eminentemente gerencial, como a realização de alterações na rotina de trabalho de determinada seção ou no sistema de controle interno, tudo com vistas a evitar futuras irregularidades.

Enfim, os Procedimentos Disciplinares Investigativos não dão origem a punições disciplinares, portanto estão dispensados da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tampouco possuem o condão de interromper o prazo prescricional, não são de utilização obrigatória, possuem relatórios finais meramente opinativos e devem ser realizados de forma restrita.

7.2.1. Investigação Preliminar Sumária (IPS)

A IPS foi regulamentada pela IN CGU nº 8/2020 e constitui procedimento administrativo de caráter preparatório, informal e de acesso restrito, que tem por finalidade coletar elementos de informação acerca da autoria e materialidade de suposta irregularidade ocorrida na Administração Pública, com vistas à oferecer subsídios à decisão da autoridade competente quanto à necessidade de instauração de processo correicional acusatório.

Tal instrumento se coaduna com o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 13.869/2019, que estabelece não constituir crime a instauração de investigação preliminar sumária, devidamente justificada, com vistas à investigar suposto ilícito funcional.

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Por ter caráter informal, a instauração da IPS poderá ocorrer mediante simples despacho da autoridade competente, sem a publicação em boletim interno ou D.O.U, e os trabalhos devem ser concluídos no prazo de até 180 dias.

Ademais, será conduzida pela unidade de correição e os atos instrutórios praticados por um ou mais empregados públicos, a critério da autoridade instauradora, possibilitando que cada ato seja praticado por empregado mais capacitado na matéria.

Os atos instrutórios da IPS se dividem em:

1. exame inicial das informações e provas existentes;
2. coleta de evidências e informações necessárias para averiguação da procedência da notícia; e
3. manifestação conclusiva e fundamentada, indicando a necessidade de instauração do processo acusatório, de celebração de TAC ou de arquivamento da notícia.

Cabe à autoridade instauradora supervisionar os atos instrutórios, que devem observar o cronograma de trabalho estabelecido e os meios probatórios adequados,

7.2.2. Sindicância Investigativa (SINVE)

A SINVE, além do disposto na doutrina e jurisprudência, tem sua existência formal prevista no art. 5º II, da IN CGU nº 14/2018, c/c o art. 1º, que assim a define:

Art. 1º. A SINVE constitui procedimento de caráter preparatório, destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor ou empregado público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório.

Parágrafo único. Da SINVE não poderá resultar aplicação de penalidade, sendo prescindível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Oportuno expor a posição da doutrina brasileira e dos tribunais superiores a respeito do tema:

Sindicância administrativa é o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação de falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de apuração ou verificação de irregularidade, e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal.³⁶

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

(...)

Nessa espécie de sindicância, impõe-se a restrição de acesso com vistas a preservar a dignidade do serviço público. Bem como para tornar mais eficientes os trabalhos investigatórios. Já a discricionariedade assegura que as investigações sejam realizadas nos moldes definidos pelo sindicante. Sem sujeição a ritos preestabelecidos. O que não implica contemporizar arbitrariedades, prepotências e desmandos.³⁷

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

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

Ementa: I. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7.983. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 23/2/2005, publicado em 30/3/2005)

Sobre o rito da SINVE, a IN CGU nº 14/2018, nos arts. 20 a 22, prevê as regras basilares, a saber: a) condução por um único servidor ou empregado público efetivo ou por comissão composta por dois ou mais servidores ou empregados públicos efetivos; b) desnecessidade de publicação do ato instaurador; c) conclusão no prazo de até 60 (sessenta) dias, prorrogáveis, sendo admitida, ainda, a recondução dos trabalhos; d) deverá culminar em relatório conclusivo, no sentido da instauração de processo contraditório ou do arquivamento.

Admitida a realização da SINVE por uma comissão, bem como pensando na hipótese de incontornável divergência nas conclusões dos membros quando da elaboração do relatório final, poderão ser proferidos votos em apartado (relatórios distintos), cabendo à autoridade competente avaliá-los quando de sua tomada de decisão, que poderá resultar no arquivamento do feito, na instauração de procedimento contraditório ou, excepcionalmente, na determinação de complementação das investigações.

7.2.3. Sindicância Patrimonial (SINPA)

A SINPA também é um procedimento inquisitorial, de acessos restrito, não contraditório e não punitivo, que visa colher dados e informações suficientes a subsidiar a autoridade competente na decisão sobre a deflagração de processo administrativo sancionador. O seu escopo é delimitado, constituindo importante instrumento de apuração prévia de práticas corruptivas envolvendo agentes públicos, na hipótese em que o patrimônio destes aparente ser superior à renda lícitamente auferida.

Nesse sentido, constitui a sindicância patrimonial um instrumento preliminar de apuração de infração administrativa consubstanciada em enriquecimento ilícito, tipificada art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, possuindo previsão normativa no Decreto nº 5.483/05, e no art. 5º, III, da IN CGU nº 14/2018.

A SINPA é um relevante instrumento à disposição da Administração Pública, desempenhando papel de destaque na apuração das infrações administrativas potencialmente causadoras de enriquecimento ilícito do agente público, na medida em que, mediante a análise da evolução patrimonial do agente, poderão ser extraídos suficientes indícios de incompatibilidade patrimonial capazes de instruir a deflagração do processo administrativo sancionador – que poderá culminar na aplicação da pena de demissão por justa causa (art. 482, “a”, da CLT) e na proposição da ação de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, o inciso VII do art. 9º da lei de improbidade administrativa estabelece que constitui enriquecimento ilícito “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”. Por outro lado, da leitura do art. 482, “a”, da CLT, depreende-se que o ato de impro-

bilidade administrativa praticado por empregado constitui falta disciplinar e enseja a aplicação da penalidade de demissão por justa causa.

Assim, na medida em que o enriquecimento ilícito do empregado público constitui ilícito administrativo, a denúncia, notícia ou suspeita da prática dessa irregularidade deve ser apurada. Entretanto, previamente à deflagração do processo disciplinar, poderá a autoridade competente valer-se da SINPA, na qual se procederá à análise da evolução patrimonial do empregado público, com vistas a confirmar ou não o teor denunciativo e fundamentar a decisão pelo arquivamento ou pela instauração do processo contraditório.

Desta forma, consoante o parágrafo único do art. 7º e o art. 8º do Decreto nº 5.483/05, identificados indícios de enriquecimento ilícito, inclusive por evolução patrimonial incompatível do agente público, terá lugar a instauração de sindicância patrimonial, pela CGU ou órgão ou entidade competente (de ofício ou por requisição da própria CGU).

A SINPA encontra-se regulamentada nos arts. 7º a 9º do Decreto nº 5.483/2005 e arts. 23 a 29 da IN CGU nº 14/2018.

A instauração da SINPA opera-se com a emissão de portaria pela autoridade competente, na qual deverão constar os empregados públicos designados para compor a comissão sindicante, o número do processo no qual constam os fatos que serão objeto de apuração e o prazo para a realização dos trabalhos.

De acordo com o art. 9º, § 1º, do Decreto nº 5.483/05 e art. 24 da IN CGU nº 14/2018, a SINPA será conduzida por comissão composta, no mínimo, por dois empregados públicos efetivos, com indicação do presidente dos trabalhos.

O prazo para a conclusão dos trabalhos será de trinta dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão, prorrogáveis por igual período, admitindo-se, ainda, a recondução da comissão, para conclusão das investigações (cf. art. 9º, § 2º do Decreto nº 5.483/05 c/c art. 25 da IN CGU nº 14/2018).

A respeito da instrução da SINPA, veja-se o que estabelecem os arts. 26 e 27 da IN CGU nº 14/2018, in verbis:

Art. 26. A comissão de SINPA poderá solicitar a quaisquer órgãos e entidades detentoras de dados, tais como cartórios, departamentos estaduais de trânsito e juntas comerciais, informações relativas ao patrimônio do servidor ou empregado sob investigação, e de outras pessoas físicas e jurídicas que possam guardar relação com o fato sob apuração.

Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicato ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.

Da leitura, extrai-se que a comissão sindicante deve realizar todas as diligências postas ao seu alcance, no sentido de elucidar o fato sob investigação, inclusive tomando, se for o caso, o depoimento do sindicato e abrindo-lhe a oportunidade de apresentar justificativas para o eventual acréscimo patrimonial. Importa mencionar, porém, que tal providência não retira o caráter inquisitorial da SINPA.

Verifica-se, outrossim, que o escopo de apuração da comissão sindicante será eminentemente patrimonial, uma vez que deverá apurar, em termos qualitativo e quantitativo, a composição e o valor dos bens e direitos que integram o patrimônio do empregado público, assim como as dívidas. E, para tanto, poderá se valer de fontes de consulta tais como Cartórios de Registros Imobiliários, Cartórios de Registros de Títulos e Documentos, Departamentos de Trânsito, Juntas Comerciais, Capitania de Portos, inclusive de outros entes da Federação.

É possível, ainda, a obtenção de acesso aos dados fiscais e bancários do sindicato.

No que se refere ao sigilo fiscal, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao conferir nova redação ao art. 198 do Código Tributário Nacional, permitiu o seu afastamento pela via administrativa, não precisando a comissão sindicante recorrer ao Poder Judiciário para obter as informações fiscais do sindicado, as quais poderá solicitar, diretamente, aos órgãos fazendários³⁸. Eis o que dispõe o citado artigo, in verbis:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (...)

Impende esclarecer que o acesso aos dados fiscais não está restrito às declarações de imposto de renda, podendo ser avaliadas a declaração de operações imobiliárias, de imposto sobre operações financeiras, dentre outras, conforme o caso.

Havendo, porém, a necessidade de obtenção dos dados protegidos por sigilo bancário, a prévia autorização do Poder Judiciário é indispensável, nos termos do art. 3º, § 2º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, conforme se lê:

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Nessa esteira, caberá à comissão solicitar ao órgão integrante da Advocacia-Geral da União competente o ajuizamento de processo de afastamento de sigilo bancário perante o órgão judiciário, devendo, para esse fim, demonstrar a necessidade e a relevância da obtenção dessas informações para a completa elucidação dos fatos sob apuração no bojo da sindicância patrimonial.

Vale lembrar que, ao acessar os dados protegidos por sigilo fiscal e/ou bancário, os empregados integrantes da comissão assumem o dever de manutenção do sigilo, impondo-se, portanto, redobrada cautela.

Ressalva-se que em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade não incide a proteção ao sigilo bancário nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira. Foi o estabelecido pelo [Parecer Vinculante AGU Nº AM - 06](#), que adotou o Parecer Plenário nº 5/2017/CNU/CGU/AGU, com a seguinte ementa:

³⁸ Surgindo a necessidade no caso concreto, a comissão deverá verificar a regra vigente sobre a formalização do pedido à Receita Federal, pois, em alguns locais, admite-se o pedido formulado diretamente pela comissão e, em outros, a solicitação se dá via autoridade instauradora ou outra autoridade designada no órgão/entidade.

EMENTA: Direito Administrativo. Acesso às informações protegidas por sigilo bancário pelos órgãos de controle. Princípio da publicidade. Extensão ou compartilhamento de sigilo. Prevalência do princípio constitucional da publicidade, nos termos deste parecer. Oponibilidade do sigilo, quando existente, a órgãos de controle.

1. Além das hipóteses previstas no [art. 1º, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001](#), não incide a proteção ao sigilo bancário, em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade, ao menos nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira.

2. Para este fim, devem ser considerados recursos públicos aqueles previstos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, incluídos os orçamentos previstos no [§ 5º do art. 165 da Constituição](#).

3. Por coerência, também devem ser considerados públicos os recursos titularizados não pela coletividade como um todo, mas por coletividades parciais (como os trabalhadores regidos pela CLT ou servidores públicos) que sejam administrados pelo poder público, tal como o FGTS e o Fundo PIS-PASEP, mas apenas em relação à sua aplicação pelas instituições financeiras, excluídas as operações bancárias realizadas entre o banco e o titular de contas individualizadas (cotista do fundo), que continuam protegidas pelo sigilo bancário.

4. A exceção ao sigilo bancário decorrente do princípio da publicidade atinge apenas a operação inicial de transferência dos recursos públicos, e não as operações subsequentes realizadas pelo tomador dos recursos e decorrentes da disponibilização destes em conta corrente ou por outro meio.

5. A exceção ao sigilo bancário, decorrente da incidência do princípio constitucional da publicidade, não implica a supressão de outros sigilos previstos em lei ou em norma regulatória editada pela autoridade competente, em especial o Banco Central do Brasil ou a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, cuja incidência sobre documentos apresentados à instituição financeira ou por ela produzidos deve ser verificada caso a caso.

6. Salvo na hipótese de celebração do convênio a que se refere o [art. 2º, § 4º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001](#), o sigilo bancário, quando incidente, deve ser oposto inclusive ao Ministério Público, aos tribunais de contas e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, sendo inaplicáveis o [art. 26 da Lei nº 10.180, de 2001](#), e o [art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 1993](#).

Apurado pela comissão quais os bens e direitos que integram o patrimônio do empregado público e o valor de cada um deles, os sindicantes deverão cotejar o resultado obtido com a renda auferida pelo investigado e a evolução do seu patrimônio declarado, com vistas a verificar se eventual acréscimo decorreu da evolução normal desse patrimônio, é dizer: se possui o devido lastro correspondente. Com o resultado obtido pela realização do fluxo de caixa e da análise patrimonial do empregado, a comissão estará apta a emitir o seu juízo de valor sobre o apurado, mediante a elaboração da peça denominada relatório.

O relatório, à luz do disposto no § 3º do art. 9º do Decreto nº 5.483/05 e consoante o previsto no art. 28 da IN CGU nº 14/2018, deverá ser conclusivo e apontar se o conteúdo denunciativo encontra, ou não, guarida na evolução patrimonial apurada do empregado, sugerindo, em consequência, a instauração de processo disciplinar ou o arquivamento da SINPA.

Vale registrar o entendimento administrativo consolidado no sentido da desnecessidade de comprovação da origem ilícita do patrimônio do sindicado. Ou seja, se tal não é requisito para possível apenação, não poderá, por exemplo, servir de fundamento para uma sugestão de arquivamento da sindicância patrimonial. Tal entendimento encontra-se esposado no Enunciado CGU nº 8, de 9 de dezembro de 2014, **in verbis**:

ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.

Enunciado CGU nº 8, publicado no DOU de 10/12/14, seção 1, página 2

Conforme art. 29 da IN CGU nº 14/2018, em caso de confirmação dos indícios de enriquecimento ilícito, a autoridade julgadora comunicará os órgãos competentes, para as providências de sua alçada (MPF, TCU, CGU, SRFB, COAF, AGU).

8. A APLICAÇÃO DE PENALIDADE AOS EMPREGADOS E O PRÉVIO PROCESSO DISCIPLINAR

No regime estatutário, a que se submetem os servidores públicos federais (Lei nº 8.112/1990), a aplicação de sanções disciplinares está sujeita a certos requisitos, entre os quais se destaca a realização de prévio processo administrativo disciplinar no qual sejam assegurados ao servidor os direitos à ampla defesa e ao contraditório (art. 153).

Nesse processo administrativo sancionador são concedidas aos empregados públicos várias garantias processuais que vão do direito de acompanhar o processo desde o início, participando da produção das provas (art. 156), à garantia de ser representado por defensor dativo nomeado pela Administração, caso não responda à citação para apresentar defesa escrita (art. 164).

Essas garantias têm um claro caráter protecionista da estabilidade que foi conferida aos servidores públicos pela Constituição Federal (art. 41), a qual visa essencialmente garantir **“a indispensável neutralidade e imparcialidade no exercício das funções públicas”**³⁹.

Ocorre que a Constituição Federal, no intuito de prover a Administração Pública dos mecanismos adequados para intervir no domínio econômico, utilizando estrutura semelhante àquela existente nas empresas privadas, previu que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica se sujeitam **“ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”** (art. 173, § 1º, inciso II).

Desse modo, as relações de trabalho existentes entre as referidas estatais e seus empregados são reguladas pelas mesmas normas aplicáveis aos empregados das empresas privadas, isto é, os direitos e obrigações de empregadores e empregados públicos são aqueles objeto de estudo do Direito do Trabalho, do qual a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) constitui o diploma legal mais relevante.

Uma vez que não há na legislação trabalhista exigência de que se instaure prévio processo disciplinar para a aplicação de penalidade aos empregados⁴⁰, as citadas estatais federais também não estão obrigadas à realização de procedimentos prévios para o exercício do poder disciplinar, a princípio.

Importante ressaltar, entretanto, que, em nome dos princípios que regem a Administração Pública (art. 37, **caput**, da Constituição Federal), da qual fazem parte as estatais em comento, principalmente os princípios da impessoalidade e moralidade, a aplicação de pena disciplinar a empregado público deve estar

39 COUTINHO, 1999.

40 Sobre essa questão, vale a pena citar o ensinamento do professor Godinho que, apesar de criticar, confirma a posição dominante sobre o tema: “O Direito do Trabalho brasileiro encontra-se, efetivamente, ainda em fase semi-primitiva no tocante ao exercício do poder disciplinar. Não prevê a legislação qualquer procedimento especial para a aferição de faltas e aplicação de penas no contexto intra-empresarial (...). Embora esse modelo legal celetista pareça francamente defasado e obsoleto em face da relevância que a Constituição de 1988 dá ao Direito Coletivo e aos direitos individuais da pessoa humana, não tem a doutrina e a jurisprudência dominantes do país, ainda, apontado na direção da suplantação efetiva do velho modelo celetista autoritário” (p. 672).

fundada em elementos de convicção que permitam segurança quanto à constatação do cometimento da falta funcional.

Em outras palavras, se não é pré-requisito para a punição disciplinar dos empregados públicos dessas estatais a realização de processo disciplinar, não podem os respectivos gestores aplicar penalidades na ausência de provas da conduta infracional, sob pena de sua invalidação, inclusive pela Justiça do Trabalho.

Sobre a matéria, vale ainda uma observação quanto a entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 77) no caso de a empresa prever em seu regulamento interno a necessidade de realização de procedimento prévio à aplicação dessas sanções:

Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar. (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).

Nesse sentido, uma vez prevista em regulamento interno a necessidade de realização de prévio processo para a aplicação de pena disciplinar, a estatal não poderá dispensá-lo e aplicar sanção a um empregado alegando que a legislação trabalhista não prevê essa garantia. Terá ela de realizar o procedimento previsto em seus regulamentos, sempre que verificar a necessidade de exercício do poder disciplinar.

Observe-se que a previsão de realização de procedimento disciplinar prévio obriga a estatal a instaurar e conduzir um processo nos moldes do previsto em seu regulamento interno, sem a necessidade de cumprir todas as exigências e etapas próprias de outros regimes.

Entretanto, um aspecto importante que precisa ser considerado nessa questão é aquele relativo às estatais delegatárias de serviços públicos. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que as empresas estatais delegatárias de serviços públicos, ou seja, aquelas que não exploram atividade econômica em sentido estrito, não têm suas relações trabalhistas reguladas exclusivamente pelo regime de direito privado na forma prevista no mencionado art. 173 da Constituição Federal, como se pode constatar dos seguintes excertos de decisões daquela Corte:

À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do DL 509/1969 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. (RE 230.051 ED, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 11/6/2003, Plenário, DJ de 8/8/2003).

Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. (ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008).

Inaplicabilidade, à Infraero, da regra inscrita no art. 150, § 3º, da Constituição. A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (Caso da Infraero), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos. (RE 363.412-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-8-2007, Segunda Turma, DJE de 19-9-2008).

O Min. Ricardo Lewandowski, relator, negou provimento ao recurso. Salientou, primeiro, que, relativamente ao debate sobre a equiparação da ECT à Fazenda Pública, a Corte, no julgamento

da ADPF 46/DF (DJE de 26.2.2010), confirmou o seu caráter de prestadora de serviços públicos, declarando recepcionada, pela ordem constitucional vigente, a Lei 6.538/78, que instituiu o monopólio das atividades postais, excluídos do conceito de serviço postal apenas a entrega de encomendas e impressos. Asseverou, em passo seguinte, que o dever de motivar o ato de despedida de empregados estatais, admitidos por concurso, aplicar-se-ia não apenas à ECT, mas a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, em razão de não estarem alcançadas pelas disposições do art. 173, § 1º, da CF, na linha de precedentes do Tribunal. (RE 589998/PI, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.2.2010, Informativo STF nº 576).

Vê-se que as relações trabalhistas de algumas estatais, embora juridicamente classificadas como pessoas de direito privado, sofrem influência direta do direito público, estando sujeitas, portanto, a uma espécie de regime híbrido.

O caso concreto da área trabalhista submetido à análise do Supremo referiu-se à necessidade de motivação da demissão sem justa causa em estatal delegatária de serviços públicos, não sendo objeto de exame o desligamento com justa causa (punitivo).

Todavia, a própria negativa de incidência absoluta da regra do art. 173 da Carta Magna nas relações trabalhistas das estatais prestadoras de serviços públicos e o entendimento de que essas estatais estão obrigadas a motivar até as dispensas sem justa causa (menos gravosas ao trabalhador) atraem, inevitavelmente, a incidência de regras públicas ao aspecto disciplinar dessas relações trabalhistas, pelo menos daquelas regras e princípios indispensáveis à elaboração de um ato devidamente motivado.

Isso posto, sugere-se às empresas estatais delegatárias de serviços públicos que instituam, em seus regulamentos internos – caso ainda não o tenham feito – um procedimento prévio à aplicação de penas disciplinares como elemento mínimo de caracterização da requerida motivação (com observância da ampla defesa e do contraditório), com fundamento na Lei nº 9.784/1999, sob o risco de incorrerem em consideráveis prejuízos em função de eventuais determinações judiciais que encampem a inteligência já consagrada pelo Supremo e, ainda mais grave, sob o risco de virem a ser instrumentos de descumprimento de direitos constitucionais já reconhecidos pela Corte Suprema.

Por oportuno, em que pese as estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito ainda possam demitir seus empregados, por justa causa, sem nenhum procedimento prévio, há entendimentos doutrinários que apontam para a futura necessidade de concessão do contraditório e da ampla defesa também nessas situações, principalmente em razão de que a esfera disciplinar das relações trabalhistas regidas pela CLT revela-se defasada em face do atual estágio de consolidação dos direitos constitucionais, consoante dito anteriormente. Nesse ponto, interessa registrar o ensinamento do doutrinador e ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado:

*Ou seja, desponta como tão incisiva, abrangente e forte essa nova tutela constitucional, a ser efetivada pelas instituições componentes do sistema trabalhista brasileiro, que as empresas, instituições e demais empregadores brasileiros seguramente terão de se adaptar a meios e práticas mais democráticos de exercício do poder empregatício, sob pena de sofrerem irreprimíveis restrições por parte das instituições de suporte do Direito do Trabalho.*⁴¹

Também a jurisprudência do TST se inclina nesse sentido, conforme já decidiu a 7ª Turma em sede de Embargos de Declaração:

RECURSO DE REVISTA – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – EMPRESA PÚBLICA – RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA - IMPOSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO DO STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 589.998 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998, ocorrido em 20/3/2013, entendeu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista precisam motivar o ato de rompimento sem justa causa do pacto

41 DELGADO, 2012, p. 1.209.

laboral. Em face dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, o ente da administração pública indireta que explora atividade econômica deve expor as razões do ato demissional praticado e a elas fica vinculado. A motivação do ato de dispensa resguarda o empregado e, indiretamente, toda a sociedade de uma possível quebra do postulado da impessoalidade e moralidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Além disso, a exposição dos motivos viabiliza o exame judicial da legalidade do ato, possibilitando a compreensão e a contestação da demissão pelos interessados. Assim, a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela Administração Pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade. Logo, deve ser reputada nula a demissão sem justa causa do reclamante que não apresenta motivação. Diante do moderno entendimento do STF, deixo de aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 247, I, do TST. Recurso de revista não conhecido” (RR-938-28.2012.5.18.0008, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Publicação: 20/9/2013).

Destarte, da análise do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, pode-se afirmar que é forte a recomendação de que as estatais instaurem procedimentos apuratórios antes da utilização do poder disciplinar, assegurando ao eventual agente envolvido a possibilidade de se manifestar, independentemente da natureza da atividade que essas empresas exercem.

Essa tendência é igualmente partilhada por parte importante da doutrina administrativista e pela Advocacia-Geral da União, como segue:

Com efeito, a empresa estatal é entidade preposta a objetivos de interesse de toda a coletividade (...). Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. ⁴²

8. A dispensa do emprego, como todo o ato administrativo, há de ser motivada, ainda que se cuide de relação regida pela CLT, implicando sua falta, sem dúvida, invalidade do ato, até mesmo por se configurar, na hipótese, abuso de poder.

9. No âmbito da Administração Pública, ao contrário do que se verifica na atividade privada, não é admissível venha a autoridade, a seu talante, rescindir sem causa contrato de trabalho, máxime considerando tratar-se de servidor admitido por concurso e detentor em seus assentamentos de boas referências funcionais, como consta do processo. (Parecer AGU nº GQ-64 – vinculante).

9. FASES DO PROCESSO DISCIPLINAR

9.1. Considerações iniciais

Os empregados públicos não detêm estabilidade no serviço público⁴³, sendo possível rescindir o seu contrato de trabalho, por meio do exercício do poder potestativo de rescisão unilateral do contrato, cabível a qualquer empregador, a depender, no entanto, de motivação para sua validade⁴⁴.

Para se imputar penalidade ao empregado público, seja qual for o tipo aplicado (advertência, suspensão ou rescisão por justa causa), é necessário que o empregador obtenha comprovação robusta acerca do cometimento do ato faltoso. Tal cautela é de extrema importância, especialmente na hipótese de dissolução do contrato de trabalho por justa causa, penalidade que gera consequências graves, negando-se ao empregado quaisquer das verbas rescisórias previstas em outras modalidades de rompimento do contrato.

Em princípio, tratando-se de empresa pública que explore atividade econômica em sentido estrito, o empregador pode comprovar o ato faltoso e aplicar a penalidade devida sem que o empregado disponha das garantias do contraditório e da ampla defesa. É que o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal⁴⁵ não alcança a imposição de penalidades decorrente da relação contratual firmada entre empregado e as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. Ao contratar no regime celetista, o Estado, por intermédio das referidas estatais, não atua exercendo as prerrogativas do poder de império, mas age como verdadeiro empregador “privado”⁴⁶.

A despeito da não incidência do referido dispositivo constitucional na espécie, a Controladoria-Geral da União, na qualidade de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo em âmbito federal, regulamentou, por meio da Instrução Normativa nº 14, de 14 de novembro de 2018, a atividade correcional do referido sistema, do qual fazem parte as empresas estatais, estabelecendo que os procedimentos correccionais podem ter natureza investigativa ou acusatória.

No entanto, nada impede que as citadas empresas públicas e sociedades de economia mista, que se regem pelo mesmo regime das empresas privadas, inclusive no que toca aos direitos e obrigações trabalhistas, possam editar regulamento interno em que sejam contemplados procedimentos de natureza investigativa prévios de à apuração para imposição de penalidades aos seus empregados. Da mesma forma, as empresas estatais e respectivos empregados podem pactuar tal garantia por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Especificamente quanto ao procedimento correcional acusatório, estabeleceu a CGU na mencionada IN CGU nº 14/2018 acerca do processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS), assim:

CAPÍTULO XI

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR RELATIVO AOS EMPREGADOS PÚBLICOS DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA (PAS)

Art. 45. A apuração da infração disciplinar cometida por empregado público de empresa pública ou de sociedade de economia mista se dará por procedimento previsto em norma regulamentar interna, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

.....

Art. 46. São admitidas como penalidades aplicáveis aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista a advertência, a suspensão de até 30 (trinta) dias, a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, bem como outras penalidades previstas em norma regulamentar interna.

Art. 47. No âmbito da atividade correcional exercida pela Administração Pública não é aplicável o perdão tácito.

Art. 48. Para os casos de acumulação ilícita previstos no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, poderá ser aplicado, por analogia, o procedimento previsto no art. 133, caput, da Lei nº 8.112, de 1990.

E na hipótese de existir normativo da entidade ou acordo/convenção coletiva de trabalho estabelecendo a forma pela qual será verificada a responsabilidade dos empregados, esses passam a gozar da garantia de somente serem punidos após regular apuração dos fatos, nos termos da Súmula nº 77 do Superior Tribunal do Trabalho: “Nula é a punição do empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar”.

É que, por força do artigo 444 da CLT⁴⁷, tais normas regulamentares se incorporam ao contrato individual de trabalho⁴⁸. Assim, o procedimento previsto nos normativos internos para imposição de penalidades deve ser obedecido, sob pena de nulidade do ato, por constituir afronta à garantia da inalterabilidade do contrato de trabalho de modo unilateral prevista no artigo 468 da CLT⁴⁹.

O que se tem observado na praxe da Administração Pública é que, a despeito da não obrigatoriedade, boa parte dos regimentos internos das empresas estatais contempla, ainda que de modo genérico, as garantias do contraditório e da ampla defesa nas sindicâncias destinadas a apurar possível ilícito dos empregados públicos.

Nesse ponto, é importante registrar que de acordo com Nota Técnica nº 109/2020/CGUNE/CRG, que analisou questões afetas ao processo administrativo sancionador, nas hipóteses de ausência ou omissão de regulamentação normativa interna nas empresas estatais acerca do rito processual disciplinar, aplica-se de forma subsidiária o rito geral estabelecido na Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito do Poder Executivo Federal.

Em seguida, serão apresentados breves comentários acerca das possíveis fases de um Processo Administrativo Sancionador - PAS e bem assim alguns atos que consubstanciam o que se poderia denominar de “garantia mínima de contraditório e da ampla defesa” na condução do mesmo.

9.2. Instauração

Para a aplicação de pena disciplinar a empregado público, o empregador, em nome dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade, sempre que estiver diante de elementos de convicção suficientes, tem o dever de instaurar o procedimento disciplinar a fim de buscar a responsabilização do empregado faltoso. O ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correcional é denominado juízo de admissibilidade (cf. art. 9º da IN CGU nº 14/2018).

É o regimento interno da entidade que deve estabelecer quem é competente para realizar o juízo de admissibilidade e para dar início ao procedimento disciplinar. Não havendo previsão expressa, os dirigentes da estatal, ou seja, aqueles que exercem o poder empregatício, contratando e demitindo funcionários, têm competência para instaurar procedimentos disciplinares em face de seus subordinados.

O procedimento disciplinar se inicia, via de regra, com uma ordem do dirigente competente designando os empregados responsáveis pelas investigações e delimitando os fatos supostamente irregulares que devem merecer atenção daqueles que conduzirão o processo.

Não há maiores exigências quanto à forma em que esta ordem deve ser dada, podendo ocorrer através de uma correspondência interna, um despacho, ou uma portaria do dirigente. Não obstante, nesta etapa do procedimento disciplinar, algumas questões importantes devem ser observadas.

Em primeiro lugar, deve-se evitar a citação dos nomes dos supostos acusados no documento que determina a instauração do procedimento disciplinar. É que tal prática constitui um indevido adiantamento das conclusões dos trabalhos. De fato, se a Estatal se obrigou a apenas aplicar penalidade disciplinar a empregado após a conclusão de regular procedimento disciplinar, não se pode admitir que o procedimento instaurado seja mera formalidade a ser cumprida, sem sentido prático. Deve o procedimento disciplinar servir de instrumento tanto para a apuração do ilícito quanto para oportunizar a defesa para o empregado envolvido, razão pela qual é apenas ao final do processo que se poderá delimitar exata e conclusivamente quais os empregados responsáveis pelos supostos ilícitos.

Pelos mesmos motivos, não se deve descrever de forma perfeitamente delimitada os ilícitos que devem ser apurados e o respectivo enquadramento da falta disciplinar, uma vez que o processo tem o objetivo justamente de, ao apurar os fatos em toda sua extensão, identificar e delimitar as condutas ilícitas porventura praticadas.

Esses dois cuidados, evitar a indicação dos nomes dos empregados supostamente responsáveis e não limitar demasiadamente o escopo das investigações, têm o condão de evitar juízos prévios de culpabilidade, além de permitir uma atuação mais isenta e efetiva por parte daqueles que conduzirão as investigações.

Nesse sentido, uma fórmula muito usada na redação dos documentos que dão início ao procedimento disciplinar é aquela que indica apenas o número do processo (contendo o relatório de auditoria, a denúncia ou representação, a informação da mídia etc.) em que se discutem as supostas irregularidades. Tal prática é amplamente admitida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores em relação aos processos administrativos disciplinares instaurados em face dos servidores públicos, e é perfeitamente aplicável às sindicâncias celetistas:

3. A portaria inaugural tem como principal objetivo dar início ao Processo Administrativo Disciplinar, [...], nela não se exigindo a exposição detalhada dos fatos imputados ao servidor, o que somente se faz indispensável na fase de indiciamento, a teor do disposto nos arts. 151 e 161, da Lei nº 8.112/1990. [...] (MS 9.668/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2009, DJe 01/02/2010).

A abertura de sindicância interna para apurar os fatos ocorridos, sem a divulgação dos nomes dos funcionários envolvidos, o que deu ensejo a procedimento e processo criminal, ainda não concluídos, não configura abuso de direito pelo empregador haja vista que exercido dentro da razoabilidade. Entendimento contrário inviabilizaria o empregador de apurar a prática de atos que ensejam a dispensa por justa causa em seu estabelecimento. (TRT-3 – RO: 003832011081030050000383-37.2011.5.03.0081, Relator: Luiz Ronan Neves Koury, Segunda Turma, Data de Publicação: 06/02/2013 05/02/2013. DEJT. Página 56).

Outro dado importante que, de regra, deve constar do documento que dá início ao procedimento disciplinar é o prazo para a conclusão dos trabalhos. Nesse ponto, deve-se observar o quanto estipulado no regulamento interno da estatal.

Ressalta-se, entretanto, que a extrapolação do prazo máximo estipulado no regulamento interno, desde que precedida de decisão do dirigente responsável pela instauração do procedimento prorrogando o prazo, não nulifica, de plano, o procedimento, que pode se estender pelo prazo necessário para a conclusão das investigações. É o entendimento da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sobre o assunto:

IMEDIATIDADE ENTRE O ATO FALTOSO E A DISPENSA POR JUSTA CAUSA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DO PERDÃO TÁCITO. A ausência de imediatidade entre o ato faltoso e a resolução do contrato de trabalho por justa causa, em empresas de grande porte, como é o caso da reclamada, não caracteriza o perdão tácito, em face da exigência de cumprimento dos procedimentos administrativos previstos em norma da empresa, que se revestem de natureza complexa, pois não admitem solução instantânea, bem como na necessidade de apuração da extensão do dano praticado pelo empregado e na possibilidade da reparação dos prejuízos, estes a requerimento do próprio interes-

sado. No próprio interesse do empregado, a investigação criteriosa e refletida do empregador, com a apreciação em concreto da falta, desde que evidenciada inequivocamente a intenção de apurar e punir, não enseja o decreto do perdão tácito, já que inexiste critério de tempo definido em lei para esse fim, que se revela jungido ao prudente arbítrio do juiz, quando trazida a juízo. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-369.237/97.OPROC. Nº TST-RR-385.779/97. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 08/05/2002, 1ª Turma).

Por fim, cumpre observar que em muitas estatais os procedimentos disciplinares são conduzidos por uma comissão de empregados, usualmente dois ou três, sendo que a coordenação das investigações, ou seja, a presidência da comissão recai sobre um de seus membros.

O número de integrantes da comissão, ou mesmo o fato de o procedimento disciplinar ser conduzido por um único empregado, é matéria que deve estar disciplinada no regulamento interno da estatal. Nesse caso, é conveniente que constem do ato que dá início ao procedimento disciplinar dados suficientes para identificar os empregados que o conduzirão (nome e matrícula, p. ex.).

Observe-se que, não havendo exigência expressa nos regulamentos internos da estatal, não há necessidade de que os empregados responsáveis pelo procedimento disciplinar tenham nível de escolaridade, experiência profissional ou função igual ou superior à dos investigados.

No entanto, tal medida garante maior imparcialidade e experiência nas investigações, conforme já entendeu o legislador ao tratar do regime disciplinar do servidor público federal.

A título de ilustração, destaca-se que o art. 149 da Lei nº 8.112/1990 estabelece que o presidente da comissão responsável pelo processo disciplinar envolvendo servidor público deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter escolaridade igual ou superior ao do investigado, de modo que é importante também que os empregados que conduzirão o procedimento no âmbito das empresas estatais tenham condições pessoais e profissionais de se desincumbir adequadamente do encargo.

Nesse sentido, no momento da designação dos membros da comissão, é importante verificar se o nível de escolaridade, experiência e cargo dentro da empresa são compatíveis com os dos supostos envolvidos, de modo que é recomendável que esses requisitos constem dos regulamentos internos das empresas.

Condição essencial para compor comissões disciplinares, entretanto, é que o empregado não incorra em nenhuma das causas de suspeição ou impedimento para participar do procedimento disciplinar.

A disciplina das causas de suspeição ou impedimento também é reservada aos regulamentos internos da estatal, porém algumas dessas hipóteses podem ser extraídas, por analogia, da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito do Poder Executivo Federal.

No mencionado diploma legal, constam dos arts. 18 e 20 as hipóteses de impedimento e suspeição, os quais podem constituir parâmetro naquelas estatais que não possuam previsão específica em seus regulamentos internos:

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

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

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

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

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Veja-se que a suspeição ou impedimento para atuar em procedimento disciplinar pode ocorrer em relação a qualquer dos funcionários ou dirigentes que atuam na investigação, ou seja, em relação àquele que instaura e conduz o procedimento, atua como perito ou testemunha, profere parecer técnico ou jurídico e bem assim àquele responsável pelo julgamento.

Verificando-se uma hipótese de impedimento, seja por meio de alegação dos processados, do suspeito ou impedido ou de ofício pela Administração, o funcionário que incorrer na hipótese deve se abster de praticar o ato, promovendo-se sua substituição imediata conforme o caso (designação de novo membro para a comissão, encaminhamento do processo para substituto eventual, etc.), sempre se atentando para as prescrições previstas nos regulamentos internos das estatais.

Ressalta-se, por fim, que ***inexistindo norma interna em contrário, é possível que a condução do processo seja feita pela própria unidade correcional***, que atuará como uma comissão, devendo o seu titular indicar um ou mais empregados para realização de cada ato, de forma a otimizar a instrução e a busca da verdade real, conforme consignado na Nota Técnica nº 109/2020/CGUNE/CRG.

9.2.1. Atos iniciais

Publicado o instrumento de designação da comissão responsável pela condução do apuratório, os empregados que o compõem deverão se reunir a fim de dar início aos trabalhos.

Conforme vem sendo frisado ao longo deste manual, a comissão designada está adstrita somente à prática dos atos previstos no regulamento interno da estatal a que se vinculam. Todavia, são apresentados aqui os atos iniciais mais comuns verificados na condução de procedimentos disciplinares, cuja adoção confere maior segurança e compreensão posterior, por parte da autoridade julgadora, dos atos praticados pela comissão.

Na primeira reunião do colegiado deve ser produzida uma “ata de instalação dos trabalhos”, que configurará marco inicial das atividades do processo disciplinar. Nesse primeiro momento, é salutar que todos os empregados designados já tenham tido acesso prévio aos autos com o fim de tomarem conhecimento da matéria sobre a qual irão se debruçar, bem como iniciar o levantamento dos atos que deverão praticar. Desse modo, a “ata de instalação dos trabalhos” já poderá trazer aspectos referentes a uma sequência de atos que a comissão pretende praticar, tais como informações a serem solicitadas e testemunhas que serão ouvidas. Ademais, é salutar que na mesma ata já se delibere pela comunicação à autoridade instauradora quanto ao início das atividades, localização e horário de trabalho da comissão.

Ainda quando da instalação dos trabalhos, a comissão poderá entender útil a designação de secretário para ser responsável pela prática dos atos instrucionais, tais como a juntada de documentos, elaboração de atas etc. A designação para tal atividade poderá recair sobre um dos membros da comissão ou mesmo de empregado estranho ao apuratório. Nesse caso, o secretário que não possui a condição de membro, naturalmente, não poderá emitir opinião acerca das deliberações, uma vez que exercerá apenas as atividades de auxiliar administrativo da comissão. Adotando-se tal hipótese, é de bom alvitre que o secretário assine termo de confidencialidade sobre o conteúdo do processo que virá a ter conhecimento, tendo em vista seu caráter reservado.

Seja no caso de designação de uma comissão, bem como quando o processo é conduzido pela unidade correcional, importante que se proceda à calendarização, a partir das provas que necessitam ser colhidas diante do caso concreto.

9.2.2. Comunicação dos atos processuais

A comunicação dos atos processuais surge diante da necessidade de cientificar as partes sobre os atos a serem praticados.

São três as formas mais comumente empregadas pelas comissões disciplinares para dar conhecimento da marcha processual aos envolvidos: notificação prévia, intimação e citação.

9.2.2.1. Notificação Prévia

É a comunicação processual pela qual o acusado é informado da propositura de um processo contra a sua pessoa, consistindo em instrumento hábil para possibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa desde o início dos trabalhos da comissão.

Nos processos que utilizem o rito da Lei nº 9.784/1999, tal comunicação não é utilizada, uma vez que o acusado apenas será citado para apresentar sua defesa após a instrução probatória.

Havendo previsão em normativo interno para a notificação do acusado desde o início do processo, o ato é expedido pelo presidente da comissão processante, sendo o acusado chamado ao processo e poderá se utilizar dos atos de defesa que desejar.

No tocante à notificação do empregado investigado para acompanhar o processo desde seu início, reside uma das maiores diferenças do processo disciplinar aplicável ao empregado público das empresas estatais, em relação àquele cabível aos servidores públicos. No processo disciplinar previsto pela Lei nº 8.112/1990, o servidor acusado deverá ser notificado desde a instauração do procedimento, sob pena de sua nulidade.

No que diz respeito aos empregados públicos, de se ressaltar que, da análise de um grande número de regulamentos internos, em quase sua totalidade, as empresas estatais adotam espécie de procedimento disciplinar dividido em duas fases bem distintas: a primeira, de aspecto inquisitorial, na qual são produzidas as provas necessárias para a convicção da comissão responsável; e a segunda, em regra formalizada por meio de espécie de instrumento no qual restará firmada a conclusão preliminar da comissão acerca da materialidade e autoria do fato sob apuração, ou seja, se ocorreu a irregularidade e quais os empregados envolvidos. Apenas na segunda fase do processo seria estabelecido o contraditório, pois apenas nesse segundo momento, a comissão teria condições de formalizar peça de acusação em desfavor dos envolvidos, facultando-lhes solicitar a produção de novas provas ou mesmo contestar aquelas levantadas previamente.

Abaixo, decisão judicial do TRT da 21ª Região, confirmada pelo TST (RR 1368/2007-008-21-40.0, Data de Julgamento: 15/10/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 13/11/2008), admitindo a adoção de tal medida.

De plano, tem-se que, conforme observou o Juízo de origem, os princípios do contraditório e da ampla defesa, durante a tramitação do processo administrativo, foram devidamente assegurados.

A par disso, tem-se que a reclamada instaurou procedimento de apuração sumária em cumprimento às normas internas da empresa (RH 082 02 e AE 079 007), após tomar conhecimento de irregularidades apresentadas em operações de concessão de empréstimos bancários a várias pessoas, dentre os beneficiários, o reclamante, sua esposa, que também era empregada da CEF, e seu filho.

Inicialmente, houve a coleta unilateral de provas, conforme estabelece o item 3.2.3.5.1 do regulamento citado, momento em que o reclamante prestou esclarecimentos (fls. 65/66). Posteriormente, foi elaborado relatório conclusivo pela comissão às fls. 80/114 e 117/121 (item 3.2.3.5.1.7) e encaminhado à Unidade Jurídica para manifestação de advogado às fls. 122/124 (item 3.2.3.5.1.18).

Adiante, os autos foram enviados à autoridade competente para instauração do processo administrativo abrindo-se prazo de defesa aos envolvidos (item 3.2.5.1), havendo o reclamante apresentado às fls. 144/167 e 178/187. Foi proferida decisão pelo Conselho Disciplinar Regional de Recife, Resolução nº. 011/2006, determinando a rescisão por justa causa do reclamante, oportunidade em que o reclamante apresentou sustentação oral (fls. 246/247).

Verifica-se da norma em apreço, que a apuração sumária tem por finalidade a apuração pela autoridade competente dos fatos irregulares. Portanto tem natureza inquisitória, com o fito exclusivamente de reunir subsídios para formalização do processo administrativo e, a partir daí, abrir oportunidade de defesa, como ocorreu no caso dos autos. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sinaliza neste mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. NULIDADE DA APURAÇÃO SUMÁRIA. I - A apuração sumária ou sindicância do Processo Administrativo é equiparada ao inquérito policial, no qual não há acusação propriamente dita, o que afasta a observância stricto sensu da ampla defesa e do contraditório, que nesse primeiro momento são diferidos ou postergados para o início do processo. Não se divisa a alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (TST, 4ª T., RR 1695/2003-003-16-00.0, Rel. Ministro Barros Levenhagen, pub. DJ 09.06.2006).

Ultrapassada a fase inquisitória em que, de fato, não é permitido o contraditório, e iniciado o processo administrativo, foi garantida ao reclamante a ampla oportunidade de defesa.

Portanto, não se vislumbra a ocorrência de irregularidades apontadas pelo autor no processo administrativo que resultou em sua dispensa por justa causa. (TRT 21 – RO- 01368-2007-008-21-00-6. Data de Julgamento: 20/5/2008, Relatora: Desembargadora Federal Joseane Dantas dos Santos, 1ª Turma, Data de Divulgação: DJE/RN 29/5/2008).

Ante o exposto, não configurará nulidade do processo a ausência de notificação prévia, desde que seja assegurada ao empregado a oportunidade de produzir e contestar provas quando da formulação da peça de sua acusação (indiciamento), conforme melhor será abordado em ponto específico.

9.2.2.2. Intimação

A intimação consiste na comunicação de atos processuais que tenham sido praticados ou a serem praticados no curso do processo. Portanto, comunicam-se atos ao acusado, às testemunhas, aos informantes, ao defensor, ao perito etc.⁵⁰

9.2.2.3. Citação

Esta comunicação processual, na esfera administrativa, consiste no chamamento para apresentação de defesa escrita, ocorrendo, assim, após o indiciamento.

Os atos de comunicação são, em regra, assinados pelo presidente da comissão disciplinar e aqueles para cumprimento por meio pessoal são extraídos em duas vias, para que uma delas seja entregue ao destinatário e a outra juntada ao processo como comprovante de entrega.

Vale consignar que a IN CGU nº 14/2018, nos parágrafos 5º, 6º, 8º e 9º, do art. 33, positivou os entendimentos até então adotados acerca dos atos de comunicação processual, tais como a possibilidade da citação por hora certa, o procedimento quando houver recusa no recebimento, a comunicação por edital, etc.

Ressalta-se, ainda, a publicação da IN CGU nº 9/2020, que regulamenta a utilização de recursos tecnológicos, a exemplo do correio eletrônico e aplicativos de mensagens instantâneas.

Ressalta-se que a comunicação processual deve ser encaminhada para o e-mail e para o telefone móvel pessoal, funcional ou particular do servidor e a confirmação de leitura deve ser juntada aos autos, ou, alternativamente, ser juntado termo no qual constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual a comunicação foi enviada, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação da leitura pelo destinatário.

A confirmação de leitura da comunicação enviada poderá ocorrer com a manifestação expressa do destinatário; com a confirmação automática de leitura; com o sinal gráfico característico do aplicativo; com o encaminhamento para o e-mail ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado (ciência ficta); ou com o atendimento da finalidade da comunicação.

Com a confirmação da leitura, terá início no dia útil seguinte a contagem de prazo processual, quando for o caso.

Caso a leitura da comunicação não seja confirmada, o procedimento de envio deve ser cancelado e repetido, por qualquer meio.

9.3. Instrução

A fase de instrução do processo disciplinar corresponde àquela etapa na qual o colegiado busca produzir todas as provas que, ao fim do processo, possibilitarão a formação de sua convicção acerca dos fatos sob apuração.

Caso o empregado tenha sido comunicado inicialmente da instauração de processo em seu desfavor, toda produção de provas deverá ser objeto de notificação específica. Exemplifica-se: estando já na condição de acusado no processo e a comissão deliberar pela realização de depoimento de testemunha, deverá ser dada ciência prévia de tal ato, a fim de que o empregado possa acompanhar a oitiva; do mesmo modo, a eventual produção de prova pericial também deverá ser objeto de notícia antecipada ao acusado para que, caso tenha interesse, possa participar do ato específico.

Contrário senso, caso inexistir ainda no processo empregado formalmente notificado para acompanhar o procedimento na condição de acusado, não há obrigatoriedade de notificar previamente os empregados envolvidos (até porque, frisa-se, nesse momento ainda não foram formalmente determinados os acusados) da produção de provas. Conforme já antecipado, aos empregados que vierem a ser objeto de acusação por meio de instrumento específico, deverá ser assegurado o direito de produzir suas provas e contraditar as da comissão, apenas após sua citação formal.

Superado tal aspecto preliminar, passa-se a abordar, de forma exemplificativa, as principais formas de provas admitidas em lei.

9.3.1. Produção de provas

O estudo da prova ocupa posição de destaque no Direito Administrativo Disciplinar. Sem a pretensão de abordar com profundidade a Teoria Geral da Prova, serão expostos alguns aspectos essenciais para a compreensão da importância da prova no processo administrativo sancionador.

Nesse sentido, interessa não perder de vista que os atos e fatos que tenham alguma repercussão jurídica geralmente devem ser provados no processo, isto é, não basta que sejam simplesmente alegados ou mencionados. Tampouco é suficiente que sejam conhecidos, se não forem trazidos aos autos.

A prova visa à reconstrução dos atos e fatos que estejam compreendidos no objeto do processo. Busca-se, com ela, determinar a verdade, estabelecendo, na medida do possível, o que aconteceu e como aconteceu, em determinado tempo e lugar, fundamentando a convicção dos destinatários da prova.

Sem prejuízo dos comentários específicos que se seguirão, importa mencionar os comandos trazidos na IN CGU nº 14/2018, acerca dos meios de prova, conforme se lê:

Art. 12. Nos procedimentos correccionais regulamentados nesta Instrução Normativa poderão ser utilizados quaisquer dos meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.

Art. 13. Para a elucidação dos fatos, poderá ser acessado e monitorado, independentemente de notificação de investigado ou acusado, o conteúdo dos instrumentos de uso funcional de servidor ou empregado público, tais como, computador, dados de sistemas, correio eletrônico, agenda de compromissos, mobiliário e registro de ligações.

Art. 14. Sempre que as circunstâncias assim o exigirem, poderá ser solicitado, com fundamento no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o acesso às informações fiscais de investigado, acusado ou indiciado, ficando o órgão solicitante obrigado a preservar o sigilo fiscal das informações recebidas.

Parágrafo único. As solicitações de informações fiscais direcionadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos de administração tributária serão expedidas pela autoridade instauradora ou aquela que tenha competência nos termos de regulamentação interna, devendo estar acompanhadas dos elementos comprobatórios para o atendimento do previsto no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 1966.

Enquanto no processo judicial as provas dirigem-se à formação do convencimento do juiz, no processo administrativo sancionador o papel de destinatário das provas recai, no primeiro momento, sobre a comissão apuradora e, em seguida, sobre a autoridade julgadora.

9.3.1.1. Valoração Probatória

A relação de congruência entre o arcabouço probatório reunido nos autos e as conclusões da comissão e da autoridade julgadora norteará a atuação dos agentes que eventualmente vierem a exercer o controle dos resultados dos trabalhos, notadamente os órgãos específicos dentro da estrutura correccional do Poder Executivo Federal e ainda o Poder Judiciário.

Deve, pois, haver nexo causal entre as provas entranhadas nos autos (causa) e as conclusões que sustentarem o desfecho processual (efeito). Enfatize-se que é sob esse prisma que será examinada a correção do procedimento e a eventual necessidade de desfazimento ou reforma dos atos processuais conclusivos.

Diz-se que os destinatários das provas são livres para sua apreciação, que é a atribuição de valor aos elementos de convicção carreados aos autos. Compreenda-se que, no entanto, não basta a sua íntima persuasão: é preciso que o resultado do seu convencimento seja racionalmente demonstrado, com fundamentos claros e lógicos. Daí a denominação de livre convicção motivada, lembrando-se, a propósito, que a exigência de motivação é a regra para os atos decisórios administrativos e judiciais.

Desse modo, salvo algumas exceções (notadamente quando a causa não envolver matéria fática, mas apenas jurídica), o conjunto probatório municiará a argumentação das partes e determinará o resultado do processo.

A necessidade de congruência entre o conjunto probatório e o resultado da apuração deve ser harmonizada com a livre convicção motivada, da qual já se tratou. Desta forma, muito embora a eventual incongruência possa ensejar a reforma ou a nulidade dos atos processuais, não se concebe que a indepen-

dência da comissão quanto às provas e sua valoração possa sofrer interferência, notadamente da autoridade instauradora.

Esta poderá, por exemplo, designar outra comissão, se entender que o colegiado originário não apresenta justificativa plausível para o pedido de prorrogação/recondução. Mas não poderá determinar que produza esta ou aquela prova, ou, ainda, que defira ou indefira determinado pedido apresentado pelo acusado, ou mesmo que se atenha a uma ou outra conclusão sobre a matéria apurada.

Além da independência da comissão, vê-se que também lhe deve ser assegurada a imparcialidade. Para mais acurada compreensão desse atributo, é preciso lembrar que o processo jurídico, em sentido estrito, caracteriza-se pela existência de partes em litígio, por conflito de interesses.

No processo disciplinar, as partes são a Administração Pública e os seus agentes envolvidos, em tese, nas irregularidades apuradas. Como a mesma Administração Pública participante do processo é a responsável pela sua condução, é claro que esta haverá de ser isenta, imparcial, sob pena de inexistir, na verdade, um processo que garanta o contraditório e a ampla defesa ao acusado.

Nessa esteira, pode-se concluir que a independência e a imparcialidade da comissão são, em essência, garantias voltadas ao acusado de que a condução dos trabalhos não lhe seja desfavorável.

9.3.1.2. Objeto e Indeferimento

Em razão da exposta relevância que as provas ostentam no processo administrativo sancionador, o indeferimento de sua produção ou juntada aos autos poderá comprometer a validade jurídica dos esforços apuratórios, caso afrontados os princípios garantidores da ampla defesa e do contraditório. Afinal, é justamente em torno das provas que, em grande medida, orbitam as garantias veiculadas por esses princípios.

Por outro lado, é preciso ter em mente que as provas se referem a atos e fatos jurídicos que sejam, cumulativamente, pertinentes, relevantes e controvertidos.

Não preenchidos esses requisitos, a produção de provas deverá ser indeferida por ato motivado do presidente da comissão, após deliberação devidamente registrada em ata, conforme preceitua o art. 38, § 2º da Lei nº 9784/1999: ***“Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.”***

Não precisam ser objeto de prova as matérias notórias e aquelas sobre as quais incida presunção legal: as primeiras porquê de conhecimento da generalidade das pessoas, as outras por expressa vontade legislativa.

As disposições que comportam presunção legal podem ser classificadas em duas espécies: as relativas (juris tantum), que admitem prova em contrário, e as absolutas (jure et de iure), contra as quais não prospera prova adversa.

9.3.1.3. Ônus Probatório

O ônus probatório, que corresponde à distribuição da responsabilidade pela produção de provas entre as partes, varia de acordo com o ramo jurídico de que se trate e os princípios que o presidam.

No processo administrativo sancionador, o ônus probatório diverge, em certa medida, da lógica jurídica segundo a qual essa produção cabe à parte que alega.

Isso porque, na sistemática administrativo-disciplinar, como já abordado, há prevalência do princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade) do acusado. Logo, recai sobre a comissão o encargo de provar a responsabilidade do agente público acusado, tal como ocorre em matéria penal. Registre-se,

contudo, que, como a Administração Pública busca a verdade real dos acontecimentos, deve diligenciar para obter quaisquer provas que auxiliem no devido esclarecimento dos fatos, ainda que tais provas tenham como escopo afastar a materialidade ou autoria do ilícito disciplinar.

9.3.1.4. Cuidados Práticos

Nos termos da Lei nº 9.784/1999, deve-se adotar “formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados” (Lei nº 9.784/1999, art. 2º, parágrafo único, inciso IX).

Esse critério é reforçado no art. 22 do mesmo diploma legal, ao estipular que “os atos do processo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir”. Logo, vige o informalismo moderado, conforme se expôs no tópico próprio, onde a ausência de formas determinadas é a regra; o contrário, é exceção.

Resta, então, examinar as formalidades que, todavia, devem ser observadas pela comissão processante, porque contempladas em lei (em sentido amplo).

A própria Lei nº 9.784/1999, art. 22, § 1º, estabelece que os atos processuais deverão ser produzidos por escrito, em língua portuguesa e com informação de data e local de sua realização, e com assinatura da “autoridade responsável”, isto é, de todos os integrantes da comissão processante.

O parágrafo seguinte desse dispositivo – ao dispensar o reconhecimento de firma, salvo nas hipóteses de imposição legal ou de dúvida – guarda semelhança com o art. 9º do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, muito embora este último se aplique desde que o documento seja assinado perante o servidor público a quem deva ser apresentado.

Note-se que a Lei nº 9.784/1999 apenas menciona que os atos processuais deverão observar a forma escrita e redação em língua portuguesa, sem fazer referência às provas, sobretudo documentais, que estejam em outro idioma.

Cumpra observar, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, segundo o qual a tradução somente será realizada quando necessária (art. 162).

Art. 162. O juiz nomeará intérprete ou tradutor quando necessário para:

I - traduzir documento redigido em língua estrangeira;

II - verter para o português as declarações das partes e das testemunhas que não conhecerem o idioma nacional;

III - realizar a interpretação simultânea dos depoimentos das partes e testemunhas com deficiência auditiva que se comuniquem por meio da Língua Brasileira de Sinais, ou equivalente, quando assim for solicitado.

Finalmente, e em que pese a revogação da Portaria MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, pela Portaria SEGES/MP nº 80, de 15 de abril de 2016, podem ser mencionadas as seguintes boas práticas de organização processual então previstas naquele normativo:

- a) Impedimento de juntada aos autos de mensagens e documentos transmitidos via fax, em vista da qualidade precária do material (recomendando-se a cópia do documento em papel de maior durabilidade);
- b) Numeração das folhas em ordem crescente, sem rasuras, com aposição de carimbo próprio para colocação do número, no canto superior direito da página;
- c) Correção de numeração de qualquer folha dos autos registrada mediante inutilização da anterior;

com aposição de um “X” sobre o carimbo incorreto e renumeração das folhas seguintes, sem rasuras e com certificação da ocorrência; e

- d) Volumes dos autos com até 200 folhas cada, observada a distância, na margem esquerda, de cerca de 2 cm para fixação dos colchetes.

9.3.1.5. Meios de Prova

Registre-se, quanto aos meios de provas, o previsto nos artigos 12 a 14 da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018.

CAPÍTULO II

DOS MEIOS DE PROVA

Art. 12. Nos procedimentos correccionais regulamentados nesta Instrução Normativa poderão ser utilizados quaisquer dos meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.

Art. 13. Para a elucidação dos fatos, poderá ser acessado e monitorado, independentemente de notificação de investigado ou acusado, o conteúdo dos instrumentos de uso funcional de servidor ou empregado público, tais como, computador, dados de sistemas, correio eletrônico, agenda de compromissos, mobiliário e registro de ligações.

Art. 14. Sempre que as circunstâncias assim o exigirem, poderá ser solicitado, com fundamento no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o acesso às informações fiscais de investigado, acusado ou indiciado, ficando o órgão solicitante obrigado a preservar o sigilo fiscal das informações recebidas.

Parágrafo único. As solicitações de informações fiscais direcionadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos de administração tributária serão expedidas pela autoridade instauradora ou aquela que tenha competência nos termos de regulamentação interna, devendo estar acompanhadas dos elementos comprobatórios para o atendimento do previsto no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 1966.

9.3.1.5.1. Prova documental

A prova documental é muito utilizada nos processos disciplinares, devido à própria natureza dos atos praticados na Administração Pública. Normalmente os atos administrativos se materializam como documentos que vão compor um processo administrativo (não necessariamente disciplinar) e que, no futuro, caso haja indícios de ocorrência de uma irregularidade, podem ser juntados aos autos dos processos disciplinares.

São provas documentais: as cópias de processos e os processos originais anexados, os escritos, os e-mails, os impressos, as anotações, as certidões, as cópias de jornais e periódicos, as notícias veiculadas na web (e impressas), as folhas de frequência, as fotografias, as microfilmagens, os extratos de bancos de dados, as cartas, os livros comerciais, entre outros inúmeros exemplos.

Via de regra, a prova documental não foi produzida PARA o processo; ela já existia (em algum outro processo; em arquivos de jornais, por exemplo) e apenas foi trazida para o processo disciplinar, na sua forma original ou por cópia. É o que se convencionou denominar “prova pré-constituída”. As exceções são os documentos que são constituídos dentro do próprio processo punitivo, como a notificação, por exemplo.

Para os processos disciplinares, a cópia e o original são equivalentes, em termos de valor no exame do conjunto probatório, a não ser nos casos em que a dúvida é exatamente sobre ser ou não autêntico o documento. Assim, não é obrigatória a juntada dos documentos originais aos autos. Ao contrário, o mais comum tem sido a juntada de cópias.

Dessa forma, as cópias têm o mesmo valor do original, havendo uma presunção de veracidade, sendo desnecessária a autenticação das mesmas. Todavia, deve-se ter cuidado na extração das cópias (tirando frente e verso, de forma legível) para que sobre elas não pare dúvida sobre a autenticidade.

A comissão e a defesa podem juntar documentos a qualquer tempo. Eventual estabelecimento de prazo será meramente indicativo. A defesa pode solicitar a juntada de documentos mesmo depois do referido prazo.

Caso ocorra a produção de qualquer prova após o interrogatório do acusado, deve-se avaliar se será necessário refazê-lo, uma vez que o interrogatório deve ser o último ato da instrução probatória, em regra.

Se o novo documento contiver elementos que auxiliem na comprovação da responsabilidade do acusado, deverá ser oportunizado um novo interrogatório. Quando o documento só trouxer informações que possam afastar a responsabilidade do acusado ou atenuar sua conduta, deverá ser considerado na formação de seu juízo de valor, porém não será necessário um novo interrogatório.

Caso o documento traga elementos em ambos os sentidos, recomenda-se oportunizar um novo interrogatório, visando a privilegiar a ampla defesa e o contraditório.

Se, em qualquer das hipóteses, resolver-se simplesmente refazer o interrogatório após a juntada do documento ou a produção de uma nova prova, não haverá prejuízo.

9.3.1.5.2. Diligências

Para COSTA, a comissão pode se utilizar de todos os meios de prova admitidos pelo direito, havendo, portanto, outros legalmente reconhecidos, tais como reprodução simulada dos fatos, reconhecimento de pessoas ou coisas, etc.⁵¹

Buscando esclarecer os fatos do processo, a comissão pode realizar deslocamentos ao local de sua ocorrência, bem como a outros locais de interesse.

Há quem utilize o termo “diligência” para referir-se aos deslocamentos a esses locais, definidos como as “(...) verificações ou vistorias no local do fato ou em outros locais de interesse para o esclarecimento do ocorrido e que podem ser realizadas pelos próprios integrantes da Comissão, não requerendo a especialidade de um perito (...)”⁵².

Recomenda-se formalizar a realização da referida diligência com a lavratura de ata de deliberação, na qual os membros da Comissão decidem pela realização do deslocamento. Por ocasião da realização da diligência, nova ata deverá ser lavrada e assinada pelos membros, com a descrição fiel daquilo que ocorreu durante o deslocamento.

Ressalta-se que, no caso de o acusado já ter sido notificado no processo, deverá ser intimado, com antecedência mínima de três dias úteis à data de realização do deslocamento⁵³, para que este compareça ao ato, se assim o desejar. Excepcionalmente, tal notificação poderá deixar de ser realizada quando o sigilo for absolutamente necessário para garantir o êxito da empreitada⁵⁴, o que não ofende a garantia do contra-

51 COSTA, 2011, p.226.

52 MADEIRA, 2008, p.109.

53 Lei nº 9.784/1999, Artigo 41 - Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

54 Lei nº 9.784/1999, Artigo 45 - Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

ditório, uma vez que o acusado terá acesso posteriormente àqueles elementos probatórios constantes dos autos do processo.

Caso seja necessário o deslocamento à repartição em que ocorreu o fato, deve-se também comunicar à chefia da referida unidade. Nesse caso, admite-se a realização de diligências na sede da repartição, tais como busca e apreensão de documentos, que deverão ser previamente comunicadas à autoridade instauradora para que esta comunique a autoridade competente da repartição administrativa onde se realizará a diligência, não havendo necessidade de recurso à seara judicial⁵⁵.

9.3.1.5.3. Prova pericial

É recomendável que a autoridade instauradora, ao eleger determinados empregados para constituírem comissão processante ou realizarem os atos instrutórios, busque garantir que pelo menos um deles detenha conhecimento na área de atuação em que estiver contida a matéria objeto de apuração.

Todavia, nem sempre a observância dessa cautela será viável no caso concreto, da mesma forma que, em algumas situações, mesmo que o membro da comissão detenha conhecimento do assunto, poderá ser necessária a colaboração de profissional que seja especialista no assunto. Nesses casos, terão lugar a perícia e a assistência técnica, que constituem meios de prova em que a convicção sobre determinada verdade processual resultará do emprego de conhecimento científico, ou seja, aquele que ultrapassa o senso-comum.

O perito e o assistente técnico são, assim, profissionais (agentes públicos ou não) que detêm habilitação legal em determinado ramo científico que guarda pertinência com a matéria aventada no procedimento correicional. Deste modo, as mais diversas áreas de estudo e pesquisa fornecem importantes subsídios para aproximar as partes e o julgador da elucidação dos fatos.

Tanto o perito quanto o assistente técnico, como interventores do processo administrativo sancionador, submetem-se às hipóteses de impedimento e suspeição.

Considerando as diferenças existentes entre a perícia e a assistência técnica, esses meios de prova serão, a seguir, tratados separadamente, sobretudo porque – na sistemática do Direito Administrativo Disciplinar – essas figuras não deveriam ser tomadas por equivalentes.

Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Salles⁵⁶:

(...) enquanto o perito emite juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes acerca dos quais seja especialista ou detenha específico conhecimento, por meio de laudo que, ao final, consubstancia-se como prova, o assistente técnico apenas provê subsídios à comissão, por meio dos conhecimentos ou informação repassados, para que ela mesma forme seu juízo de valor acerca dos fatos ou dados pré-existentes, não laborando uma prova.

De qualquer forma, a mera confusão terminológica entre perícia e assistência técnica nos autos do processo não tem, por si só, o condão de atrair sobre ele a pecha da nulidade, considerando-se o já mencionado princípio do formalismo moderado.

Uma vez que se entenda preenchido o requisito legal para a produção de prova pericial (necessidade de conhecimento técnico, científico), ela deverá registrar em ata a deliberação. Observe-se que, neste momento, é recomendável que se motive as razões pelas quais será necessário o conhecimento especializado, consignando os quesitos (questionamentos que deverão ser objeto do laudo pericial).

Caso o acusado já tenha sido notificado nos autos, deve-se proceder à sua intimação, para que este tenha prévia ciência da decisão e tenha a faculdade de formular os seus quesitos, como forma de garantir-lhe o contraditório.

55 TEIXEIRA, p. 249.

56 TEIXEIRA, 2014, p. 249.

Será então necessário fazer a escolha do perito ou do órgão ou entidade responsável pela elaboração do laudo pericial (sempre com adequação à área de conhecimento especializado que o caso requeira). Para tanto, deve-se providenciar o encaminhamento dos dados necessários à autoridade instauradora (assunto, área de conhecimento técnico necessário para o caso e, claro, os quesitos da comissão e do acusado).

O laudo pericial é o documento que materializa as conclusões do perito sobre a matéria levada a seu exame e que responde aos quesitos apresentados. Tal documento é, por si mesmo, a prova processual, e, deste modo, deverá ser juntada aos autos.

Após essa providência, o acusado deverá ser intimado para que novamente exercite o contraditório e a ampla defesa, eventualmente se insurgindo no tocante às conclusões estampadas no laudo pericial.

Nessa oportunidade, o acusado (ou seu procurador) também poderá requerer a oitiva do perito, a fim de que preste esclarecimento sobre determinados pontos do laudo ou que complemente algum dos quesitos que foram objeto do seu trabalho.

Por outro lado, não só em razão da requisição a que se aludiu no parágrafo anterior, como também por iniciativa própria, a comissão pode entender necessário buscar junto ao perito esclarecimento ou complementação das conclusões constantes no laudo.

Em princípio, a participação do acusado para a formação da prova pericial cinge-se às manifestações já expostas: I) requerer a produção desse meio de prova, II) formular quesitos, após ser intimado para tal fim, III) contestar elementos do laudo pericial, depois de notificado sobre a sua juntada aos autos e, finalmente, IV) requerer a oitiva do perito, e nessa ocasião inquiri-lo.

Não há previsão legal de que o acusado possa acompanhar, diretamente ou por assistente técnico privado, a realização dos exames que subsidiarão a feitura do laudo pericial (a exceção é a possibilidade de acompanhamento da perícia médica, nos termos do Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, aprovado pela Portaria MPOG nº 19, de 20 de abril de 2017). É facultado, no entanto, valer-se de assistente técnico privado para contestação de elementos do laudo pericial ou então para a inquirição do perito.

Observe-se, a respeito, que a contratação de assistente técnico é apenas mais uma faculdade do acusado, isto é, não há qualquer obrigatoriedade da intervenção desse profissional no feito disciplinar.

Preferencialmente, as perícias ficarão a cargo de entidades ou órgãos públicos, sem prejuízo de que recaiam sobre particulares, quando for o caso de não haver condições de realização no setor público.

No caso de perícias conduzidas por particulares, o ônus econômico será assumido pela Administração Pública, à semelhança do que ocorre em relação à generalidade das despesas processuais. Já o assistente técnico privado é profissional contratado diretamente pelo acusado e será por ele custeado.

A designação do assistente técnico, do perito, órgão ou entidade responsável pela perícia poderá ser formalizada por termo do presidente da comissão.

Por fim, cabe ressaltar que, caso se repute descabida a requisição do acusado, o presidente deverá indeferi-la, motivando a decisão, conforme os critérios constantes no § 1º do art. 464 do Código de Processo Civil

9.3.1.5.4. Prova Testemunhal

Conceitua-se testemunha como aquela pessoa, distinta das partes do processo, que é chamada a juízo para dizer o que sabe sobre o fato objeto do processo⁵⁷.

57 BRAGA, 2008, p. 187.

Costuma-se classificar as testemunhas nas seguintes categorias: a) testemunha presencial: aquela que presenciou o fato; b) testemunha de referência: aquela que soube do fato a partir do relato de terceira pessoa; c) testemunha referida: aquela cuja existência foi apurada a partir de outro depoimento; d) testemunha judiciária: aquela que relata em juízo o conhecimento do fato; e, por último, e) testemunha instrumental: aquela que presenciou a assinatura do instrumento de ato jurídico e o firmou⁵⁸.

Importa destacar que, no processo administrativo sancionador, vigora o princípio da verdade material, o que significa que tanto a comissão disciplinar quanto o acusado podem arrolar testemunhas consideradas indispensáveis para o esclarecimento dos fatos ventilados no processo.

De praxe, quando se notifica o acusado para dar-lhe ciência da instauração de um processo disciplinar em seu desfavor, deve também alertá-lo que lhe é assegurado o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas.

O requerimento para produção de prova testemunhal será submetido à apreciação do colegiado, que poderá motivadamente indeferi-lo, quando se tratar de pedido impertinente, meramente protelatório ou de nenhum interesse para esclarecer os fatos, nos termos do § 2º do art. 38 da Lei nº 9.784/1999.

Poderá ainda haver a limitação no número de testemunhas a serem ouvidas, com fundamento no Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo sancionador (art. 15 do CPC).

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. (...)

Art. 357. [...]

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

Por fim, deve-se esclarecer que, no processo administrativo sancionador, não existe a distinção entre testemunhas da defesa e da acusação, tal como ocorre no processo civil e no processo penal. Todas são consideradas testemunhas do processo, de igual importância para o esclarecimento dos fatos investigados e na busca pela verdade real, princípio que move a máquina pública na sua seara correccional.

Capacidade para testemunhar

A Lei nº 9.784/1999 não traz regras específicas sobre a capacidade de testemunhar, razão pela qual se recorre às regras previstas pelo Código Civil e Código de Processo Civil.

De acordo com o artigo 228 do Código Civil de 2002, não podem ser admitidas como testemunhas: os menores de dezesseis anos; o interessado no litígio, o amigo íntimo ou inimigo capital das partes; e os cônjuges, ascendentes, descendentes e colaterais, até terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade.

O Código de Processo Civil, no artigo 447, por sua vez, traz a seguinte disciplina:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º. São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

⁵⁸ BRAGA, 2008, p.187.

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Aqui é necessário fazer uma ressalva. O Código Civil, no mesmo art. 228, incisos II e III, trazia a incapacidade dos que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil e dos cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quisesse provar dependesse dos sentidos que lhes faltam, comandos reproduzidos no art. 447, II e IV do Código de Processo Civil. Ocorre que aquelas disposições do Código Civil foram expressamente revogadas pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que estabeleceu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo sido acrescido, ainda, o § 2º ao art. 228, segundo o qual “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

Por fim, deve-se destacar que tanto o art. 228, § 1º do Código Civil, quanto o art. 447, § 4º, do Código de Processo Civil, admitem o depoimento de incapazes, especialmente sobre fatos que só estas pessoas conhecem, ressalvando-se a necessidade de que, como em qualquer outra prova, se valere adequadamente o quanto coletado.

Dever de depor

Verificada a capacidade para testemunhar, passa-se à análise daquelas hipóteses em que, embora tenha capacidade, a testemunha não possui obrigação de depor ou ainda quando ela é proibida de fazê-lo.

A Lei nº 9.784/1999⁵⁹ estabelece nos artigos 18 e 20 as hipóteses de impedimento e de suspeição que se aplicam aos servidores e autoridades que atuam no processo administrativo.

O artigo 18 do referido diploma estabelece que há impedimento para atuar em determinado processo quando: o sujeito possui interesse direto ou indireto na matéria; já tenha participado do processo na qualidade de perito, representante ou no caso de participação de seu cônjuge ou parente até terceiro grau, e; estiver litigando administrativa ou judicialmente com o interessado no processo ou com seu cônjuge/companheiro⁶⁰.

Por sua vez, o artigo 20 da referida Lei dispõe que há suspeição quando o indivíduo possua relação de amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados no processo, ou com seus respectivos cônjuges/companheiros e seus parentes até o terceiro grau⁶¹.

No Código de Processo Civil, cujas normas serão aplicadas supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (art. 15), são as seguintes as hipóteses de incapacidade, impedimento, suspeição e não obrigação de depor:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

59 Art. 69 - Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

60 Lei nº 9.784/1999, Art. 18 - É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

61 Art. 20 - Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º. São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º. São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Assim, a pessoa incapaz, impedida ou suspeita não pode ser testemunha, entretanto, com base nos §§ 4º e 5º do artigo 447 do Código de Processo Civil permite-se à admissão excepcional do depoimento, por exemplo, quando é a única pessoa a ter presenciado o fato em apuração. O depoimento do incapaz, impedido ou suspeito será prestado na condição de informante, ou seja, sem a obrigatoriedade de dizer a verdade e não omitir a verdade sob pena de responder por crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), e seu conteúdo será avaliado em cotejo com as demais provas produzidas.

Da mesma forma, nada impede que pessoas relacionadas à parte acusada prestem depoimento se assim o desejarem, mas seus depoimentos devem evidentemente ser analisados à luz de sua vinculação afetiva e familiar com o acusado.

Já no caso das pessoas que guardam sigilo profissional ou funcional, exceto se desobrigadas pelo acusado e desejarem prestar o depoimento, não devem ser constrangidas a revelar segredos ou informações sigilosas.

Importa salientar que de acordo com a nova Lei de Abuso de Autoridade constitui crime constranger a depor pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo ou resguardar sigilo, ameaçando-os de prisão (art. 15, caput, da Lei nº 13.689/2019).

Por depender da ação do agente público a caracterização desse delito e, diante da necessidade de distinguir o agente público que comete mero erro daquele que intencionalmente abusa de suas prerrogativas funcionais, a lei exige, além da comprovação da vontade livre e consciente de constranger a vítima a depor, revelando segredo ou informação sigilosa ameaçando-a de prisão (dolo), a intenção deliberada de

prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, §1º).

A testemunha está obrigada a depor, uma vez convocada para prestar depoimento acerca de fatos do seu conhecimento. Tal dever é extraído do teor do artigo 4º, inciso IV, Lei nº 9.784/1999, que impõe ao administrado o dever de prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Regularidade da intimação da testemunha

A realização do ato de instrução deve ser comunicada a todos os envolvidos, a saber: I – a própria testemunha; II – o chefe imediato da testemunha, no caso de se tratar de servidor ou empregado público ou militar; III – o acusado ou seu procurador, quando já tenha sido notificado para acompanhar o processo.

Assim, o presidente da comissão deverá expedir mandado de intimação para comunicar à testemunha acerca da realização do ato de inquirição, no qual deverão constar, de forma inequívoca, a data, horário, local e respectivo endereço em que o ato será realizado. Quando a testemunha convocada for servidora ou empregada pública, a comunicação à sua chefia imediata poderá ser feita através de ofício, podendo a comunicação ser realizada por via eletrônica.

Deve-se destacar que a intimação do acusado ou de seu procurador, quando houver, deve ser feita por escrito e com a comprovação da ciência por parte do interessado, sem a necessidade de que seja entregue pessoalmente. De fato, nos termos do Enunciado nº 10 da Controladoria-Geral da União e da Instrução Normativa CRG nº 9/2020, basta que sejam preenchidos esses dois requisitos para que seja válida a intimação, o que permite, inclusive, que a intimação ocorra por e-mail ou por aplicativo de mensagem instantânea, desde que conste nos autos o respectivo comprovante de leitura.

Ressalte-se que, na fase acusatória do processo, é uma prerrogativa do acusado acompanhar a realização dos atos de instrução, para que possa exercer o seu direito fundamental ao contraditório.

Nesse sentido, transcreve-se lição doutrinária que comprova a importância da atuação do defensor durante a produção de prova testemunhal:

*Além de formular perguntas à testemunha ao lhe ser franqueada a palavra para isso, durante os depoimentos pode e deve o defensor prontamente intervir sempre que, por erro de interpretação ou por omissão, o presidente do colegiado fizer consignar no termo algo substancialmente diferente do que disse a testemunha, podendo até exigir, caso não cheguem a consenso, que seja consignado *ipsis literis* o que foi falado pelo depoente. Igualmente pode solicitar o registro em ata, [...] de qualquer incidente ocorrido durante a audiência, ou a juntada de documento que julgue de proveito para a defesa.⁶²*

Tal dever de intimação para acompanhamento das oitivas não significa que não se possa realizar o ato sem a presença do acusado e/ou de seu procurador. Pelo contrário, comprovada a regular intimação do acusado ou de seu procurador, o ato poderá ser realizado, não sendo necessária a designação de nova data em seu favor⁶³. Esse entendimento, inclusive, está em consonância com o teor da já mencionada Súmula Vinculante nº 05 do STF, a qual comprova que a presença do advogado não é imprescindível à realização dos atos do processo disciplinar.

Ainda, cumpre lembrar que, mesmo a testemunha que não pertence aos quadros da Administração Pública, tem a obrigação de comparecer, nos termos do artigo 4º, IV da Lei nº 9.784/1999.

62 LESSA, 2000, p. 277.

63 MADEIRA, 2008, p. 108.

Não obstante, caso a testemunha faltosa seja servidora ou empregada pública, sua ausência pode ensejar responsabilização disciplinar pelo descumprimento dos deveres elencados pelo artigo 116 da Lei nº 8.112/1990 ou em normas internas da estatal, respectivamente.

Inquirição

Após a regular intimação das testemunhas, na data, horário e local previamente indicados, a comissão disciplinar deve realizar as oitivas.

Antes do início do depoimento propriamente dito, deve-se adotar as seguintes medidas:

- I – solicitar documento de identificação do depoente, para confirmar sua identidade;
- II – registrar os dados pessoais da testemunha em ata (nome, idade, estado civil, profissão);
- III – indagar acerca da existência de relação de parentesco, amizade íntima ou inimizade notória com o acusado, em vista das disposições da Lei nº 9.784/1999, do Código de Processo Penal e Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, já referidas anteriormente; e
- IV – compromissar a testemunha, alertando-a quanto ao teor do artigo 342 do Código Penal⁶⁴, no sentido de que, ao depor na qualidade de testemunha, está obrigada a dizer a verdade e não omitir a verdade, sob pena de incorrer nas penas do crime de falso testemunho⁶⁵.

A doutrina aponta para a possibilidade de que, antes de prestar o compromisso, a testemunha possa se recusar a depor sobre fatos que possam lhe acarretar grave dano, ou ao seu cônjuge ou parente, bem como sobre fatos que deva guardar sigilo em razão de estado ou profissão⁶⁶, consagrando verdadeiro “direito ao silêncio” acerca de tais matérias⁶⁷. Neste caso, o testemunho será possível, desde que o profissional seja desobrigado do dever de sigilo pela parte interessada e, ainda, deseje dar o seu testemunho.

Por outro lado, de acordo com a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) constitui crime de abuso de autoridade constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo (art. 15, caput). Reputa-se imprescindível para a caracterização do delito a comprovação de ter o agente público agido em manifesta intenção de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, §1º).

Após tais providências iniciais, tem início a tomada de depoimento propriamente dita, com a realização de perguntas relacionadas ao objeto do processo. Normalmente, as perguntas formuladas à testemunha, que as responde verbalmente, para posterior transcrição no termo de depoimento.

Destaque-se que não existe forma pré-determinada de como reduzir a termo as perguntas e respostas feitas durante um depoimento. Pode-se tanto registrar as perguntas e respostas exatamente como foram formuladas, ou registrar somente a resposta, de forma que seja possível deduzir a pergunta que foi feita. Deve-se, contudo, adotar as cautelas necessárias para não ocorrer deturpação do sentido daquilo que foi dito pela mesma⁶⁸.

As testemunhas devem prestar seu depoimento em separado, para evitar que a versão dos fatos apresentados por uma delas possa influenciar as respostas das demais, bem como para impedir o prévio conhecimento das perguntas que serão feitas.

64 Art. 342 – Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

65 MADEIRA, 2008, p. 106.

66 Código de Processo Civil, Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

67 BRAGA, 2008, p. 203.

68 MADEIRA, 2008, p. 107.

Nesse mesmo sentido, a lei proíbe à testemunha trazer seu depoimento por escrito, admitindo-se tão somente que a mesma faça consulta a breves apontamentos, para facilitar a lembrança de detalhes de difícil memorização, a exemplo de nomes, datas, eventos, etc.

Encerradas as perguntas da comissão, na fase acusatória do processo, passa-se a palavra ao acusado ou ao seu procurador para que formulem seus questionamentos, os quais também são feitos pelo presidente. Necessário frisar que deve-se obrigatoriamente registrar em ata que foi oportunizado à defesa reinterrogar a testemunha, como prova de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Antes do encerramento do depoimento, costuma-se perguntar à testemunha se ela gostaria de acrescentar algo àquilo que já foi relatado, o que será registrado na ata.

Tal protagonismo do presidente da comissão também se revela em sua incumbência de exercer o poder de polícia durante a realização da oitiva, de forma a garantir que o trabalho do colegiado se desenvolva regularmente, sem tumulto ou desordem. Para tanto, pode-se utilizar de meios coercitivos quando for necessário, podendo inclusive retirar pessoas do recinto quando sua presença atrapalhar o bom andamento dos trabalhos⁶⁹.

É possível que a parte deseje formular determinada pergunta que não seja admitida pela comissão, por se tratar de pergunta impertinente ou protelatória. Nesse caso, a parte pode requerer que o texto da pergunta indeferida conste da transcrição do termo do depoimento, nos termos do artigo 459, § 3º, Código de Processo Civil⁷⁰. Caso o presidente da comissão indefira tal pedido de inserção, o acusado pode requerer que tal incidente conste também da ata.

Encerrado o depoimento, todos aqueles presentes durante a realização do ato deverão assiná-lo (membros da comissão, testemunha, acusado e procuradores), atestando sua realização naquela data e horário, bem como a veracidade de seu conteúdo.

A doutrina destaca a importância de se prezar pela fiel transcrição de tudo aquilo que foi relatado pela testemunha durante seu depoimento, pois há a possibilidade de que ela se recuse a assinar o depoimento, sob alegação de que o termo não condiz com aquilo que foi declarado. Nesse momento, recomenda-se que realize as alterações solicitadas para não causar indisposição desnecessária com a testemunha, desde que essas não importem em falseamento daquilo que verdadeiramente foi dito.

No caso de a oitiva ser gravada, o registro audiovisual gerado e juntado aos autos dispensa a redução a termo, conforme estabelece o art. 7º da Instrução Normativa n.º 12, de 1º de novembro de 2011, alterada pela Instrução Normativa n.º 5, de 21 de fevereiro de 2020.

Contradita

Embora não prevista expressamente pela Lei nº 9.784/1999, a doutrina recorre ao regramento processual penal para admitir a possibilidade de contradita de testemunha em sede de processo administrativo sancionador, nos termos do artigo 457 do Código de Processo Civil:

Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

Trata-se de incidente em que o acusado ou seu procurador pode contestar a negativa de impedimento ou suspeição feita pela testemunha, no momento em que esta é inquirida pela comissão acerca das

⁶⁹ COSTA, 2011, p. 229.

⁷⁰ Art. 459, § 3º - As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

situações previstas pelos artigos 18 e 20 da Lei nº 9.784/1999 e art. 447 do Código de Processo Civil. Para tanto, devem comprovar a existência de tal causa impeditiva de atuação como testemunha.

Acatada a contradita pelo colegiado, o depoimento será registrado como de mero informante, pois a testemunha não poderá prestar compromisso nos termos do artigo 342 do Código Penal.

Não obstante, caso sejam insuficientes as razões apresentadas, não há obrigatoriedade da aceitação da contradita, devendo constar em ata as razões que justificam tal indeferimento e prosseguir normalmente com a tomada de depoimento.

A comissão irá igualmente qualificar o depoente como informante quando ela própria entender que existe causa de impedimento ou suspeição, independente de contradita levantada pela defesa.

Acareação

Conforme já mencionado, as testemunhas são inquiridas em separado, porém ao se deparar com versões diametralmente opostas sobre um determinado acontecimento, fato este considerado relevante para o deslinde do processo disciplinar, a comissão pode delimitar quais foram os pontos de divergência entre os depoimentos contraditórios e colocá-las frente a frente para dirimir a controvérsia. Nesse sentido discorre a doutrina:

As divergências sobre fatos juridicamente relevantes, decorrentes do confronto dos depoimentos prestados, deverão ser esclarecidas por intermédio de acareação na qual cada um dos depoentes, a seu tempo, oferecerá as explicações sobre os pontos controvertidos, sendo tudo reduzido a termo.⁷¹

A matéria é regulada também pelo artigo 46 I do Código de Processo Civil, que prevê, inclusive, que a acareação pode ser feita não somente entre testemunhas, como também entre acusado e testemunha.

Parte da doutrina processual entende que se trata de medida de pouca valia, pois, via de regra, os acareados mantêm suas declarações anteriores; enquanto outros recomendam aos membros da comissão que prestem especial atenção nas reações fisionômicas dos acareados, para flagrar possíveis inverdades⁷².

Influência do acusado durante a colheita do depoimento

Já se destacou a fundamental importância de a comissão comprovar, no bojo do processo disciplinar (fase acusatória), que regularmente intimou o acusado ou seu procurador para que estes possam exercer, ou não, seu direito de acompanhar a realização das oitivas.

Apesar disso, sabe-se que, na prática, a efetiva presença do acusado durante a tomada de depoimento da testemunha pode causar-lhe embarço, constrangimento e até mesmo receio de relatar tudo aquilo que sabe perante o colegiado responsável pela condução dos trabalhos.

Cabe à comissão minimizar a possibilidade de que tal intimidação venha a ocorrer, devendo preocupar-se com a organização física da sala de oitiva, de forma que a testemunha preste seu depoimento sentada de frente para o trio processante, sem poder vislumbrar o semblante do acusado ou de seu advogado, que deverão estar posicionados atrás na sala⁷³.

Mesmo com tal disposição física da sala, caso a testemunha se recuse a depor em razão da presença do acusado durante a realização da oitiva, a comissão deve, munida de bom senso, verificar se existem indícios de que o acusado esteja atuando de forma concreta para coagir a testemunha. Sendo negativa a resposta, deverá convencer a testemunha a prestar depoimento, sem qualquer receio. No entanto, caso verifique que o acusado efetivamente constrange a testemunha, através de sua atitude, gestos ou insinua-

71 GUIMARÃES, 2006, p. 150.

72 TOURINHO FILHO, 2001, p. 497.

73 MADEIRA, 2008, p. 108.

ções, deve o presidente do colegiado atuar conforme o disposto pelo artigo 217 do Código de Processo Penal⁷⁴, mandando retirá-lo da sala e registrando o incidente no termo de depoimento ou na ata.

Demais formalidades

Em razão da lacuna existente na Lei nº 9.784/1999 a doutrina recorre a outros diplomas legais para suprir as hipóteses não mencionadas pela legislação administrativista.

O Código de Processo Civil se refere no parágrafo único do artigo 449 àquelas pessoas impossibilitadas de comparecer perante a comissão para depor em razão de enfermidade ou outro motivo relevante. Nesses casos, a testemunha poderá ser inquirida no local onde se encontrar.

Oitiva por Carta Precatória

Diante da impossibilidade de deslocamento do colegiado ou do depoente, bem como da realização da oitiva por teleconferência, o colegiado poderá solicitar a designação, pela autoridade competente local, de outra comissão ou de agente público para realizar a oitiva, por meio da carta precatória específica para este fim.

Vale, contudo, atentar para os ensinamentos de José Armando da Costa, o qual recomenda:

*(...) que as comissões não abusem do recurso à carta precatória, já que é discutível a validade plena dos atos processuais realizados fora do processo e por uma só pessoa. Processualmente, há muita diferença entre os atos de um colegiado e os que são realizados por uma só autoridade. Os primeiros são, obviamente, dotados de maior credibilidade jurídico-processual.*⁷⁵

A realização da oitiva por meio de carta precatória deverá ser deliberada em ata, devendo-se definir o que desejará indagar ao depoente, formulando as perguntas. Após, o colegiado deverá notificar o acusado da realização da oitiva por carta precatória, bem como do teor das perguntas, para que o acusado possa, caso entenda necessário, acrescentar outros questionamentos. Os quesitos complementares devem ser apresentados em 5 dias corridos, em observância aos artigos 24 e 41 da Lei 9.784/1999⁷⁶. Aqui se aplica novamente, a possibilidade do indeferimento das perguntas julgadas impertinentes, a teor do § 2º do art. 38 da Lei nº 9.784/1999.

A comissão remeterá as perguntas por carta precatória à autoridade do local da realização do ato, solicitando a designação de servidor/empregado ou comissão para a coleta da oitiva. O depoente deverá ser intimado da realização do ato, especificando-se dia, hora e local.

Ao acusado e ao seu procurador será assegurada a prerrogativa de, caso prefiram, custear o próprio deslocamento, fazendo-se comparecer pessoalmente no local do depoimento.

O servidor/empregado/comissão designada deverá fazer as perguntas oralmente e reduzir a termo as respostas, devendo se limitar ao rol de perguntas previamente elaboradas pela comissão, não lhe sendo permitido elaborar novas perguntas. Após a realização da oitiva, o termo, devidamente assinado pelos presentes ao ato, é enviado à comissão para acostamento nos autos.

Por sua vez, o artigo 454 do referido Código se refere à tomada de depoimento daquelas autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, as quais possuem o direito de ajustar previamente o local,

⁷⁴ Art. 217 - Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

⁷⁵ COSTA, 2011, p. 242.

⁷⁶ Lei nº 9.784/1999 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior; Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização. Parágrafo único: O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

dia e horário em que prestarão depoimento, enquanto estiverem exercendo seus cargos ou enquanto durarem seus mandatos⁷⁷.

9.3.1.6. Restrições à produção de provas

9.3.1.6.1. Provas ilícitas

O ordenamento jurídico abarca, mediante observância aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, a confecção de todos os meios de provas lícitos, bem como os moralmente legítimos, em prol dos interesses a serem defendidos, garantindo, assim, a efetiva participação das partes no processo.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil disciplinam, a partir da garantia constitucional do art. 5º, LV, CF, seguidos pela legislação específica, como é o caso da Lei nº 9.784/1999, que, subsidiariamente, estabelece em seu art. 29 a instrução probatória para o processo administrativo sancionador.

Assim, na apuração das transgressões disciplinares, utiliza-se o acervo dos meios probatórios admitidos em direito, como comprovado a seguir:

*Essa abertura a todos os meios comprobatórios é uma consequência natural e lógica do princípio processual disciplinar que sacramenta o predomínio da verdade substancial sobre a formal. Se o inarredável compromisso da processualística disciplinar é com a veracidade das ocorrências funcionais, não poderá o Direito Processual Disciplinar, de modo apriorístico, rechaçar esse ou aquele meio de comprovação dos fatos.*⁷⁸

A prova tem um objetivo claramente definido no processo: a reconstituição dos fatos investigados. No entanto, a veracidade da pretensão, com a busca da construção da verdade, não contempla a introdução de provas cujos meios de produção não atentem ao limite imposto pela Constituição Federal – os direitos e as garantias fundamentais.

Assim preconiza o art. 5º, LVI, CF, “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Referido preceito constitucional é de tamanha importância para assegurar o cumprimento do devido processo legal na apuração de fatos que a Lei de Abuso de autoridade criminaliza a conduta de agentes públicos que atuam em procedimento de investigação ou fiscalização e nessa condição, com alguma das finalidades específicas dispostas no art. 1º § 1º (prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal), procedem à obtenção de prova por meio manifestamente ilícito. Pratica o mesmo crime incidindo na pena a ele cominada aqueles que fazem uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude (art. 25 da Lei nº 13.869/2019).

Tal regra constitucional se aplica a todos os procedimentos judiciais e administrativos. O mesmo tema está disposto no art. 157 do Código de Processo Penal⁷⁹, bem como no art. 30 da Lei nº 9.784/1999⁸⁰.

A título de exemplo, são provas ilícitas as obtidas por violação de domicílio ou de correspondências, confissões alcançadas com a utilização de torturas e interceptações telefônicas sem observância ao procedimento legal específico. À propósito, também constitui crime de abuso de autoridade realizar, interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (cf. art. 10 da Lei nº 9.296/1996, com a redação dada pelo art. 41 da mencionada Lei nº 13.869/2019). Logo, as comissões

77 BRAGA, 2008, p. 198.

78 COSTA, 2011, p. 96.

79 Código de Processo Penal, Art. 157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

80 Lei nº 9.784/1999, Art. 30 - São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

disciplinares devem se atentar para não obter e utilizar prova sem a devida autorização judicial ou em desacordo com a lei.

Em decorrência, a vedação a tais provas pela Carta Magna tutela não só a qualidade do material probatório a ser valorado nos autos, mas também direitos e garantias individuais, sobretudo o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, previstos no art. 5º, X, bem como direito à inviolabilidade do domicílio, art. 5º, XI, e sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, art. 5º, XII.

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

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Além disso, há normas de direito material ou substancial e de direito processual ou adjetivo. As primeiras estabelecem direitos, obrigações e responsabilidades, a exemplo da Constituição Federal, Código Civil, Código Penal, Lei de Abuso de Autoridade, dentre outras. As segundas referem-se ao direito processual, que preconiza o rito, o procedimento persecutório no processo, como o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil e outros.

Dentro do ordenamento jurídico, as provas que, em princípio, são concebidas apenas com afronta a algum preceito estabelecido por uma norma de direito processual, são denominadas como ilegítimas. Sobre elas, obtidas com inobservância ao procedimento estabelecido pelo rito adequado, recairá uma sanção processual que poderá repercutir na declaração de nulidade absoluta e insanável ou na nulidade relativa e sanável. A valoração dessas provas no processo, mesmo com prejuízo decorrente da falta da formalidade estabelecida para o feito, não acarretará a exclusão destas do processo.

Já as provas produzidas com afronta a alguma norma de direito material terão o ingresso no processo comprometido desde o momento de sua admissão, uma vez que serão ilícitas. O art. 5º, LVI, CF, refere-se a essas provas específicas, produzidas sem observância aos critérios definidores de direitos, obrigações e responsabilidades, como inadmissíveis no processo.

Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, cuja origem se atribui à jurisprudência norte-americana⁸¹, vem como reforço ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Por essa Teoria, entende-se que a prova derivada exclusivamente de prova ilícita também estaria contaminada pela ilicitude, mesmo que o processo de construção da nova prova fosse isento de qualquer mácula – sem afronta às garantias constitucionais. Ocorre aqui a comunicabilidade das provas ilícitas com todas aquelas que dela derivarem, consoante prega o Código de Processo Penal:

Art. 157. (...)

81 STF - 2ª T. HC nº 74.116/SP, DJU de 14.3.1997, e HC nº 76.641/SP, DJU de 5.2.1999

§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação e da instrução criminal, seria capaz e conduzir ao fato.

A contaminação da prova derivada depende, sobretudo, da obtenção da prova a cuja existência somente se teria chegado a partir da prova ilícita, uma vez que, podendo haver outros meios de se chegar a essa prova secundária (provas lícitas), razão não há para aquela ser tida como prova ilícita por derivação.

O entendimento preponderante na doutrina e na jurisprudência pátria é o de que as provas ilícitas e as suas derivadas, não obstante sua inadmissibilidade no processo, não têm o poder de anulá-lo; devem, pois, ser desentranhadas dos autos, permanecendo válidos atos e provas já produzidos sem a mácula da contaminação.

No julgamento abaixo, o STF afastou a nulidade processual, apesar de a prova ilícita ter facilitado as investigações, sem ser, contudo, indispensável ao contexto probatório:

Escuta Telefônica. Indeferido habeas corpus impetrado sob alegação de haver sido o paciente condenado com base em provas ilícitas (informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz, antes da Lei nº 9296/96). A Turma entendeu que essas informações, embora houvessem facilitado a investigação - iniciada, segundo a polícia, a partir de denúncia anônima - não foram indispensáveis quer para o flagrante, quer para a condenação.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.152/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgado em 20/8/1996)

Ainda nesse sentido, o mesmo Tribunal decidiu que:

(...) descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurtem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 75.892/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, publicado em 17/4/1998)

Considera-se que, na prática, a depender do caso concreto, pode haver dificuldades em identificar a derivação de uma prova de outra tida como ilícita. Dessa forma, recomenda-se cautela na análise dessa derivação. Nesses termos, verifica-se a construção doutrinária abaixo:

Com efeito, interpretada em termos absolutos, alguns delitos jamais poderiam ser apurados, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente (por exemplo, escuta telefônica). Pode-se objetar: esse é um problema do Estado, que foi o responsável pela violação de direitos na busca de provas.

Ocorre, todavia, que, prevalecendo esse entendimento, ou seja, no sentido de que todas as provas que forem obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da existência de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado.

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela também dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda a atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da razoabilidade (ou

proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, tem o mesmo destino: a ponderação de bens e/ou o juízo de adequabilidade da norma de direito ao caso concreto).⁸²

Excludente de ilicitude da prova

O ordenamento jurídico forma um sistema intercomunicante, nele convivendo valores dispostos em sentidos distintos de modo que, em alguns casos, um princípio se sobrepõe a outro mais relevante para o caso concreto.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, à medida que declara os direitos e estabelece as garantias, consagra bens primordiais na esfera do indivíduo e da coletividade; essas garantias não podem, no entanto, ser utilizadas como pressuposto para a prática de atividades ilícitas, nem para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.

Dessa forma, a doutrina penalista dispõe acerca do aproveitamento de prova cuja ilicitude foi excluída, em razão de causas de justificação⁸³. Se ocorrer, no caso concreto, situações que justifiquem o afastamento da ilicitude da prova, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito⁸⁴, razão não há para que a produção daquela prova infrangisse normas do direito material. Nesse sentido, o STF decidiu que:

(...) é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 75.3388/RJ, Relator: Ministro Nelson Jobim, julgado em 11/3/1998)

Princípios constitucionais e provas ilícitas

À Administração Pública atribui-se a observância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consagrados no art. 37 da CF, cabendo ao agente público atuar em conformidade com eles. Daí se conclui que, em face da diferença de valores a ser analisada no caso concreto, ponderando-se os princípios constitucionais, o interesse público sobressairá ao privado; não pode, então, o agente público, no exercício de sua função, alegar inviolabilidade da vida pessoal em detrimento da coisa pública.

Dessa forma, fala-se em relativização dos direitos e das garantias individuais e coletivas diante da probidade administrativa. Vejamos o comentário de Alexandre de Moraes, sobre um voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, analisando hipótese de gravação clandestina de conversa de servidor público com particular, “ não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na descrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada”.

Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, que permitam a utilização de seus cargos, funções e empregos públicos como verdadeira cláusula

⁸² OLIVEIRA, 2007, p. 316.

⁸³ Op. cit. p. 321.

⁸⁴ Código Penal, Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III- em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

de irresponsabilidade por seus atos ilícitos, pois, conclui o Ministro Sepúlveda Pertence, inexistente proteção à intimidade na hipótese de “uma corrupção passiva praticada em Administração Pública.

9.3.1.6.2. Provas requeridas com o afastamento das cláusulas da reserva de sigilo

A CF discrimina a proteção às liberdades públicas, como o direito à vida, à intimidade, à privacidade, à honra, à imagem (inciso X, art. 5º), bem como ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados (primeira parte do inciso XII, art. 5º). Entretanto, essas garantias não são absolutas, a exemplo das exceções contidas no próprio texto constitucional, como é o caso do sigilo das comunicações telefônicas (parte final do inciso XII, art. 5º), e da inviolabilidade de domicílio (inciso XI, art. 5º), dentre outras.

Pode-se dizer, com isso, que no sistema constitucional brasileiro não existem direitos absolutos e em situações fáticas poderá haver o confronto entre dois ou mais valores protegidos pela Constituição, cabendo um juízo de proporcionalidade para a solução desse conflito. Como anota o STF no MS nº 23.452:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Nesse contexto, a legislação pertinente possibilita o afastamento das cláusulas de reserva de sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF e Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996), do sigilo fiscal (art. 198 do CTN, modificado pela Lei Complementar nº 104/2001) do sigilo bancário (Lei Complementar nº 105/2001), tendo em vista a necessidade de aparelhar o Estado com informações que auxiliem no combate a ilícitos administrativos e penais, em que deve prevalecer o interesse público.

Em razão de se tratar de garantias constitucionais, o afastamento do sigilo só ocorrerá em situações excepcionais, diante da existência de fundados indícios de grave irregularidade, devendo os dados solicitados serem utilizados de forma restrita, de acordo com a finalidade que justificou o afastamento do sigilo pela autoridade competente. Dessa maneira, cabe aos agentes públicos adotarem os procedimentos previstos na legislação para o afastamento de sigilos legais, bem como para a preservação do sigilo das informações recebidas em relação às pessoas estranhas ao processo.

Recorda-se, por oportuno, a necessidade de atenção ao previsto na Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), art. 41, constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Busca e apreensão

O inciso XI do art. 5º da CF diz que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro ou durante o dia, por determinação judicial.

Logo, se no curso da apuração houver necessidade de ser colhida prova com diligências à casa do empregado, a busca desse material depende de sua autorização. Caso esta não ocorra, ou quando a requisição dessa autorização possa frustrar a coleta da prova (como a destruição da mesma, por exemplo), é necessário obter autorização judicial. Para isso, a comissão poderá solicitar à Advocacia-Geral da União ou à procuradoria do órgão ou entidade que requeira a busca e apreensão junto ao juízo competente.

Observa-se que a busca e apreensão é restrita às provas que instruem o processo em curso, não incluindo aqui as que extrapolam esse objeto e que invadam a intimidade ou vida privada do empregado, em afronta ao inciso IX do art. 5º da CF.

E se (...) houver a notícia de que a coisa buscada se encontra na residência ou domicílio de empregado ou de terceiro, pode a Comissão promover sua busca e apreensão? A resposta é, em princípio, pela negativa. Poderá haver o pedido e se houver o consentimento do morador e a entrega pacífica da coisa, a questão está resolvida. No entanto, em havendo recusa, não tem a Comissão competência para promover esta diligência. Somente a autoridade judiciária é que poderá determinar esta providência. Mas, dependendo da relevância, pode a autoridade administrativa instauradora pedir esta providência ao Juiz competente.⁸⁵

Vale lembrar que, existindo essa prova em outro processo (administrativo ou judicial) a comissão poderá solicitar o compartilhamento dessa prova, a qual será considerada como prova emprestada.

Interceptação telefônica

O inciso XII do art. 5º da CF estabelece a vedação à interceptação de atos de correspondência ou de comunicação telegráfica ou de dados e das comunicações telefônicas, ressalvado para estas últimas a permissão de afastamento do sigilo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Considerou o legislador constitucional a necessidade de, no caso das comunicações telefônicas, a prova ser colhida no momento da conversa entre os dois interlocutores, em prol de interesses mais relevantes do que o próprio direito à intimidade e à privacidade. Assim, previu a prova obtida mediante a interceptação telefônica, na forma e para os fins determinados na lei. Nesse sentido, a Corte Suprema manifestou-se no Recurso Extraordinário nº 219.780:

(...) o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanesçam; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanesçam, ficam no computador, nas correspondências, etc.

A regulamentação da parte final do inciso XII, art. 5º, CF, veio com a edição da Lei nº 9.296/96, que tornou válida a interceptação telefônica para fins de instrução exclusivamente em sede penal, podendo ser determinada de ofício pelo juiz ou requerida por autoridade policial ou pelo Ministério Público Federal e autorizada por ordem judicial (art. 3º), seguido os trâmites estabelecidos naquele diploma legal regulamentador.

Ainda nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.296/96, a prova válida se refere à gravação de conversa telefônica (o ato em que duas pessoas conversam ao telefone) feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores, sob segredo de justiça, com indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão. Ademais, registre-se que se deve demonstrar a impossibilidade de provar o delito por outros meios legalmente permitidos.

Em razão de a decretação de quebra do sigilo telefônico requerer a existência de investigação criminal ou instrução penal em curso, não há que se falar na autorização da violação da garantia à intimidade da comunicação telefônica no processo administrativo sancionador. Diante de tal situação, havendo investigação criminal ou instrução penal com o compartilhamento do teor de conversa telefônica, a sede disciplinar, ao considerar a real necessidade de utilização dessa prova (não existindo outros meios de prova que a substitua), poderá se utilizar desse meio probatório como prova emprestada. Assim salientou o Ministro Cezar Peluso, no MS nº 26.249/DF:

⁸⁵ REIS, 1999, p. 136

(...) não é disparatado sustentar-se que nada impedia nem impede, noutro procedimento de interesse substancial do mesmo Estado, agora na vertente da administração pública, o uso da prova assim produzida em processo criminal.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MC em MS nº 26.249/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso, publicado em 14/3/2007)

Conforme decisão do STJ no Mandado de Segurança nº 17.732, a disponibilização do registro histórico das ligações (originadas ou recebidas) de uma linha telefônica, bem como o registro de dados, de horários e de duração das chamadas, fornecidas pelas operadoras de telefonia, não estão incluídas nos permissivos do inciso XII do art. 5º da CF e na Lei nº 9.296/96. No entanto, esses dados também estão protegidos por sigilo, e a sua disponibilização depende de autorização judicial: (...) a quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei nº 9.296/96 (...) (STJ – Mandado de Segurança nº 17.732.)

A interceptação telefônica que não atenda aos requisitos legais da Lei nº 9.296/96 será crime, mediante previsão de seu art. 10: “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

Necessário ressaltar que, no caso de telefone de propriedade da Administração, não há que se falar em sigilo dos dados telefônicos, uma vez que se trata de instrumento de trabalho. Insta destacar, contudo, que nesses casos não serão obtidos o conteúdo dos diálogos, mas tão somente os registros das ligações realizadas. Desse modo, tratando-se de telefone funcional, cedido ao empregado, a comissão poderá solicitar ao setor responsável os extratos das contas telefônicas, independente de autorização judicial.

O Correio eletrônico ou e-mail institucional e e-mail particular privado

O correio eletrônico ou e-mail institucional utilizado pelos empregados é uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela Administração Pública que poderá, ou não, ter seu uso discriminado em normas internas do órgão.

Assim, não constitui afronta à primeira parte do art. 5º, XII, CF o uso das informações contidas no e-mail institucional do empregado, não se justificando a alegação de preservação de intimidade. Isso se justifica em razão de o e-mail corporativo ter seu uso restrito a fins do trabalho, o que confere à Administração o acesso a ele ou o seu monitoramento, sem que seja necessária autorização judicial.

(...) entende-se que se o correio eletrônico de onde se retirou a prova é institucional, por ser ele do serviço público e não privativo do servidor, a prova poderá ser utilizada.⁸⁶

Nesta direção, é válida a citação das duas decisões abaixo, as quais, apesar de tratarem de casos envolvendo a esfera privada, apresentam relevantes fundamentos acerca do tema:

Dano moral. Não caracterização. Acesso do empregador a correio eletrônico corporativo. Limite da garantia do art. 5º, XII da CF.

1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o “e-mail”

86 MADEIRA, 2008, p. 114 e 115.

é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em “e-mail” corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema “gmail” do Google, de acesso universal.

Empresa pode verificar e-mail corporativo de funcionário. O acesso da empresa ao correio eletrônico institucional do empregado não caracteriza violação de privacidade. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, deve criar o próprio e-mail. O entendimento foi adotado pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou o pedido de indenização por dano moral feito por ex-empregado da Esso Brasileira de Petróleo Ltda. que teve o e-mail investigado pela chefia. O ex-analista de suporte ao cliente prestara serviços por quase 16 anos à Esso quando foi demitido, em março de 2002. Ele alegou, na Justiça Trabalhista, que a empresa só poderia verificar o conteúdo dos seus e-mails se tivesse uma autorização judicial. Por outro lado, a Esso afirmou que investigou o e-mail porque suspeitava que o empregado enviava mensagens pornográficas e de piadas – o que não era compatível com o uso do correio eletrônico fornecido como instrumento de trabalho.

(BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 9.961/2004-015-09-00.1, julgado em 11/3/2009)⁸⁷

Diferentemente do que foi exposto em linhas anteriores, no caso do e-mail de uso particular do empregado, fornecido por provedor comercial de acesso à internet, a intimidade de suas informações está assegurada constitucionalmente, sendo seus dados invioláveis pela Administração.

Ocorre que, havendo necessidade de utilização de informações provenientes do e-mail privado do empregado, para fins apuratórios, a disponibilização desses dados depende da autorização judicial, conforme previsão da Lei nº 9.296/96, que, no parágrafo único do art. 1º, estende o compartilhamento do sigilo à interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática (a exemplo do e-mail pessoal) e telemática (como modem e fac-símile). Daí ser aceito o mesmo procedimento discriminado para as comunicações telefônicas para o compartilhamento do sigilo desses fluxos de dados.

Gravações clandestinas (telefônica e ambiental)

As gravações clandestinas feitas por telefone ou as gravações ambientais, realizadas por um dos interlocutores ou com o consentimento de um deles, sem que haja conhecimento dos demais, não serão consideradas ilícitas se houver justa causa para sua divulgação. Ou seja, sua utilização deverá ser como meio de prova em defesa de direito ou interesse próprio ou de terceiro (nunca para acusação).

O STF reconheceu a repercussão geral dessa matéria e admite as gravações telefônicas clandestinas em hipóteses excepcionais, assim como as gravações entre presentes (ambientais). Tal entendimento restou consubstanciado nos seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. (...)

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 503617 AgR/PR. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 1/2/2005)

87 Fonte: TRT da 2ª Região – Boletim Informativo Nº 3-B/2009 - 6/3/2009 a 12/3/2009.

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, Sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 212081/RO. Relator: Ministro Octavio Gallotti, julgado em 5/12/1997)

Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade.

O interesse público deve prevalecer sobre a manutenção do sigilo da conversação telefônica envolvendo prática delitiva. (...) A Carta Magna não criou sigilo para beneficiar e privilegiar infratores e perturbadores da ordem na esfera dos direitos individuais e comuns. (...)

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.678)

Afastamento do sigilo fiscal – art. 198, CTN e Lei Complementar nº 104/2001

Regra geral, é dever do agente do Fisco manter o sigilo dos dados de natureza fiscal a que tenha acesso em razão de seu ofício. A inobservância dessa regra pode gerar a incidência no descumprimento do dever funcional, sem prejuízo das sanções de natureza penal. No entanto, o art. 198 do Código Tributário Nacional, alterado pela Lei Complementar nº 104/2001, discrimina, em seu art. 1º, exceções a essa regra:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da administração pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da administração pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais;

II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III - parcelamento ou moratória.

(Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01)

A princípio, o § 1º excetua a troca de informações entre os Fiscos dos diversos entes da Federação, com base no art. 199 do CTN. No inciso I do § 1º do art. 198, tem-se a exceção para o fornecimento de

informações protegidas pelo sigilo fiscal no caso de requisição de autoridade judicial, restrito ao interesse da Justiça, ou seja, para auxiliar na apuração de ilícitos de natureza tributária, civil, penal, dentre outras.

Já no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, há um permissivo legal para o fornecimento de dados sigilosos, pelo agente do Fisco, para autoridades administrativas externas ao âmbito da Secretaria Federal da Receita do Brasil. No entanto, o atendimento a esta solicitação depende da observância aos requisitos elencados no mesmo dispositivo.

O primeiro requisito se refere à necessidade da solicitação dos dados sigilosos ser feita por autoridade administrativa. Essa autoridade pode ser do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, da Administração Direta ou Indireta, no exercício de sua função administrativa. A responsabilidade pela investigação instaurada é a ela atribuída, direta ou indiretamente, passando a ser responsável também pela preservação do sigilo dos dados fornecidos, com base no art. 198, § 2º, CTN.

A título de exemplo, no âmbito da CGU, a Ordem de Serviço nº 20, de 26 de agosto de 2010 alterou o parágrafo único do art. 6º da Ordem de Serviço nº 265, de 8 de dezembro de 2006, que disciplina os procedimentos de investigação patrimonial preliminar e sindicância patrimonial. Com isso, a competência para solicitação de dados fiscais à Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos da Administração Tributária, que era do Secretário-Executivo do órgão, ficou a cargo do Corregedor-Geral da Corregedoria-Geral da União, via Subsecretário de Fiscalização da Receita Federal.

O segundo requisito disposto no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN é o interesse da Administração Pública que deve justificar a solicitação dos dados fiscais protegidos. Verifica-se que a apuração de ilícitos disciplinares diz respeito à probidade administrativa, ao interesse público e da coletividade, o que atende a essa condição legal. Assim se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como órgão consultivo do Ministério da Fazenda, a que se vincula a Secretaria da Receita Federal do Brasil:

Parecer-PGFN/CDI nº 1.433/2006:

33. (...) não há dúvidas que os interesses envolvidos na apuração de ilícitos cometidos por agentes públicos dizem respeito a toda uma coletividade, devendo ser prestadas as informações porventura requeridas pelo órgão processante, mesmo sendo elas protegidas por sigilo fiscal, já que o interesse particular do investigado deve sempre ceder diante da necessidade de apuração da verdade, isto é, diante de um interesse público maior.

É necessária, ademais, a comprovação de instauração de regular processo administrativo para apurar ilícito disciplinar no órgão solicitante. Aqui o significado de processo administrativo é em sentido amplo, e pode ser o processo administrativo sancionador, a Investigação Preliminar Sumária, sindicância investigativa e a sindicância patrimonial.

Quanto ao sujeito passivo, cujos dados fiscais estão sendo solicitados, se trata do empregado público submetido à investigação. Assim, a solicitação dessas informações deve se restringir à pessoa investigada no processo do órgão, o que não inclui terceira pessoa. Com o escopo de justificar o afastamento do sigilo, os dados fiscais devem ser essenciais para a apuração, devendo guardar direta relação com o empregado investigado e com o fato objeto da apuração.

Caso seja necessário o afastamento desse sigilo, no curso do processo administrativo, é recomendável que a comissão solicite esses dados ao Fisco por intermédio de autoridade destinada para o feito dentro do órgão (como é o caso do Corregedor-Geral da União na CGU), ou, inexistindo no órgão a delimitação dessa competência, que seja encaminhada por intermédio da autoridade instauradora do processo.

Importa ressaltar que se, no curso do procedimento administrativo, caso se verifique a necessidade de obtenção de dados fiscais de terceiros (particulares envolvidos, a exemplo dos “laranjas”), cuja participação guarde relação direta com o fato objeto da apuração, a solicitação desses dados não está acobertada pelo art. 198 do CTN, o que enseja a solicitação do afastamento do sigilo junto ao Poder Judiciário. Assim, deve-se, por intermédio da autoridade instauradora (ou outra autoridade responsável discriminada para o

feito), solicitar junto à Advocacia-Geral da União ou à procuradoria do órgão ou entidade, que diligencie junto ao Poder Judiciário. Caso essas informações estejam disponibilizadas em outro processo, é possível solicitar o compartilhamento desses dados a título de prova emprestada.

Vale lembrar que o juízo de conveniência e oportunidade da necessidade da solicitação dessa prova é da comissão, com base na independência lhe é atribuída, o que não obsta a verificação dos requisitos elencados na legislação específica (art. 198, CTN) por parte da autoridade administrativa ou da AGU e Procuradorias dos órgãos.

Afastamento do sigilo bancário

Da mesma forma que o sigilo fiscal, a cláusula de proteção do sigilo bancário está relacionada à proteção das garantias fundamentais asseguradas no art. 5º, X, CF. Deste modo, cabe a avaliação acurada da gravidade do fato que justifique o afastamento dessa garantia constitucional, bem como da relevância dos dados solicitados para a elucidação dos fatos investigados.

A Lei Complementar nº 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Atente-se que o sigilo é sobre as informações pormenorizadas, como o titular, a origem, o destino e o valor da operação. Conforme previsão do § 1º, art. 3º dessa lei, a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos, para fins disciplinares, depende de prévia autorização do Poder Judiciário:

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos, solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.

Ainda, em conformidade com a Lei Complementar nº 105/2001 (§ 2º do art. 3º), a decretação de afastamento desse sigilo independe da existência de processo judicial em curso, quando solicitada em sede disciplinar.

Convém deixar claro que da mesma maneira que foi abordado para o afastamento do sigilo fiscal, deve-se entender o significado da expressão “comissão de inquérito administrativo” usada no texto do § 1º, do art. 3º da Lei nº 105/2001, em sentido amplo, o que abarca processo administrativo sancionador, a Investigação Preliminar Sumária, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial.

Em razão da demora de obtenção desses dados, uma vez que dependem de ordem judicial e de intermédio da AGU ou das Procuradorias dos órgãos e entidades, deve-se restringir a hipótese de pedido desse afastamento de sigilo aos casos absolutamente essenciais e indispensáveis. Assim, é oportuno verificar sempre, antes de provocar a sede judicial, a disponibilização espontânea por parte do próprio acusado.

Registre-se que, caso tenha ocorrido o afastamento do sigilo bancário em outro processo (em sede administrativa ou judicial), possível solicitar o compartilhamento desses dados a título de prova emprestada.

Aqui também se aduz que o juízo de conveniência e oportunidade da necessidade da solicitação dessa prova é da comissão, com base na independência lhe é atribuída, o que não obsta a verificação dos requisitos elencados na legislação específica da AGU e procuradorias dos órgãos e entidades.

Ressalva-se que em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade não incide a proteção ao sigilo bancário nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição

financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira. Foi o estabelecido pelo [Parecer Vinculante AGU N° AM - 06](#), que adotou o Parecer Plenário nº 5/2017/CNU/CGU/AGU, com a seguinte ementa:

EMENTA: Direito Administrativo. Acesso às informações protegidas por sigilo bancário pelos órgãos de controle. Princípio da publicidade. Extensão ou compartilhamento de sigilo. Prevalência do princípio constitucional da publicidade, nos termos deste parecer. Oponibilidade do sigilo, quando existente, a órgãos de controle.

1. Além das hipóteses previstas no [art. 1º, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001](#), não incide a proteção ao sigilo bancário, em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade, ao menos nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira.

2. Para este fim, devem ser considerados recursos públicos aqueles previstos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, incluídos os orçamentos previstos no [§ 5º do art. 165 da Constituição](#).

3. Por coerência, também devem ser considerados públicos os recursos titularizados não pela coletividade como um todo, mas por coletividades parciais (como os trabalhadores regidos pela CLT ou servidores públicos) que sejam administrados pelo poder público, tal como o FGTS e o Fundo PIS-PASEP, mas apenas em relação à sua aplicação pelas instituições financeiras, excluídas as operações bancárias realizadas entre o banco e o titular de contas individualizadas (cotista do fundo), que continuam protegidas pelo sigilo bancário.

4. A exceção ao sigilo bancário decorrente do princípio da publicidade atinge apenas a operação inicial de transferência dos recursos públicos, e não as operações subsequentes realizadas pelo tomador dos recursos e decorrentes da disponibilização destes em conta corrente ou por outro meio.

5. A exceção ao sigilo bancário, decorrente da incidência do princípio constitucional da publicidade, não implica a supressão de outros sigilos previstos em lei ou em norma regulatória editada pela autoridade competente, em especial o Banco Central do Brasil ou a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, cuja incidência sobre documentos apresentados à instituição financeira ou por ela produzidos deve ser verificada caso a caso.

6. Salvo na hipótese de celebração do convênio a que se refere o [art. 2º, § 4º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001](#), o sigilo bancário, quando incidente, deve ser oposto inclusive ao Ministério Público, aos tribunais de contas e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, sendo inaplicáveis o [art. 26 da Lei nº 10.180, de 2001](#), e o [art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 1993](#).

9.3.1.6.3. Prova Emprestada

Em observância aos princípios da economia processual, da isonomia e da segurança jurídica, o instituto judicial da prova emprestada pode ser utilizado em sede disciplinar.

Segundo a doutrina, a prova emprestada no processo administrativo sancionador tem que observar alguns requisitos de validade (subjetivos e objetivos), quais sejam:

- a) sua transcrição integral, desde o ato que a autorizou até a conclusão final, através de documentos legítimos;
- b) que tenha sido validamente realizada (contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.);

- c) que no processo anterior se tenha concretizado a participação das mesmas partes do atual (especialmente aquele contra quem será utilizada a prova);
- d) observância das normas que permitem a juntada de documentos no processo atual; e
- e) a semelhança do fato que será objeto da prova.⁸⁸

Em tese, o requisito subjetivo, que exige em ambos os processos (o de origem e o de destino) os mesmos interessados, é justificado em razão de se poder assegurar que a eles já foi dada oportunidade de defesa no momento da produção da prova. Nestes termos, franqueados o contraditório e a ampla defesa no processo de origem, a prova será conduzida para o processo de destino com todo o seu valor probante, mantendo integralmente sua força de convicção. Assim, o STF firmou posicionamento quanto à observância a essas garantias:

A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 78749/MS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 25/6/1999)

Caso não tenham sido assegurados o contraditório e a ampla defesa no momento da produção da prova, sua valoração restará prejudicada para o outro processo. Nesse caso, a prova passará a ser mera cópia documental com valor probante reduzido. Tal fato não obstará o seu uso, desde que esse prejuízo seja reparado, ao menos em parte, com a garantia do contraditório no momento da juntada dessa prova no processo secundário:

No processo administrativo, que se orienta no sentido da verdade material, não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra possibilidade ao interessado de questioná-la (...).⁸⁹

De modo geral, a fim de evitar a inviabilização da prova emprestada no processo secundário, ou a minoração de seu uso, é recomendável notificar o acusado para se manifestar acerca da juntada dessa prova no processo de destino.

Acerca especificamente da utilização das interceptações telefônicas como prova emprestada no âmbito do processo disciplinar, a Comissão de Coordenação de Correição pronunciou-se da seguinte maneira: “É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correicional” (Enunciado nº 18, de 10 de outubro de 2017 (DOU em 11/10/17)).

A Comissão de Coordenação de Correição também tratou de tema relacionado a compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica.

Asseverou o relator ser perfeitamente válida a comutatividade de provas entre procedimentos administrativos, sendo indiferente a natureza do sujeito no polo passivo (pessoa física ou jurídica), ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição e sigilo legal. Diante dessa conclusão, a CCC aprovou o seguinte enunciado:

ADMISSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS ENTRE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido,

⁸⁸ MOREIRA, 2010, p. 362

⁸⁹ FERRAZ e DALLARI, 2001, p. 135

independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça.

Enunciado CGU nº 20, publicado no DOU de 28 de fevereiro de 2018, seção 1, p. 81

Procedimento

No processo disciplinar, é possível a utilização de provas trazidas de outros processos administrativos e do processo judicial, observado o limite de uso da prova emprestada. A prova, nesse caso, poderá ser juntada por iniciativa do colegiado ou a pedido do acusado.

No caso da existência de prova já obtida com o afastamento do sigilo (interceptações telefônicas, sigilo bancário, e sigilo fiscal de terceiros estranhos à investigação) em outro processo, e havendo necessidade de juntada dessa prova no processo disciplinar, pode-se requerer diretamente à autoridade competente pelo outro processo o compartilhamento dessa prova para fins de instrução probatória:

Todavia, é certo que tal providência deverá ser analisada caso a caso, de modo que seja possível verificar se a decisão prolatada na esfera judicial permite ou não o compartilhamento de informações entre processos correccionais deflagrados no mesmo órgão. Caso, por exemplo, a quebra de sigilo bancário tenha sido deferida com o fim específico de instruir determinada apuração disciplinar, deverá ser realizado novo pedido na esfera judicial para o compartilhamento da respectiva documentação acobertada por sigilo.

Frise-se que com o compartilhamento da prova a comissão tem o compromisso de assegurar o seu sigilo, zelando para garantir o cuidado necessário para impedir sua divulgação, sob pena de incidir nas infrações estabelecidas nas legislações específicas, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

Envio de informações para órgãos externos

No envio de dados colhidos no curso do processo disciplinar e de procedimentos investigativos a outros órgãos, deve-se observar a cautela necessária para o seu fornecimento adequado. Este envio poderá ocorrer quando houver requisição de autoridade judiciária, do Ministério Público, outras autoridades administrativas, ou mesmo de ofício. Em todos os casos, deverão ser observadas as cautelas referentes ao sigilo.

O fornecimento de documento cujo teor está sob a reserva de sigilo, como é o caso do sigilo fiscal, deve ocorrer com a observância aos ditames da legislação específica (Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; Decreto nº 4.073, de 3 de janeiro de 2002; Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011; Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012; Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012), que prevê os procedimentos formais para preservação do sigilo.

Ressalte-se que, para o compartilhamento de dados que foram obtidos com o afastamento do sigilo bancário no curso do processo administrativo, deve haver autorização judicial. A par disso entende-se que a responsabilidade de preservação do sigilo, nesse caso, foi transferida para o agente recebedor dos dados, nos termos do que dispõe o art. 11 da Lei Complementar nº 105/2001:

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

9.3.1.6.4. Prova Indiciária

A prova indiciária pode ser definida como o meio de prova obtido de um raciocínio indutivo, pelo qual se conclui que o fato principal da apuração ocorreu, devido à prova concreta da ocorrência de fato secundário.

Dispõe o art. 239, do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Normalmente, o raciocínio acima empregado parte da experiência de casos pretéritos, mostrando que, geralmente, tendo ocorrido o fato secundário (provado), também ocorre o fato principal (que se deseja provar). Deve se considerar o nexo causal entre eles. Trata-se, portanto, de meio de prova essencialmente probabilístico, pois dificilmente há uma relação de necessariedade entre os fatos.

O ponto principal da discussão se dá quanto à possibilidade de se fundamentar uma penalidade administrativa com base unicamente em uma prova indiciária, não obstante tal possibilidade ser, em regra, admitida na seara penal. Cite-se, como exemplo, as seguintes decisões do STF:

Condenação - Base. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96.062. Julgado em 6/10/2009, publicado em 13/11/2009)

Ementa: Habeas Corpus. Processo Penal. Presunção Hominis. Possibilidade. Indícios. Aptidão para lastrear decreto condenatório. Sistema do livre convencimento motivado. Reapreciação de Provas. Descabimento na via eleita. Elevada quantidade de droga apreendida. Circunstância apta a afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante a dedicação do agente a atividades criminosas. Ordem Denegada. (...)

O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 103.118, TJ/SP. Julgado em 20/3/2012, publicado em 16/4/2012)

No mesmo sentido, é também entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ARTS. 180 E 311 DO CP. AUTORIA COMPROVADA. FORTE CONJUNTO DE INDÍCIOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Um conjunto de fortes indícios, todos apontando para a autoria por parte do réu, tanto da receptação quanto da adulteração, é suficiente para embasar um decreto condenatório. Quase impossível que o órgão acusador reúna prova direta, em tais casos. Recurso da defesa improvido.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70031638315. Relator: Gaspar Marques Batista, julgado em 22/10/2009)

Ao ventilar o tema, a doutrina demonstra bastante cautela quanto a utilização da prova indiciária:

A prova indiciária, desde que bem trabalhada, poderá colaborar bastante na elucidação dos fatos. Mas, tratando-se de prova que requer acusada operação de inteligência, aconselha-se muito cuidado e prudência na sua adoção, uma vez que, por qualquer lapso, se poderá chegar a conclusões totalmente inexatas.⁹⁰

Em muitos casos, a maneira como se pratica um ato disciplinarmente faltoso dificulta a obtenção de provas diretas (aquelas que apontam diretamente para o fato probando).

Tome-se, por exemplo, a dificuldade de se caracterizar a obtenção de proveito pessoal em razão do cargo ocupado enquanto empregado público. Nesses casos, tal caracterização pode se dar de maneira

90 COSTA, 2011, p. 348.

indireta, por meio da prova de fato ou fatos que levem a crer que o empregado obteve o proveito pessoal, de maneira que a probabilidade de se estar diante de um caso de valimento de cargo seja bastante alta.

Destaque-se, ainda, a constatação do então Ministro do TCU Ubiratan Aguiar em um de seus julgados na Corte de Contas, ao afirmar que “a prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtida, uma vez que quando acertos desse tipo ocorrem, não se faz por óbvio, qualquer tipo de registro escrito”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 57/2003, de 05/02/2003 -Plenário. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso: 25/04/2014)

E, mais à frente, conclui:

Dessa forma, percebe-se que é difícil e custosa a prova de conluio deste tipo já que, por sua própria natureza, o vício é oculto. Situação semelhante ocorre nos atos simulatórios onde as partes sempre procuram se cercar de um manto para encobrir a verdade. (Idem)

Portanto, apesar de ser admitido como meio de prova, o indício não pode ser utilizado de maneira desmesurada, pois possui a probabilidade como característica, necessitando ser esta forte o suficiente para superar a dúvida razoável acerca da materialidade e autoria do fato principal.

10. INTERROGATÓRIO

O interrogatório é a fase da instrução que permite ao suposto autor da infração disciplinar esboçar a sua versão dos fatos, exercendo a autodefesa, ou, ainda, se lhe for conveniente, invocar o direito ao silêncio, sem nenhum prejuízo à culpabilidade.

Segundo Francisco Xavier da Silva Guimarães, o interrogatório:

*(...) é, sem dúvida, um dos mais importantes da fase instrutória, por meio do qual ouvem-se os esclarecimentos do acusado sobre a imputação que lhe é feita ao tempo em que são colhidos dados fundamentais para a formação do convencimento.*⁹¹

A matéria é tratada no Código de Processo Civil, aplicável de modo supletivo e subsidiário, aos processos administrativos (art. 15).

Por ser um ato personalíssimo, o interrogatório não pode ser realizado por interposta pessoa, de forma que nem a presença do procurador supre a ausência do acusado.

O interrogatório deve ser conduzido de forma a não haver pressões ou constrangimentos. Caso se advirta que o silêncio será interpretado em prejuízo do interrogado ou compromissá-lo, poderá ser arguida a nulidade do interrogatório e atos subsequentes.

Ademais, de acordo com a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), constitui crime de abuso de autoridade prosseguir com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio (art. 15, parágrafo único, incisos I e II).

Nesse caso, deve-se encerrar o interrogatório sem novos questionamentos ao acusado tão logo este tenha manifestado sua decisão pelo exercício do direito ao silêncio. Caso a opção pelo exercício do direito ao silêncio seja encaminhada formalmente antes da realização do interrogatório agendado e informado ao acusado, pode a comissão deliberar o cancelamento do ato, sem que da falta do interrogatório resulte qualquer nulidade por cerceamento de defesa.

Assim, em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa, permite-se ao acusado o direito de se manifestar após o conhecimento de todos os fatos a si imputados, sendo, assim, o último a se manifestar

⁹¹ GUIMARÃES, 2006, p. 154.

antes de eventual indicição. Deste modo, o interrogatório é o ato final a ser realizado pela comissão antes de formar sua convicção acerca do indiciamento do empregado ou da sugestão de arquivamento do feito disciplinar.

É de se registrar que o interrogatório deverá ser realizado após a realização de todas as provas, sendo, no entanto, plenamente possível a realização de vários interrogatórios do acusado, inclusive em outros momentos da instrução, como, por exemplo, antes mesmo da oitiva das testemunhas. Todavia, para que não haja nulidade, deve haver um novo interrogatório ao final.

Nesse sentido, assim ensina Vinícius de Carvalho Madeira:

(...) pode acontecer de a comissão entender ser interessante ouvi-lo logo no início do processo, ou mesmo antes do fim. Nada impede que ela faça isso. Entretanto, por segurança jurídica, se o acusado for interrogado antes da produção de outras provas, deve ser colhido novo interrogatório ao final da instrução para ficar assentado que a lei foi cumprida e o interrogatório do acusado o último ato da instrução.⁹²

Esse é o entendimento também acolhido pela AGU, conforme se verifica nos pareceres vinculantes nºs GQ-37 e GQ-177, conforme trechos abaixo transcritos:

Parecer-AGU nº GQ-37, vinculante.

Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa. (...)

Parecer-AGU nº GQ-177, vinculante:

Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha. (...)

10.1. Procedimento

Para que o empregado seja interrogado, é necessária sua prévia notificação para acompanhar o processo na qualidade de acusado. Assim, deverá antes ser notificado da sua condição de acusado para que possa exercer seu direito à ampla defesa, além de ser necessário questionar se deseja o refazimento, observando o princípio do contraditório, das provas já carreadas aos autos.

Nos termos do art. 41 da Lei nº 9.784/1999, o acusado deve ser intimado no prazo hábil de três dias úteis antes da realização do interrogatório, lembrando que, caso o seu procurador seja um advogado, este também deverá ser intimado acerca do interrogatório, até porque sem a presença do tencionado patrono o interrogatório não poderá ser realizado. Nessa oportunidade, é recomendável que a intimação seja entregue juntamente com cópia ou com a indicação do endereço de acesso ou link de servidor online no qual o processo esteja armazenado, ou a parte necessária a complementar as outras já entregues durante o seu curso.

Insta destacar que, conforme a redação do Enunciado nº 10 da CGU e a Instrução Normativa nº 8/2020, basta que a intimação seja feita por escrito e com a comprovação da ciência por parte do interessado para que possa ser considerada válida. Não há necessidade de seja entregue pessoalmente. Deste modo, é possível, inclusive, que a intimação ocorra por e-mail ou por aplicativo de mensagem instantânea, desde que conste nos autos o respectivo aviso de leitura.

O titular da unidade, a quem se encontra subordinado o acusado, deve ser comunicado da data e hora de realização do interrogatório, podendo ser remetido por via eletrônica.

92 MADEIRA, 2008, p. 110.

Após o início dos trabalhos, o presidente da comissão realizará a identificação do acusado, por meio de dados como nome, RG, CPF, data de nascimento, cargo e lugar onde exerce a sua atividade. Sendo o caso de opção por assistência de advogado ou procurador, registrará no termo.

Na sequência, a comissão cientificará o acusado do teor da acusação que pesa contra si, informando-o do direito de ficar calado, não tendo obrigação de responder as perguntas que lhe forem dirigidas. Caso seja manifestada pelo acusado a intenção de permanecer em silêncio durante o interrogatório, ou seja, não responder às perguntas da comissão, o ato deverá ser encerrado, com o registro do exercício do direito ao silêncio no termo e assinatura deste pelos presentes.

No caso de o interrogatório ser gravado, o registro audiovisual gerado e juntado aos autos dispensa a redução a termo, conforme estabelece o art. 7º da Instrução Normativa n.º 12, de 1º de novembro de 2011, alterada pela Instrução Normativa n.º 5, de 21 de fevereiro de 2020.

O interrogado não deve trazer suas respostas por escrito, mas sim prestar seu depoimento oralmente, o que é reforçado pelo art. 387 do Código de Processo Civil. Há exceções nos casos de surdos, mudos ou surdos-mudos, conforme disposto do art. 192 do Código de Processo Penal.

A condução do interrogatório se dá pelo presidente da comissão, a quem compete se dirigir ao acusado, interrogando-o acerca dos fatos e circunstâncias objeto do processo, bem como sobre os fatos a ele imputados. Quando não utilizado equipamento de gravação em audiovisual, deve-se reduzir a termo, o mais fielmente possível, as respostas apresentadas, as quais serão digitadas pelo secretário ou outro membro da comissão.

Também devem constar do termo todos os fatos ocorridos durante o interrogatório, como incidentes, advertências verbais, interferências, encerramento do ato em virtude da ausência de resposta por parte do acusado (valendo-se do direito de ficar calado) etc.

É recomendável que as perguntas já tenham sido previamente elaboradas. Contudo, nada impede que durante o curso do interrogatório outras perguntas sejam incluídas ou modificadas.

Terminada a realização das perguntas pelo presidente da comissão, será aberta a palavra aos demais membros. Após o término das perguntas da comissão e das eventuais perguntas formuladas pelos procuradores dos demais acusados que estejam presentes, deferidas pela comissão, passa-se a palavra ao acusado, para que acrescente o que entender cabível acerca dos fatos trazidos à baila no procedimento correicional.

Caso ocorra de o acusado solicitar retificação substancial de alguma resposta, seja durante o interrogatório ou após seu término, deve a comissão registrar ao final a nova resposta, não realizando a alteração por cima da resposta anteriormente prestada.

As perguntas e respostas ficarão consignadas no termo de interrogatório. O texto será revisado e impresso e uma única via, que será assinada pelo acusado e por todos os presentes.

Conforme orientação do autor Marcos Salles:

*Não havendo outros interrogatórios a serem coletados, tira-se cópia reprográfica do termo para o interessado (recomenda-se que seja impressa apenas uma via original e dela se extraia cópia). Por outro lado, caso ainda haja interrogatório a se coletar, convém que a comissão autue o termo e, caso seja solicitado, forneça sua cópia para o acusado somente após a realização de todos os interrogatórios, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao máximo a prova oral.*⁹³

93 TEIXEIRA, 2014.

10.1.1. Direito do acusado ao silêncio e não autoincriminação

O acusado deverá ser cientificado acerca dos fatos a ele atribuídos, informando-lhe da garantia constitucional de ficar calado e da impossibilidade de haver prejuízo em razão do exercício de tal direito. Diante dessa garantia, é inexigível do acusado o compromisso com a verdade, bem como o silêncio de sua parte não pode ser interpretado em seu desfavor e muito menos ser considerado como confissão.

O STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 68.929, assim decidiu:

Ementa: “(...) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ‘Nemo tenetur se detegere’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 68.929/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 22/1/1991, publicado em 28/8/1992)

Optando o acusado por não responder qualquer pergunta sobre os fatos e circunstâncias objeto do processo disciplinar, deve-se registrar no termo de interrogatório a opção do acusado pelo exercício do direito ao silêncio, e encerrar o ato, já que continuar com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercê-lo pode caracterizar crime de abuso de autoridade, previsto no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 13.869/2019).

No tocante à ausência do aviso da supracitada garantia no início do interrogatório, é importante consignar que tal fato somente ensejará nulidade se se verificar, no caso concreto, efetivo prejuízo à defesa.

10.1.2. Interrogatório de vários acusados

Ao dispor sobre as regras que devem ser observadas no interrogatório dos acusados na instância criminal, o Código de Processo Penal apresenta redação semelhante. Consta, no art. 191 daquele diploma legal, que “havendo mais de um acusado, serão ouvidos separadamente”. Na interpretação de tal dispositivo, o entendimento predominante é no sentido de que é legítima a participação das defesas dos corréus nos interrogatórios dos outros acusados. A jurisprudência vem apontando nesta direção:

É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos corréus participem dos interrogatórios de outros réus. Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais corréus, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg na AP 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 6/12/2007, publicado em 13/3/2008)

Assim, a CGU já possuía o entendimento de que, na seara disciplinar, também deveria ser permitido, à defesa dos outros acusados, assistir ao ato do interrogatório e formular as perguntas que entendesse pertinentes ao interrogado, como medida de garantia do exercício do direito ao contraditório.

O novo CPC, em seu art. 385, § 2º, impõe que se avance neste entendimento, no sentido de permitir a participação não somente das defesas, mas dos próprios acusados. Isto é o que se depreende da expressão “parte”, utilizada na referida lei. Assim, os acusados poderão participar dos interrogatórios uns dos outros, pessoalmente, ou por meio dos seus procuradores.

Não obstante, cumpre assinalar que, em se tratando do processo disciplinar, não há que se falar em participação nos interrogatórios segundo um critério cronológico, como sugere o dispositivo legal aplicável, primordialmente, aos processos de natureza cível.

Tal se justifica porque, como hoje resta assentado, o processo disciplinar não presume a existência de defesa técnica (Súmula Vinculante nº 5 do STF) ou mesmo representação por qualquer procurador que seja, havendo a possibilidade de acompanhamento pessoal pelo empregado acusado. De seu lado, o interrogatório, no processo disciplinar, não é meramente um meio de prova, mas também, e principalmente, um meio de defesa, por ser a oportunidade de verbalizar a versão particular acerca dos fatos investigados.

Assim, aplicar a literalidade do dispositivo legal em tela, implicaria em que o acusado a ser ouvido por último, de acordo com a agenda da comissão, somente poderia participar dos interrogatórios anteriores se constituísse procurador. Tal, contudo, repise-se, não é obrigatório e, em razão disso, a aplicação literal poderia resultar, no caso concreto, em cerceamento de defesa, por tratamento não isonômico entre os acusados que acompanham o processo pessoalmente e aqueles que se fazem representar.

Desta forma, assenta-se que, no caso de mais de um acusado, todos poderão assistir aos interrogatórios, por si ou por seus procuradores, independentemente da cronologia dos atos e, caso se façam presentes, poderão, por meio da comissão, fazer as perguntas que julgarem oportunas, as quais estarão sujeitas ao juízo do colegiado, no que diz respeito à possibilidade de indeferimento de provas.

É oportuno frisar que o direito ao contraditório também é garantido no momento em que o acusado tem acesso a cópia do termo do mencionado ato, sendo possível tecer suas considerações por ocasião da apresentação da defesa.

10.1.3. Do não comparecimento do acusado

No dia do interrogatório, a comissão deve aguardar a chegada do acusado por, no mínimo, trinta minutos. Contudo, se devidamente intimado o acusado não comparecer, a comissão registrará o incidente em termo de não comparecimento, devendo tentar uma nova data para realização do ato.⁹⁴

Caso o acusado opte por não exercer seu direito de defesa, ou deixe de comparecer novamente sem motivo, o processo disciplinar deverá prosseguir no seu curso normal, sem que haja o interrogatório, fato esse que não configura cerceamento de defesa, conforme entendimento da Advocacia-Geral da União e do Superior Tribunal de Justiça:

Parecer AGU nº GQ-102, não vinculante:

(...) 17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos (...).

(...) De todo o exposto, resulta que o impetrante não foi interrogado pela comissão processante, porque recusou-se, por vinte vezes, a comparecer ao local designado, a despeito de estar gozando de perfeita saúde, em determinadas ocasiões. Em consequência, não há falar em cerceamento de defesa, sendo certo, ainda, que a eventual nulidade do processo, por esse motivo, não poderia ser aproveitada pela parte que lhe deu causa.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7066/DF – 2000/0063355-0. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 27/11/2002, publicado em 16/12/2002)

94 TEIXEIRA, p. 305.

A ausência do acusado ou de seu procurador ao longo da fase de instrução não gera a favor da Administração Pública presunção de verdade da acusação, uma vez que a ela cabe o ônus probante.

10.1.4. Procurador do acusado

Caso o acusado tenha interesse no assessoramento de um advogado, deve por ele ser providenciado, não cabendo à comissão designar defensor dativo para acompanhar o acusado.

É facultado ao advogado formular perguntas ao seu cliente interrogado, após as perguntas do colegiado, e também que este participe e inquirir os corréus em seus interrogatórios.

Frise-se que cabe aqui a regra geral de que as perguntas impertinentes e irrelevantes podem ser indeferidas, a teor do artigo 38, § 2º da Lei nº 9.784/1999. Ademais, é relevante pontuar que o procurador não pode interferir nas perguntas e nem nas respostas do interrogado, sem prejuízo de eventuais intervenções para que sejam observados aspectos formais da regularidade do ato.

10.1.5. Confissão

Confessar é reconhecer a autoria da infração ou dos fatos objetos da investigação pelo acusado. Guilherme Nucci assim descreve a confissão:

(...) é apenas o ato voluntário (produzido livremente pelo agente, sem qualquer coação), expresso (manifestado, sem sobre de dúvida, nos autos) e pessoal (inexiste confissão, no processo penal, feita por preposto ou mandatário, que atentaria contra a segurança do princípio da presunção de inocência).⁹⁵

Só podem confessar as pessoas que tenham a devida capacidade de entender e querer.

A confissão é um meio de prova como qualquer outro, colaborando para a demonstração da verdade dos fatos. Contudo, não significa, por si só, o imediato encerramento da busca da verdade material; é preciso confrontá-la com as demais provas constantes dos autos. Ou seja, a confissão é somente mais um elemento que será avaliado pelo colegiado responsável pela condução dos trabalhos ao se debruçar sobre o lastro probatório acostado ao processo.

Pode ocorrer a confissão tanto no interrogatório quanto em outros momentos do processo. Neste último caso, deve haver sua confirmação por prova oral e redução a termo.

A confissão é uma prova divisível, haja vista que seu teor pode ser desmembrado. Assim, a comissão, contrapondo-a com outros elementos de prova constante dos autos, pode se convencer de parte do que foi admitido e desconsiderar o restante, cabendo ao empregado comprovar a parte não acatada pela comissão.

É possível a retratabilidade da confissão, de forma que o acusado venha a desdizer o que afirmou como verdade anteriormente. Todavia, a retratação não vincula a comissão, possuindo valor relativo. Em razão da livre apreciação das provas, é possível que o colegiado não se convença da retratação, sendo possível tomar como verdade a confissão anteriormente apresentada.

Com relação ao valor probatório da confissão, José Armando da Costa assevera que:

Na processualística moderna, a confissão tem validade apenas relativa, onde se constata, no dia-a-dia dos foros, que ela se robustece ou se define, à medida que seu conteúdo discrepa ou não, respectivamente, das demais provas dos autos.⁹⁶

⁹⁵ NUCCI, 2006, p. 410.

⁹⁶ COSTA, 2009, p. 104.

Destarte, tem-se que a confissão é mais um meio de prova, e na sua apreciação a comissão deverá confrontá-la com as demais provas do processo, para aferir se há compatibilidade entre as mesmas, cabendo-lhe a justa valoração.

10.1.6. Realização de interrogatório por Videoconferência

A utilização da teleconferência para a realização de atos processuais à distância, inclusive do interrogatório do acusado, coaduna-se com os princípios da legalidade, art. 5º, II, CF⁹⁷; da eficiência, art. 37, CF⁹⁸; da razoabilidade, art. 2º, parágrafo único, VI, Lei nº 9784/1999⁹⁹ e do formalismo moderado, art. 2º, parágrafo único, VIII e IX, Lei nº 9784/1999¹⁰⁰.

Ademais, nos termos do inciso LXXVIII, art. 5º, da Constituição Federal, assegura-se a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, dentre os quais, indubitavelmente, inclui-se a realização de atos por teleconferência.

A Administração Pública não deve, assim, se ater a rigorismos formais que dificultem a defesa e o bom andamento processual, devendo adotar formas simples, suficientes para garantir adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos essenciais dos administrados

Nessa esteira, a CGU, no exercício das funções de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, editou a Instrução Normativa CGU nº 12, de 1º de novembro de 2011, por meio da qual regulamentou a adoção de videoconferência na instrução de processos e procedimentos disciplinares. E, para afastar qualquer possível arguição de irregularidade, a IN CGU nº 14/2018, no art. 33, § 1º, não só reconheceu a videoconferência, como a estabeleceu como meio preferencial.

10.1.7. Procedimento da videoconferência

A realização de atos processuais à distância deverá ser decidida de ofício ou a pedido da defesa. O colegiado deve motivar expressamente sua decisão, como dispõe o art. 3º da IN/CGU nº 12/11, realizando a videoconferência para assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e, logicamente, para viabilizar a participação da testemunha que residir em local diverso da sede dos trabalhos da comissão disciplinar.

Deverá ser oportunizada aos acusados a faculdade de acompanhar pessoalmente ou por meio de procurador a audiência realizada por videoconferência, seja na sala em que se encontrar o colegiado ou no local onde se localizar a pessoa a ser ouvida. O acusado ou seu procurador terá a possibilidade de arguir o depoente, por intermédio do presidente do colegiado, se assim desejar.

Adotadas as cautelas que atestem a livre manifestação do interrogado, assegurando-lhe inclusive o direito de permanecer calado, e cumpridas todas as demais formalidades legais, o interrogatório realizado por videoconferência será considerado válido, não implicando em nulidade se do ato não resultar ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

As vantagens da realização de atos processuais na esfera administrativa pelo sistema de teleconferência são inúmeras, sendo dever da Administração Pública a busca constante pelo aprimoramento dos serviços prestados à sociedade, com o aumento da produtividade e da eficiência, garantindo uma prestação adminis-

97 CF, art. 5º - (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

98 CF, art. 37. Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (...)

99 Lei nº 9784/1999, Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

100 Lei nº 9784/1999, art. 2º, Parágrafo Único, VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (...)

trativa justa, célere, efetiva e com o menor dispêndio possível, sem prejuízo da qualidade, em atenção aos princípios da economicidade e do interesse público.

Assim, quando de outro modo não se puder alcançar a adequada produção da prova, a comissão poderá realizar o interrogatório à distância, sempre observando os direitos do acusado. Neste sentido, é válido fazer alusão ao Enunciado nº 7 da CGU:

No âmbito do Processo Administrativo Sancionador é possível a utilização de videoconferência para fins de interrogatório do acusado.

Enunciado CGU nº 7, publicado no DOU de 16/12/2013, seção 1, página 11

Vale dizer que, hoje, o art. 385, § 3º do Código de Processo Civil reforça esta possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência.

Considerando todo o exposto, é importante mencionar que, além da oitiva de testemunha e do interrogatório, todos os demais atos probatórios, a exemplo de acareações, investigações e diligências, podem ser realizados por meio da videoconferência, desde que se mostre necessário e com as devidas adaptações, observados os direitos e garantias do acusado.

O registro audiovisual gerado e juntado aos autos dispensa a redução a termo, conforme estabelece o art. 7º da Instrução Normativa nº 12, de 1º de novembro de 2011, alterada pela Instrução Normativa nº 5, de 21 de fevereiro de 2020, devendo ser assinada pelo presidente do colegiado a ata de audiência lavrada, na qual serão registrados a data, os locais e os participantes do ato.

10.1.8. Interrogatório por Carta Precatória

Tendo em vista a necessidade de reduzir custo e tempo da apuração disciplinar, a comissão deverá sempre avaliar a possibilidade de realizar o interrogatório por meio de videoconferência, quando não estiver na mesma localidade do (s) acusado (s). Não sendo, por qualquer motivo, viável e/ou oportuno, devem ser avaliadas as demais possibilidades previstas em legislação.

A decisão constará em ata pelo interrogatório, sendo definidas as perguntas que deverão ser realizadas. A relação das perguntas será remetida à autoridade deprecada do local onde o acusado se encontrar. Nesses casos, é recomendável que a autoridade deprecada seja o chefe da unidade local.

A autoridade deprecada designará agente público ou comissão para proceder ao interrogatório, que se limitará à leitura das perguntas e ao registro das respostas em termo que posteriormente será remetido à comissão deprecante, devidamente assinado pelos presentes ao ato. O agente público/comissão designado não poderá acrescentar novas perguntas ao rol elaborado pela comissão deprecante.

Note-se que a intimação do acusado para comparecer ao interrogatório determinará data, hora e local de realização do ato e observará o prazo de três dias úteis do art. 41, da Lei nº 9.784/1999.

11. FORMALIZAÇÃO DA ACUSAÇÃO E DEFESA ESCRITA

Encerrada a busca de elementos de convicção, cabe à comissão promover a análise integral do processo, em especial de todo o conjunto probatório coletado, a fim de identificar subsídios para deliberar acerca da materialidade e autoria dos atos sob apuração, decidindo se existem elementos suficientes a justificar a indicição dos empregados envolvidos.

Caso o colegiado conclua pela existência de elementos que comprovam o cometimento do ato faltoso, estando evidenciadas materialidade e autoria, deve-se proceder à indicição, mediante termo no qual será feita a especificação dos atos e fatos imputados a cada um dos empregados e das respectivas provas.

E de forma a materializar a indicição, cabe à comissão promover a citação dos empregados para que apresentem defesa escrita acerca dos fatos que lhes são atribuídos, desde que tal ato seja contemplado em normativo interno da estatal ou em acordo/convenção coletiva de trabalho.

Não havendo prazo específico previsto no regulamento interno da estatal, pode-se buscar a aplicação do art. 44 da Lei nº 9.784/1999 e conceder o prazo de 10 (dez) dias para apresentação da defesa.

Ressalte-se que a convicção exposta na indicição é momentânea, antes de se analisarem os argumentos da defesa escrita, em relação aos quais a comissão não deve ser refratária, podendo vir a alterar seu entendimento inicial.

Relembra-se aqui o que já foi exposto anteriormente acerca da forma procedimental mais comumente utilizada pelas empresas estatais. Em regra, as estatais adotam processos disciplinares compreendidos em duas fases distintas: a de instrução, de cunho inquisitorial, e a parte de indicição, na qual o empregado envolvido é formalmente acusado, ainda que preliminarmente, de conduta em tese irregular.

O mesmo ocorrerá quando, na ausência de normas internas, for utilizado o rito previsto na Lei nº 9.784/1999.

Assim, sugere-se maior cuidado quando do encerramento da fase de instrução e a eventual indicição de um empregado público, a fim de que não reste qualquer questionamento acerca da observância ao contraditório e à ampla defesa. Explica-se: uma vez que, em regra, o empregado envolvido só terá ciência da existência de processo em seu desfavor, no momento de sua citação para apresentar defesa, deve ser explicitado seu direito de produzir novas provas, bem como contestar aquelas já constantes dos autos. Nesse sentido, o empregado acusado poderá solicitar a juntada de novos documentos, a oitiva de novas testemunhas ou mesmo reinquirir aquelas que já foram ouvidas pela comissão.

Cumpra lembrar que é facultado à comissão indeferir aqueles pedidos formulados pelo acusado que sejam meramente procrastinatórios, sendo, todavia, essencial que tais indeferimentos sejam objeto de motivação explícita, conforme determina o § 2º do art. 38 da Lei nº 9.784/1999:

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

11.1. Características da indicição

A indicição encerra a fase de instrução do processo disciplinar, consubstanciando-se em um “termo de indicição” – termo formal de acusação –, cujo teor deve apontar os fatos ilícitos imputados ao empregado acusado, bem com as provas correspondentes e o respectivo enquadramento legal, de modo a refletir a convicção preliminar do colegiado.

A comissão deverá elaborar ata, na qual delibera pelo encerramento da fase instrutória em vista da colheita de material probatório suficiente ao indiciamento do empregado acusado, confeccionando, em seguida, o termo de indicição.

O termo de indicição é peça essencial para a defesa do indiciado, pois formaliza a acusação e delimita os termos da defesa escrita e do julgamento, como se verá adiante.

Justamente por ser o momento em que a comissão irá expor os motivos pelos quais se convenceu do cometimento da(s) irregularidade(s), o termo de indicição, além de qualificar o indiciado com todos os seus dados, deve descrever suficientemente os fatos ocorridos e, de forma individualizada, a conduta por ele praticada, apontando nos autos as provas correspondentes.

Não são admitidas indicações genéricas dos envolvidos nos fatos, isto é, sem que seja apontada a conduta praticada por cada um dos indiciados.

É importante que sejam narrados claramente todos os fatos provados na fase de instrução, haja vista que, após a defesa escrita, não se poderá fazer qualquer acréscimo factual relacionado à conduta do indiciado.

Ademais, o julgamento deverá ser baseado naquilo que tiver sido mencionado no termo de indicação, sob pena de nulidade. Não é necessário, entretanto, a transcrição do inteiro teor das provas produzidas (por exemplo, a reprodução de todos os depoimentos colhidos), sendo suficiente a indicação daqueles trechos significativos para a convicção formada na indicação.

(...)

2. O delineamento fático das irregularidades na indicação em processo administrativo disciplinar, fase em que há a especificação das provas, deve ser pormenorizado e extremamente claro, de modo a permitir que o servidor acusado se defenda adequadamente. Apresenta-se inaceitável a defesa a partir de uma conjunção de fatos extraídos dos autos. (...)

4. Assim, há flagrante cerceamento de defesa e, portanto, violação ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório, em razão da circunstância de que a iminente pena de demissão pode vir a ser aplicada ao impetrante pela suposta prática de acusações em relação as quais não lhe foi dada oportunidade de se defender. (...)

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13110/DF - 2007/0226688-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 14/5/2008, publicado em 17/6/2008)

Na presente fase do processo, a lei ainda não exige que seja indicada a hipótese legal na qual o acusado incidiu, mas é usual e recomendado que já seja feito esse enquadramento, tendo em vista o auxílio para que o acusado possa se defender.

Este enquadramento, entretanto, poderá ser alterado no Relatório Final, visando uma melhor adequação da conduta às definições legais do Direito Disciplinar, onde afinal também predomina o ensinamento de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal. Os critérios a serem seguidos para se estabelecer o adequado enquadramento serão tratados nos próximos tópicos.

Nesta fase do processo é relevante registrar que vige o princípio do **in dubio pro societate**. Este princípio, em tradução livre, significa “a dúvida em favor da sociedade”. Preceitua que, após a instrução probatória, se há indícios ou provas consistentes da ocorrência de infração disciplinar, e bem assim de que o servidor que figurou no processo como acusado seja o autor destes fatos, ainda que exista uma dúvida que não pode ser sanada pela impossibilidade de coleta de outras provas além das que já constem do processo, a comissão deve concluir pela indicação, e não pela absolvição sumária do(s) empregado(s).

Assim, no intuito de se resguardar o interesse público, eventual incerteza a respeito da conduta praticada deve ser esclarecida na defesa escrita, com a posterior consolidação do entendimento da comissão no Relatório Final. É que, agindo de outro modo, a comissão acabará levando a mesma dúvida para a autoridade julgadora, que, discordando da absolvição, terá que reabrir o processo. Melhor, nestes casos, que se permita ao acusado apresentar a defesa escrita, que poderá dirimir a dúvida e demonstrar claramente sua inocência.

11.2. Elementos da infração disciplinar

Antes de se definir em qual hipótese legal incorreu o acusado, é necessário examinar se a conduta por ele praticada, nas circunstâncias em que foi externada, efetivamente pode ser considerada uma infração disciplinar.

Em razão da proximidade de objetos, a análise dos elementos da infração disciplinar busca subsídios no Direito Penal. Tendo em vista o grande desenvolvimento que aquele ramo jurídico já alcançou na avaliação da conduta dos responsáveis pela prática de ilícitos, é oportuno recorrer à chamada Teoria do Crime, utilizada pela doutrina e jurisprudência como metodologia comparativa para esta finalidade. Em virtude dessa correlação, são em regra aceitos como parâmetros para a verificação dos elementos da infração disciplinar aqueles mesmos apontados para o crime.

De acordo com a corrente doutrinária predominante entre os penalistas contemporâneos, o crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável¹⁰¹. Isto é, para que uma conduta humana seja considerada crime, ela deve conter os elementos descritos na lei como caracterizadores de crime (tipicidade), não ter sido praticada sob uma justificativa admitida por lei (antijuridicidade), e cujo autor tinha a ciência de que a conduta era vedada pelo ordenamento jurídico, mas mesmo assim a cometeu, ou seja, deveria se comportar de modo diverso (culpabilidade).

Esta descrição analítica da conduta humana possibilitou uma melhor compreensão do crime, e bem assim a solução de inúmeras questões no Direito Penal que também são úteis para o estudo da infração disciplinar. Desta forma, com as devidas adaptações, ressalta-se que se toma por empréstimo aqueles conceitos com o escopo de melhor desenvolvimento da literatura jurídica sobre o assunto.

Com efeito, pode-se dizer que a conduta será considerada infração disciplinar quando: i) estiverem presentes os elementos descritos em lei como caracterizadores de uma infração disciplinar; ii) o empregado não está acobertado por uma causa que exclua a ilicitude desta conduta; e iii) o empregado age de forma contrária à norma, mesmo tendo a obrigação de se comportar de outro modo.

Para melhor compreensão destas ideias, pretende-se, nos itens a seguir, descrever sucintamente tais elementos, trazendo-os à realidade administrativa, sem adentrar demasiadamente nos debates proporcionados pelas inúmeras teorias penais que se desdobram a partir deles.

11.2.1. Tipicidade

A conduta humana praticada no caso concreto precisa ser típica. Isso significa que, no Direito Penal, ela deve se encaixar na definição de um dos tipos penais configuradores dos crimes e, no âmbito do Direito Disciplinar, corresponder à violação do disposto em pelo menos uma das hipóteses constantes da CLT ou de normativos internos.

A tipicidade, por sua vez, está subdividida em duas espécies:

- a) Tipicidade objetiva: é a correspondência literal entre o ato praticado e aquilo que consta escrito em pelo menos uma das hipóteses da lei; e
- b) Tipicidade subjetiva: é o ânimo interno com o qual o acusado praticou a conduta, revelado mediante o dolo ou a culpa.

Vale dizer: para que uma conduta seja considerada típica, não basta a correspondência entre o que foi praticado e o que consta da lei como infração disciplinar. É necessário que o agente a tenha praticado com dolo ou culpa. Mostram-se indispensáveis, portanto, ainda que de modo sucinto, as definições destes conceitos.

O primeiro manifesta-se de duas formas:

- a) Dolo direto ou imediato: quando o acusado, agindo com intenção danosa, quis produzir o resultado previsto para a sua conduta; e
- b) Dolo indireto ou eventual: quando o acusado, mesmo prevendo o resultado, praticou a conduta

¹⁰¹ ZAFFARONI, 2005, p. 345.

aceitando o risco de produzi-lo.

De modo diverso do dolo, no tipo culposo, pune-se a conduta mal dirigida, geralmente destinada a atender a um fim lícito, consistindo na divergência entre a ação efetivamente realizada e a que deveria ter sido praticada, em virtude da inobservância do dever objetivo de cuidado.

A culpa externa-se por meio de três modalidades, nas quais, embora o resultado da conduta fosse previsível, o acusado simplesmente não previu seu potencial ofensivo (culpa inconsciente) ou o previu – consciente da lesão ao dever de cuidado –, mas nunca quis o resultado alcançado ou assumiu o risco pela sua ocorrência (culpa consciente). Senão vejamos as três modalidades de culpa:

- a) Negligência: é a displicência no agir, a falta de precaução do agente, que podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. Implica em uma omissão, um não-agir por descuido, indiferença ou desatenção ocorrida em momento anterior à ação. Por isso, se diz que o autor do ato cometido por negligência não teria pensado na possibilidade do resultado, razão pela qual configuraria a culpa inconsciente;
- b) Imprudência: é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e com caráter comissivo. É caracterizada pela intempestividade, precipitação, insensatez ou moderação do agente. Neste caso, o agir descuidado não observa o cuidado objetivo que as circunstâncias fáticas exigem, resultando, portanto, na concomitância entre ação e culpa. Conclui-se que o agente tem consciência de sua ação imprudente, mas, ao acreditar que não produzirá o resultado, avalia mal e age, momento em que o resultado não desejado ocorre; e
- c) Imperícia: é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício da arte, profissão ou ofício. Diferencia-se do erro profissional, pois este consiste em acidente escusável, justificável e, geralmente, imprevisível; ligando-se primariamente à imperfeição dos conhecimentos humanos.

Em sede penal, a regra é que a conduta somente configurará crime quando nela tiver sido empregada uma das formas de dolo, sendo expresso que a lei sempre irá determinar os crimes passíveis de serem cometidos culposamente. Todavia, em se tratando de infrações disciplinares, isso não é válido. Na maior parte dos casos, como as hipóteses são abertas, as suas características próprias e a interpretação da gravidade de cada uma é que irão determinar quando haverá a exigência do dolo e quando bastará a culpa.

Frise-se que a sobrevivência ou não de dano para a Administração Pública não é fator determinante do ânimo subjetivo do acusado, pois uma conduta dolosa pode não implicar em prejuízo algum, ao passo em que um ato negligente pode vir a causá-lo.

11.2.2. Antijuridicidade ou ilicitude

O jurista Eugênio Raúl Zaffaroni ensina que a antijuridicidade da conduta está no fato dela ser contrária ao disposto em uma norma do ordenamento jurídico, sem estar amparada por nenhuma outra que a autorize, nas condições em que fora praticada. Em suas palavras,

O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas também no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.).¹⁰²

As causas de justificação nada mais são que causas legais de exclusão da antijuridicidade, as quais deverão encontrar-se igualmente amparadas pelo elemento subjetivo da consciência de agir acobertado por uma excludente, ou seja, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio.

¹⁰² ZAFFARONI, 2005. p. 488.

Porém, de outro lado, caso o agente exceda os limites da norma permissiva, de forma dolosa ou culposa, responderá pelo excesso. Essas hipóteses serão identificadas quando o agente impuser sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado.

O Direito Penal define três causas de justificação, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal.

Devendo o ordenamento normativo ser harmônico, primando pela segurança jurídica, tais excludentes de ilicitude da conduta também afastarão a caracterização da infração quando presentes em sede disciplinar, já que a antijuridicidade também é um dos seus elementos. Assim estabelece o Código Penal:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único: o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Por serem situações que, eventualmente ocorridas, serão alegadas pela defesa, deverão ser inequivocamente comprovadas no curso da instrução probatória, para que o acusado possa deixar de ser indiciado.

Conforme anteriormente anotado, os excessos dolosos ou culposos porventura praticados permanecerão ilícitos. Ou seja, o acusado não estará a salvo da indicição ou da penalidade disciplinar, no tocante aos atos que venham a extrapolar os limites da causa de justificação.

Aproveitando os conceitos expostos no Código Penal, apresenta-se em seguida uma breve noção de cada uma destas causas de justificação, que excluem a ilicitude da conduta, e, portanto, afastam a responsabilidade disciplinar.

11.2.2.1. Estado de Necessidade

Segundo o Código Penal:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

Para Bitencourt, “o estado de necessidade caracteriza-se pela colisão de interesses juridicamente protegidos. Devendo um deles ser sacrificado em prol do interesse social”.¹⁰³

Para a configuração do estado de necessidade, é necessária a demonstração de que o empregado corria perigo no momento em que praticou o fato previsto na lei como infração disciplinar. Não se fala em estado de necessidade quando o perigo já passou ou é provável de ocorrer no futuro. Ademais, se o próprio agente concorreu para a criação do perigo ou podia evitá-lo por outro meio, o estado de perigo é descaracterizado.

Fala-se em perigo quando o empregado está em situação tal que deixar de praticar a conduta tida por infração disciplinar coloque em risco qualquer bem (vida, patrimônio, intimidade, etc.), próprio ou alheio, desde que, nas circunstâncias, não fosse razoável que fosse sacrificado.

¹⁰³ BITENCOURT, 2010, p. 363.

Não se confunde estado de necessidade e legítima defesa. Enquanto nesta a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta, naquela a ação dirige-se contra bem de terceiro não envolvido.

11.2.2.2. Legítima Defesa

Ainda de acordo com o Código Penal, a legítima defesa é assim conceituada:

Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Conforme apontam os estudiosos, difere-se a legítima defesa e o estado de necessidade:

As principais distinções entre ambas estão em que na legítima defesa há reação contra agressão e, no estado de necessidade, existe ação em razão de um perigo e não de uma agressão. Só há legítima defesa contra agressão humana, enquanto o estado de necessidade pode decorrer de qualquer causa.¹⁰⁴

11.2.2.3. Estrito Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito

Aqui impera a lógica da já mencionada harmonia do ordenamento jurídico, onde uma conduta não poderá ser um ilícito penal quando, em legislação extrapenal, ela é posta como um dever daquele servidor acusado ou apresenta-se como um direito regularmente exercido por ele.

A fim de caracterizar o estrito cumprimento do dever legal, devem ser observados dois requisitos: (i) estrito cumprimento – somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; e (ii) de dever legal – é indispensável que o dever decorra da lei, não o caracterizando os deveres de cunho moral, religioso ou social.

Quanto ao exercício regular de direito, a doutrina tradicional entende que este não poderá ser de qualquer forma antijurídico, bem como deverá restringir-se aos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, ocorre o que chamamos de abuso de direito, o qual não constitui causa de justificação válida.

Do mesmo modo, considerada um dever ou um direito por qualquer normativo, nos exatos termos em que foi levada a efeito, a conduta tampouco será uma infração disciplinar.

11.2.2.4. Culpabilidade

Por último, integrando a estrutura do crime, a culpabilidade é tratada pela doutrina como sendo a reprovabilidade atribuída à conduta do acusado. Estabelecendo-a de forma simplificada, a sua presença é a regra, uma vez que o Direito Penal determina algumas poucas circunstâncias sob as quais, praticada a conduta típica e antijurídica, haverá ausência de culpabilidade.

Tais circunstâncias, quando comprovadas, fazem com que a conduta não seja considerada reprovável. Os motivos que podem levar ao afastamento da culpabilidade são os seguintes: inimputabilidade do acusado; inexigibilidade de conduta diversa ou incapacidade de compreender a potencial ilicitude da conduta no momento da sua prática.

A primeira causa excludente de culpabilidade surge em razão da pessoa que exerceu a conduta ser considerada não imputável pelo Direito Penal, pela redução da sua capacidade, sendo o caso do menor de dezoito anos, do indígena não aculturado e do doente mental, este último nas seguintes condições:

¹⁰⁴ DELMANTO et al., p. 47.

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (...) (Código Penal)

Portanto, pode-se afirmar de forma genérica que será imputável aquele agente possuidor de condições de normalidade e maturidade psíquicas. Para tanto, para o reconhecimento da inimputabilidade é suficiente que o agente não detenha o entendimento ou autodeterminação.

Também é afastada a culpabilidade de quem não se podia exigir conduta diversa, por ter agido sob coação irresistível (submetido a força física ou grave ameaça) ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. No entanto, o autor da coação ou da ordem deverá ser punido.

A coação irresistível capaz de afastar a culpabilidade é tão-somente a moral, conhecida como grave ameaça, uma vez que a coação física exclui a própria ação, resultando em conduta atípica.

Entende-se como coação irresistível: “tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha, consequentemente, trata-se da coação moral”.¹⁰⁵

Acerca da obediência hierárquica, independentemente de ser originada de relação pública ou privada, aquela significa a estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal e deve ter como pressuposto a inexigibilidade de conduta diversa.

O art. 28, § 1º, do Código Penal ainda autoriza a exclusão da penalidade quando, no momento da ação ou omissão, o agente se encontrava em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, de tal forma que estivesse completamente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta.

Vale ressaltar que a embriaguez pode ser provocada pelo álcool, drogas e substâncias de efeito análogo e, para excluir a culpabilidade, o estado de embriaguez completa não pode ter sido atingido pelo acusado de forma voluntária ou culposa.

11.3. Classificação em função do resultado

Existem outros conceitos e classificações no Direito Penal que podem auxiliar no entendimento do Direito Administrativo Disciplinar.

Neste sentido, interessante também mencionar que, em função da produção de um resultado naturalístico, isto é, de uma modificação no mundo exterior produzida pelo autor da conduta, o crime poderá ser classificado em material, formal ou de mera conduta, classificação que também pode ser estendida à infração disciplinar:

- a) Crime material: para que seja configurado, exige que a conduta produza, no caso concreto, o resultado descrito na norma. Isto é, para a sua consumação é indispensável a produção de um dano efetivo;
- b) Crime formal: a conduta prevê a possibilidade da ocorrência de um resultado, mas este é apenas o exaurimento daquela, não precisando necessariamente ser alcançado para que o crime seja configurado. Neste tipo de crime, apesar do resultado ser descrito, a consumação independe da ocorrência de dano efetivo, sendo necessário tão-somente um dano potencial; e
- c) Crime de mera conduta: não prevê um resultado naturalístico para a conduta, bastando a sua prática para que o crime seja configurado, isto é, o legislador prevê somente o comportamento do agente, sem qualquer preocupação com o resultado decorrente da conduta ilícita.

¹⁰⁵ BITENCOURT, 2010, p. 420.

11.4. Erro de Tipo e Erro de Proibição

Por vezes, a despeito da correspondência entre a ocorrência do fato descrito no tipo ou hipótese legal e a conduta do agente, esta pode ter sido praticada em decorrência de algum equívoco. Tal equívoco pode recair sobre algum elemento descrito na norma que prevê a infração disciplinar (erro de tipo, porque incidente sobre o tipo infracional), eliminando assim a tipicidade dolosa, ou ainda sobre a ilicitude da conduta (erro de proibição, porque incidente sobre uma causa de justificação), excluindo a culpabilidade.

Em se tratando de condutas disciplinares, a ignorância acerca das normas, sejam proibitivas ou permisivas, não pode ser alegada pelo empregado, uma vez que é seu dever conhecê-las. Dessa forma, o erro de proibição, que será uma hipótese de exclusão da culpabilidade, poderá ocorrer somente em eventual situação na qual o acusado tenha falsa percepção da realidade, fazendo-o supor que sua conduta esteja abrangida por uma causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Por exemplo, incorre em erro de proibição o empregado que derrubou e, por isso, danificou diversos computadores recém-adquiridos, os quais estavam no caminho da saída de emergência, após ter atendido um telefonema onde o interlocutor afirmara que havia um incêndio no prédio, quando na verdade se tratava de um trote.

O erro de tipo, por sua vez, consiste em agir por engano em relação ao fato típico, o que exclui o dolo da conduta, pela falta de intenção do agente em realizar aquele tipo ou hipótese legal que acabou restando caracterizada. Pode-se diferenciar o erro vencível do invencível, o que será feito por meio do exemplo a seguir.

O empregado que entrega documento sigiloso a terceiro, acreditando tratar-se de um mensageiro autorizado do destinatário, incorre em erro de tipo, pois ignora um dos elementos da conduta típica: o fato de estar divulgando o documento sigiloso.

Suponha-se que o terceiro tenha chegado à repartição para buscar uma certidão pessoal anteriormente solicitada, no mesmo horário no qual o mensageiro chegaria para levar o documento sigiloso; o empregado, ocupado com outros afazeres, e acreditando ser ele o tal mensageiro, entrega-lhe o documento sigiloso sem maiores questionamentos. Neste caso, o dolo em divulgar o documento sigiloso não existiu, mas tal divulgação poderia ter sido evitada com uma atitude mais cuidadosa do servidor, fator que caracteriza o erro de tipo vencível, e torna a conduta punível na forma culposa.

Agora, imagine-se que o terceiro, ciente de que haveria a entrega do documento sigiloso ao mensageiro, de alguma forma o intercepta e por ele se faz passar, identificando-se como tal na repartição, no horário combinado. Percebe-se que, nesta situação, o servidor não tinha como notar o engano, caracterizando-se o erro de tipo invencível e fazendo com que a conduta seja atípica, pois que ausentes tanto o dolo quanto a culpa.

Sem adentrar nas inúmeras discussões que existem no Direito Penal acerca da disciplina das consequências do erro de tipo e do erro de proibição, o que importa na seara administrativa é que tendo o empregado praticado conduta que aparentemente se adegue a uma infração disciplinar (típica, antijurídica e culpável), verificado que assim agiu porque incorreu em erro relevante, seja porque não tinha consciência, no caso concreto, da existência de um elemento caracterizador da conduta típica (erro de tipo), ou porque acreditava agir de forma lícita (erro de proibição), cumpre investigar se este erro era evitável, isto é, se um empregado diligente não teria incorrido no mesmo erro.

Se o erro era evitável, cabe a responsabilização se existir uma modalidade culposa da conduta praticada. Se, por outro lado, mesmo o empregado diligente teria incorrido no mesmo erro, exclui-se a possibilidade de responsabilização, seja por ausência de dolo ou culpa (erro de tipo), seja por exclusão da culpabilidade (erro de proibição).

11.5. Princípio da Insignificância ou da Bagatela

Viu-se que o primeiro requisito da infração disciplinar é que a conduta seja típica, conjugadas as tipicidades objetiva e subjetiva. Portanto, a ausência tanto do dolo quanto da culpa afasta toda a tipicidade da conduta, que então não deverá ser considerada uma infração disciplinar.

Certas condutas, entretanto, poderão ser atípicas no Direito Penal, em virtude da inexpressiva ofensa que tiverem causado ao bem jurídico tutelado. Este é o fundamento do Princípio da Insignificância ou da Bagatela, defendido por alguns doutrinadores sob o argumento de que a tipicidade também exige que o bem jurídico protegido pela norma que prevê a infração seja efetivamente afetado, e, assim, a irrelevância da lesividade material do ato o excluiria do âmbito de proibição da norma, deixando de existir a tipicidade.

Seria possível adaptar este princípio ao Direito Disciplinar, abarcando aquelas condutas que à primeira vista seriam enquadráveis legalmente, mas que devido ao ínfimo potencial ofensivo, não são capazes de afetar o interesse público tutelado. Contudo, como ele não consta expressamente reconhecido no ordenamento jurídico administrativo, pode também ser considerado uma decorrência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Obviamente, a aplicação do princípio da insignificância, externando-se em um não-indiciamento do empregado, dependerá do caso concreto, já que a conduta deve ser realmente irrelevante dentro do contexto em que se encontra, valorada de acordo com a percepção do senso comum.

Logo, a comissão deve saber diferenciar um fato insignificante para a regularidade interna da Administração Pública daquele pouco grave, mas que mereça ser apenado, pelo menos com advertência.

Como exemplo de aplicação do princípio da bagatela, a comissão não indiciaria um empregado público contra o qual apenas restou provado o uso pessoal da máquina fotocopadora para a reprodução de documento de identidade que será utilizado em assuntos particulares. De outro lado, se o empregado responsável pela operação de máquina fotocopadora cobra de particulares a reprodução de documentos, e retém a importância para si, ainda que se trate de valores ínfimos, a conduta do acusado demonstra falta de honestidade, o que caracteriza ofensa a bem jurídico protegido pela norma, afastando a aplicação do princípio da bagatela.

Por fim, vale relembrar a importância do princípio da insignificância no momento do juízo de admissibilidade para eventual instauração de procedimento disciplinar. Isto porque, a Administração Pública dispõe do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), abordado no capítulo 19 deste Manual, como forma de evitar a abertura de apuratórios disciplinares nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo.

12. RELATÓRIO DA COMISSÃO

Após o término da instrução probatória sem indicição de qualquer empregado ou após análise da defesa escrita eventualmente apresentada, a comissão apresenta relatório à autoridade instauradora, que poderá julgar o processo ou, não possuindo competência para tal, encaminhá-lo a quem couber.

Esse relatório deve ser minucioso, ao detalhar todas as provas em que se baseia a convicção final, e conclusivo quanto à comprovação de culpa ou dolo do indiciado ou quanto à inocência ou insuficiência de provas para atribuir a ele o cometimento do ato faltoso. O relatório não pode ser meramente opinativo e muito menos pode apresentar mais de uma opção de conclusão e deixar a critério da autoridade julgadora escolher a mais justa.

De modo a subsidiar a autoridade que julgará o procedimento, o relatório deve conter:

- antecedentes do processo (por exemplo, relato da representação que ensejou a instauração do procedimento);
- fatos apurados pela comissão na instrução probatória;
- razões de indicição;
- apreciação detalhada de todos os argumentos apresentados pela defesa, ponto a ponto, para acatamento ou refutação;
- manifestação conclusiva acerca da culpa ou inocência do empregado indiciado, com indicação clara e expressa das provas que sustentam tal conclusão;
- indicação de que o ato faltoso comprovado se enquadra em determinado dispositivo legal (especialmente, CLT) ou consta em normativo da empresa, e sugestão de penalidade, salvo se, neste último caso, no normativo interno da estatal houver previsão diversa¹⁰⁶.

Na hipótese de surgir divergência entre os integrantes da comissão, qualquer dos membros pode elaborar relatório em separado. Certamente, tal situação fragiliza a conclusão da comissão, mas não há obrigatoriedade de consenso. De todo modo, competirá à autoridade julgadora dirimir a questão, proferindo julgamento no processo.

13. JULGAMENTO

Encerrada a fase de instrução do processo e, se for o caso, realizada a indicição do investigado, a comissão elaborará seu relatório final, que será remetido para decisão da autoridade competente. Ressalta-se que, com a elaboração do relatório final, a comissão se desfaz e, portanto, qualquer outra solicitação feita por parte do interessado, tal como solicitação de cópia dos autos, não deverá mais a ela ser dirigida e sim à autoridade com quem se encontra o processo.

O julgamento será de responsabilidade daquela autoridade que regimentalmente possui competência para a decisão e respectiva aplicação da sanção cabível, se assim for o caso.

Preliminarmente, a autoridade julgadora deverá avaliar os aspectos formais dos trabalhos conduzidos pela comissão, especialmente no tocante à aderência aos normativos internos da empresa para, após, passar à análise quanto ao mérito das constatações do processo.

Apesar de não se encontrar vinculada à conclusão constante do relatório final da comissão, recomenda-se que a autoridade o avalie criteriosamente e, caso entenda de forma divergente, motive seu posicionamento, conforme prevê o art. 50 da Lei nº 9.784/1999.

Todavia, necessário aqui apontar uma limitação à autoridade julgadora no caso de entender pela existência de indícios de cometimento de infração, enquanto a comissão recomendou a exculpação.

Acaso o regulamento interno da empresa estatal preveja etapa formal de acusação do empregado envolvido (indicição), mas a comissão entender pela sua absolvição sem o cumprimento de tal etapa, a autoridade julgadora, entendendo de forma diferente, não poderá simplesmente aplicar a sanção disciplinar. Para a correta aplicação de sanção disciplinar, o rito processual ao qual a empresa se vinculou por normativo interno deverá ser observado na íntegra, sob pena de sua nulidade. Desse modo e na hipótese em análise, a autoridade deverá designar novo colegiado para promover a pertinente indicição e, entendendo cabível, determinar a aplicação de penalidade após o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

¹⁰⁶ Ressalta-se que existem estatais cujos normativos internos ainda não contêm previsão acerca da necessária sugestão de penalidade no Relatório Final da Comissão.

13.1. Competências nos processos disciplinares contra diretores

Estabelecido, em normativo próprio, que os diretores das estatais devem respeito ao mesmo regime disciplinar que seus subordinados empregados públicos, há que se perquirir a forma e quem detém competência para apurar os indícios de infração disciplinar cometida por eles.

Em regra, os diretores das empresas estatais compõem uma Diretoria Colegiada, que é órgão superior até mesmo ao seu Presidente, ainda que este também a componha, sendo esse órgão somente subordinado ao Conselho de Administração. Tal estrutura hierárquica culmina na impossibilidade de existir alguma autoridade com competência para aplicar sanções aos membros da Diretoria Colegiada.

Desse modo, há que se atentar para o fato de que, se não há autoridade dentro da empresa que detenha Poder Disciplinar sobre o diretor infrator, porquanto não há vínculo de hierarquia entre este e os demais dirigentes, há, de outro lado, em face do já mencionado princípio da moralidade, a necessidade de a empresa apurar em toda sua extensão os ilícitos que afetem seu funcionamento ou seu patrimônio.

Todavia, o fato de que a ilicitude possa ter sido cometida por diretor da estatal, sobre quem não há possibilidade de aplicação de sanção disciplinar por autoridade interna à empresa por falta de ascensão hierárquica, não impede a instauração do procedimento disciplinar, que deverá completar todo o seu rito, até a fase anterior ao julgamento, ocasião em que o processo deve ser encaminhado à autoridade que nomeou o diretor para o cargo, a qual detém também competência para desfazer o ato¹⁰⁷.

Do exposto, conclui-se pelas seguintes medidas a serem adotadas no caso de apuração de infração cometida por diretor, fazendo-se a distinção necessária com relação às situações em que há ou não vínculo efetivo do diretor com a Administração Pública:

- a) se o diretor infrator é empregado público oriundo dos quadros funcionais da estatal em que praticou o ato, há que se apurar os fatos, oferecendo ao diretor os meios de defesa previstos nos normativos internos da empresa e, ao final, remeter-se o processo à autoridade competente para o seu julgamento, à luz do regime disciplinar da estatal e, no caso de apenação, poderá haver repercussão no seu vínculo originário, inclusive com a aplicação da sanção de rescisão por justa causa, se essa for a situação.
- b) se o diretor infrator não possui qualquer vínculo efetivo com a Administração Pública (não é servidor efetivo nem empregado público) e existe previsão regulamentar para a sua submissão ao regime disciplinar da estatal, há que se apurar os fatos, oferecendo ao diretor os meios de defesa previstos, e, ao final, remeter-se o processo à autoridade competente para o seu julgamento, à luz do regulamento aplicável;
- c) se o diretor infrator não possui qualquer vínculo efetivo com a Administração Pública (não é servidor efetivo nem empregado público) e não existe previsão regulamentar para a sua submissão ao regime disciplinar da estatal, há que se apurar inquisitorialmente os fatos, ou seja, mediante procedimento de natureza investigativa, e, ao final, remeter-se o processo à unidade externa à empresa que possuir competência para os encaminhamentos cabíveis (Comissão de Ética Pública da Presidência da República, Ministério Público Federal, etc.); e
- d) se o diretor infrator é também empregado público de outra estatal ou servidor público federal, cabe a averiguação inicial dos fatos na empresa, com vistas à adoção das medidas internas cabíveis (instauração de tomada de contas especial, proposição de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, comunicação de crime às autoridades policiais, etc.), mas é impreterível que se comunique ao Órgão de origem para adoção das medidas disciplinares cabíveis.

¹⁰⁷ Observe-se que a regra do encaminhamento do processo à autoridade que nomeou o empregado deve-se a uma interpretação acerca do princípio da hierarquia, segundo o qual autoridade inferior não tem competência para praticar ato tendente a derrogar os efeitos de ato praticado por superior hierárquico.

Em todos os casos, devem ser ressalvadas as competências da Controladoria-Geral da União, atualmente previstas nos arts. 51 e 52 da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, conforme se lê:

Art. 51. Constituem áreas de competência da Controladoria-Geral da União:

I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal; (...)

Art. 52. Ao Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União, no exercício da sua competência, incumbe, especialmente: (...)

II - instaurar procedimentos e processos administrativos a seu cargo, requisitar a instauração daqueles que venham sendo injustificadamente retardados pela autoridade responsável e constituir comissões;

III - acompanhar procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;

Neste tocante, destaque-se que a CGU é o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, criado pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, do qual se destaca:

Art. 4º Compete ao Órgão Central do Sistema:

I - definir, padronizar, sistematizar e normatizar, mediante a edição de enunciados e instruções, os procedimentos atinentes às atividades de correição;

.....

VIII - instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares, em razão:

a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem;

b) da complexidade e relevância da matéria;

c) da autoridade envolvida; ou

d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade;

.....

XII - avocar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares em curso em órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, quando verificada qualquer das hipóteses previstas no inciso VIII, inclusive promovendo a aplicação da penalidade cabível; (Incluído pelo [Decreto nº 7.128, de 2010](#)).

Ressalta-se da Instrução Normativa CGU nº 14, de 14 de novembro de 2018 aquelas disposições relacionadas à supervisão da atividade correcional pela CGU, inclusive no âmbito das empresas estatais:

Art. 59. A supervisão da atividade correcional inclui:

I - a coleta e análise de informações relativas aos órgãos e às entidades supervisionados com o fim de diagnosticar falhas, impropriedades ou possibilidades de melhoria na execução da atividade correcional e de identificar ilícitos correccionais cuja apuração demande acompanhamento ou atuação direta do Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal;

II - a análise do desempenho da atividade correcional e da regularidade de apurações correccionais identificadas como de acompanhamento necessário; e

III - a elaboração de recomendações e de determinações aos órgãos e entidades supervisionados.

Art. 60. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal, observado o sigilo legal, deverão:

I - atender prontamente às unidades setoriais e às Controladorias Regionais da União nos Estados nas solicitações de informações, cópias ou remessa de autos originais de procedimentos correccionais concluídos ou em curso;

II - atender às determinações de instauração de procedimentos correccionais e observar recomendações acerca do exercício de sua atividade correccional proferidas pelas unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados;

III - cadastrar e manter atualizadas as informações referentes aos procedimentos correccionais sob sua responsabilidade nos Sistemas CGU-PAD e CGU-PJ, nos termos, respectivamente, das Portarias CGU nº 1.043, de 24 de julho de 2007, e nº 1.196, de 29 de maio de 2017; e

IV - inserir, nos Sistemas CGU-PAD e CGU-PJ, cópia digitalizada ou eletrônica dos relatórios finais dos procedimentos correccionais, bem como outras peças relevantes à instrução processual, conforme orientação das unidades setoriais e Controladorias Regionais da União nos Estados.

§ 1º O agente público que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo ao desempenho da atividade correccional ficará sujeito à responsabilização, nos termos da lei.

§ 2º O servidor deverá resguardar os dados e informações a que tiver acesso em decorrência da atividade correccional, utilizando-os exclusivamente para o exercício de suas funções.

Art. 61. Para a consecução dos objetivos da supervisão correccional, as Corregedorias Setoriais e as Controladorias Regionais da União nos Estados poderão, dentre outras ações, realizar Inspeções Correccionais e Visitas Técnicas Correccionais nos órgãos e entidades do Poder Executivo federal.

14. PENALIDADES APLICÁVEIS AOS EMPREGADOS PÚBLICOS

A CLT não enumera os tipos de penalidades a serem aplicadas aos trabalhadores, mas ao dispor que determinadas faltas constituem justa causa para a demissão (arts. 482 e 493) e que “a suspensão do empregado por mais de 30 dias importa na rescisão indireta do contrato de trabalho (art. 474)”, dá o rumo a ser seguido.

Sendo, pois, aplicável ao empregado público as disposições contidas na CLT, assim como também os costumes e a jurisprudência trabalhista, cumpre listar três espécies de penas passíveis de serem impostas pela administração ao faltoso que é regido por esse regime jurídico, aplicadas pela maioria das empresas estatais nos procedimentos disciplinares:

- a) advertência (verbal ou escrita);
- b) suspensão; e
- c) dispensa com justa causa.

É importante ressaltar que, embora não sejam requisitos inafastáveis, há que se observar a gradação e a proporcionalidade na aplicação dessas penalidades – o empregador deverá punir as faltas mais leves com as penas mais brandas, e as faltas mais graves com penas mais severas.

14.1. Advertência

A penalidade de advertência é a forma mais branda de exercício do poder disciplinar pelo empregador. É aceitável nas modalidades verbal ou escrita. Todavia, desaconselha-se que as empresas estatais

utilizem a modalidade verbal, por conferir o entendimento de que sua aplicação não restaria registrada em qualquer documento, o que, naturalmente, impossibilitaria sua utilização como uma agravante no caso de reincidência da conduta faltosa.

Apesar de não prevista em texto legal, a doutrina trabalhista é unânime em apontar a pena de “advertência” como uma forma de punição ao empregado faltoso. Diferentemente da justa causa, doutrina e jurisprudência entendem pacífica a possibilidade de aplicação de advertência, mesmo inexistindo previsão expressa na lei. Isso ocorre porque se trata de penalidade que milita, no conjunto, a favor do obreiro, pois se a falta é leve não seria razoável lhe aplicar penalidade mais grave (suspensão ou justa causa).

Maurício Godinho Delgado, ao tratar das penalidades acolhidas pelo Direito Trabalhista brasileiro, após relacionar a advertência como uma delas, diz que:

Entre as penas aplicáveis ao obreiro, a advertência (ou admoestação) [...] tem origem autônoma, em especial nos costumes trabalhistas (fonte do Direito, conforme art. 8º, CLT), embora seja referida por alguns instrumentos convencionais coletivos. Raramente tem sido mencionada pela legislação heterônoma estatal.¹⁰⁸

14.2. Suspensão Disciplinar

A suspensão disciplinar é prevista no artigo 474 da CLT:

Art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

Não há limite mínimo, mas, apenas máximo, tal que, acima de 30 dias, a suspensão é considerada ilícita, caracterizando falta grave cometida pelo empregador (art. 483 da CLT). As condições e formas da suspensão disciplinar são geralmente previstas em instrumentos coletivos ou no regimento interno da empresa. Sua duração deverá ser proporcional à falta cometida, conforme entendimento motivado da autoridade julgadora.

Necessário pontuar aqui outra diferenciação ao regime aplicável aos servidores estatutários. Enquanto a Lei nº 8.112/1990 prevê a possibilidade de converter a penalidade de suspensão em multa de 50% do salário, ao empregador não é permitido impor a sanção de multa (art. 462 da CLT), salvo no caso de atletas profissionais ou para fins de reparação de dano causado dolosamente.

A esse respeito, cita-se a seguinte decisão do TST, que remete ao art. 462 da CLT, que dispõe acerca da impossibilidade do empregador de, em regra, efetuar desconto nos salários dos empregados:

O acórdão consignou que: “(...) a teor do disposto no artigo 462, § 1º da CLT, abaixo transcrito, só poderão ser efetuados descontos no salário do empregado a título de ressarcimento por prejuízos culposamente causados por este quando houver acordo neste sentido, o que não foi demonstrado no caso em tela. Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 1º Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Ademais, a recorrente imputa ao recorrido vários tipos de irregularidades, tais como registros e cobranças de horas extras indevidas e irregulares, pagamentos irregulares pelos serviços de limpeza dos silos, desaparecimento de 10 (dez) sacos de farinha de trigo, criação e manutenção de animais na U.A, retirada indevida de resíduos ou varreduras, ou derrames, ou pó de trigo e malte, etc. de difícil avaliação e quantificação.

¹⁰⁸ DELGADO, 2008, p. 669.

Diante do exposto, não obstante a existência de um possível dano e sua relação com a conduta do empregado, não é possível autorizar o ressarcimento ante a ausência de previsão, e da quantificação e apuração adequadas pelo que deve ser mantida a sentença recorrida em todos os seus termos. (fls. 2290/2292)

O Tribunal não autorizou o ressarcimento dos valores desviados pelo recorrido porque entendeu que eles resultaram de atos de difícil avaliação e quantificação.

Neste aspecto, a pretensão da parte recorrente, assim como exposta, importaria, necessariamente, no reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 126/TST e inviabiliza o seguimento do recurso". (Processo: AIRR - 111040-36.2005.5.16.0003, Data de Julgamento: 16/09/2009, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 25/09/2009).

14.3. Dispensa por justa causa

A penalidade máxima trabalhista é prevista no artigo 482 da CLT, cujas hipóteses de falta grave (alíneas "a" a "l" e parágrafo único) são enumeradas de forma taxativa, como reconhecem doutrina e jurisprudência, embora haja, também, previsão de justa causa em outros poucos dispositivos legais. Pela sua relevância, será tratado em tópico apartado (item 15.2).

14.4. Dispensa sem justa causa

Inicialmente, cumpre destacar que a dispensa sem justa causa não é uma sanção disciplinar, mas sim uma faculdade do empregador de rescindir o contrato de trabalho, ficando, contudo, obrigado a indenizar o empregado.

A doutrina diverge em grande medida acerca da possibilidade de as empresas estatais promoverem a rescisão unilateral do contrato de trabalho sem motivação, sendo possível encontrar posicionamentos no sentido de que tais entes, enquanto vinculados aos princípios constitucionais aplicáveis a toda Administração Pública, não poderiam adotar tal conduta sem fundamentação válida e expressa.

Sobre o tema, cita-se o entendimento de Alice Monteiro de Barros, para quem **"a despedida imotivada desprestigia o concurso, utilizado para obtenção de moralidade e eficiência no serviço"**¹⁰⁹. No entendimento da citada autora, qualquer decisão, especialmente a de demitir um empregado público, somente é válida se houver a motivação, indispensável em todos os atos administrativos, seja vinculado ou discricionário, porque previsto implicitamente no artigo 93, X da CF/88, aplicado por analogia à Administração Pública, ou ainda no artigo 5º, XXXIII da Carta Magna, bem como nos artigos 2º e 50 da Lei 9.784/1999.

No mesmo sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁰:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

Todavia, permanece incólume a jurisprudência consagrada do Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio de Orientação Jurisprudencial, no sentido de que as empresas estatais estariam desobrigadas de

¹⁰⁹ DELGADO, 2008, p. 430.

¹¹⁰ MELLO, 2013, p. 225.

motivarem a despedida de empregados públicos, à exceção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que foi pontualmente excetuada de tal regra, in verbis:

Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-I: “SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais”.

Ocorreu que, após a já citadas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho sobre o assunto, o entendimento sobre a matéria é no sentido de que é exigida a motivação da dispensa sem justa causa de seus empregados.

Em relação às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a jurisprudência ainda não é firme no que se refere à possibilidade de dispensa imotivada (sem justa causa), conforme se observa nos seguintes julgados de Turmas do TST:

RECURSO DE REVISTA - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - EMPRESA PÚBLICA - RESCISÃO CONTRATUAL IMOTIVADA - IMPOSSIBILIDADE - ENTENDIMENTO DO STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 589.998 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998, ocorrido em 20/3/2013, entendeu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista precisam motivar o ato de rompimento sem justa causa do pacto laboral. Em face dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, o ente da administração pública indireta que explora atividade econômica deve expor as razões do ato demissional praticado e a elas fica vinculado. A motivação do ato de dispensa resguarda o empregado e, indiretamente, toda a sociedade de uma possível quebra do postulado da impessoalidade e moralidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Além disso, a exposição dos motivos viabiliza o exame judicial da legalidade do ato, possibilitando a compreensão e a contestação da demissão pelos interessados. Assim, a falta da exposição dos motivos ou a inexistência/falsidade das razões expostas pela Administração Pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade. Logo, deve ser reputada nula a demissão sem justa causa do reclamante que não apresenta motivação. Diante do moderno entendimento do STF, deixo de aplicar a Orientação Jurisprudencial nº 247, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 9382820125180008 938-28.2012.5.18.0008, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 18/09/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/09/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO/ BANCO DE HORAS. HORAS EXTRAS/ BASE DE CÁLCULO. DIVISOR DE HORAS EXTRAS. DESPACHO MANTIDO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantido o despacho que negou seguimento ao Recurso de Revista, pois subsistentes os seus fundamentos. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. DISPENSA IMOTIVADA. PRIVATIZAÇÃO. REINTEGRAÇÃO/INDENIZAÇÃO. O plenário do Supremo Tribunal Federal, em 20/3/2013, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 589.998, a despeito do reconhecimento da inaplicabilidade do instituto da estabilidade no emprego aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, assentou o posicionamento de que é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista, tanto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que prestem serviços públicos. Na hipótese dos autos, o Banestado era

sociedade exploradora de atividade econômica, hipótese diversa da retratada na citada decisão proferida pelo STF, logo aplicável o item I da OJ nº 247 da SBDI-I desta Corte. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. (AIRR - 623-04.2011.5.09.0002, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 14/05/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/05/2014).

14.5. Penalidades não permitidas

Maurício Godinho Delgado chama atenção para o fato de que existem modalidades de penas cuja aplicação não é compatível com a ordem jurídica trabalhista brasileira, devendo-se rejeitar **“todo tipo de prática punitiva que agrida a dignidade do trabalhador ou que atente contra direito individual fundamental”**¹¹¹.

O mesmo autor ainda chama atenção para o fato de que certas práticas, apesar de “admitidas sob certos fundamentos e em face de determinados objetivos no contexto empregatício, são francamente vedadas enquanto instrumentos punitivos”¹¹², apontando os seguintes exemplos de penalidades ilícitas:

- a) Transferência do empregado: é vedada se aplicada em caráter punitivo, conforme a Súmula nº 43 do TST¹¹³;
- b) Rebaixamento punitivo do empregado: o retorno a cargo inferior da carreira, anteriormente ocupado (a reversão legítima a cargo efetivo, após ocupação de cargo de confiança, é permitida – art. 468, parágrafo único, da CLT);
- c) Redução salarial: é vedada se aplicada como forma de punição¹¹⁴; e
- d) Multa: conforme já tratado anteriormente, a aplicação da sanção de multa só é admitida no ordenamento jurídico brasileiro em se tratando de atleta profissional.

15. DISPENSA COM JUSTA CAUSA

A justa causa consiste na prática, por parte de uma das partes, de ato doloso ou culposamente grave o suficiente para ensejar a rescisão do contrato de trabalho.

Conforme leciona Alice Monteiro de Barros, a legislação brasileira adota o sistema taxativo das faltas que ensejam a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Nesse sentido, a CLT traz dois dispositivos distintos que tratam da matéria. O art. 482 cuida das hipóteses de condutas praticadas pelo empregado que justificam a rescisão do contrato por justa causa pelo empregador. Já o art. 483 elenca as situações em que o empregado poderá pleitear a rescisão indireta do seu contrato de trabalho, em razão de ato faltoso praticado pelo empregador.

Para os fins deste Manual, serão tratadas especificamente as situações previstas no art. 482 da CLT.

Cumprе ressaltar que, apesar de em princípio se falar da existência de um rol taxativo constante do art. 482, existem outras infrações dispersas na CLT que são aplicáveis aos empregados de categorias específicas ou situados em circunstâncias especiais. A esse respeito, exemplificam-se os arts. 158, parágrafo único

¹¹¹ DELGADO, 2008, p. 670.

¹¹² Op. cit. p. 671.

¹¹³ SUM-43 TRANSFERÊNCIA - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço.

¹¹⁴ Delgado chama atenção para o fato da redução salarial somente ser autorizada em restritas hipóteses trabalhistas (Súmula nº 265, TST) ou mediante negociação coletiva.

(hipótese de falta funcional pela inobservância das regras de medicina do trabalho), e 240, parágrafo único (recusa à execução de serviço extraordinário), ambos do referido diploma legal.

Ademais, a legislação trabalhista especial traz algumas infrações específicas, aplicáveis a determinadas categorias de trabalhadores.

15.1. Requisitos e limitações da justa causa

Apesar de reconhecer que a legislação atual não prevê qualquer mecanismo para aferição da conduta do empregado e a consequente gradação e aplicação da sanção, Maurício Godinho Delgado entende que existe um mínimo de limite à aplicação de penalidade pelo empregador, intitulado, por ele, como um critério de fixação de penalidades trabalhistas. Tal critério deverá observar três grupos de requisitos: objetivos, subjetivos e circunstanciais.

Cabe aqui fazer referência aos elementos da infração, à classificação da infração em função do resultado, aos erros de tipo e de proibição e ao princípio da insignificância, assuntos abordados nos itens 11.2. a 11.5 deste Manual.

15.1.1. Requisitos objetivos

15.1.1.1. Tipicidade

Entende o doutrinador Maurício Godinho que **“não se pode enquadrar como infração ato ou omissão que escape efetivamente à previsão contida na lei laboral”, não obstante o próprio autor reconhecer “ser relativamente plástica e imprecisa a tipificação celetista”**¹¹⁵.

Sobre tal aspecto, cumpre ressaltar que, além do poder disciplinar, o empregador também detém a faculdade de normatizar a conduta no âmbito da empresa, face o poder regulamentar a ele conferido. Nas palavras de Godinho, **“Poder Regulamentar seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa”**¹¹⁶.

Com efeito, tem sido praxe das estatais adotarem regulamentos de pessoal nos quais se encontram insculpidos dispositivos referentes aos deveres e proibições impostas a seus empregados. Tais regulamentos têm força de cláusula contratual, passando a integrar o contrato de trabalho dos empregados. Naturalmente, ainda que não possuam natureza de lei, o descumprimento de tais normativos internos poderá justificar a imposição de sanção disciplinar ao empregado.

Nesse sentido, é forte a recomendação de que as estatais se dotem de regulamentos internos bem elaborados que exaustivamente disponham acerca da conduta de seus empregados. Dentro da mesma concepção, confere ainda maior segurança jurídica às empresas que os regulamentos prevejam de forma clara quais as possíveis sanções que poderão decorrer face à transgressão de tais normativos.

Finalmente, necessário destacar que, no tocante especificamente à rescisão contratual por justa causa, não é concedida ao empregador a possibilidade de incluir outras hipóteses que justifiquem a imposição dessa sanção, além daquelas previstas em lei. A esse respeito, sugere-se que, em caso de grave descumpri-

115 DELGADO, 2008. p. 673.

116 Op. cit. p. 634.

mento de norma interna da empresa que imponha a ruptura contratual, a empresa deverá tipificar a conduta dentre aquelas previstas nas alíneas do art. 482 da CLT.

15.1.1.2. Gravidade

Necessidade de que a falta seja de gravidade tal que impossibilite a normal continuação do vínculo, uma vez que para faltas mais leves existem penas mais brandas (proporcionalidade), que, de forma menos gravosa, permitem a ressocialização do empregado.

Nesse sentido, a gravidade da conduta servirá como uma dosagem da pena a ser imposta.

15.1.1.3. Repercussão para a empresa

Ainda de acordo com a lição de Maurício Godinho, é necessário o exame da natureza da matéria envolvida na conduta do empregado. Uma vez que o poder disciplinar do empregador cinge-se às condutas do obreiro vinculadas por meio do contrato de trabalho, não lhe é autorizado adentrar na esfera particular do empregado, avaliando práticas que não possuem qualquer reflexo no exercício de seu trabalho.

Tal entendimento, todavia, não importa em excluir totalmente a verificação de conduta ocorrida fora do ambiente do trabalho. Sobre esse aspecto, cumpre citar, ilustrativamente, o caso do empregado público que viola segredo da empresa ou assume atividade em empresa privada que concorra diretamente com a atividade da estatal com a qual possui vínculo.

15.1.2. Requisitos subjetivos

15.1.2.1. Autoria

Deve-se precisar com segurança a autoria da infração, confirmando a participação efetiva, na ação ou omissão, do empregado.

15.1.2.2. Dolo ou culpa

A conduta do empregado deve ser intencional ou resultar em assunção de risco de resultado danoso pelo agente (dolo) ou culposa (negligência, imprudência ou imperícia). Maurício Godinho Delgado entende que os princípios penalistas e civilistas, nesse campo, sofrem adaptação na seara trabalhista, por força dos princípios protetivos do Direito do Trabalho:

O Direito do Trabalho produz algumas adequações aos critérios penalistas e civilistas gerais concernentes à noção de dolo ou culpa. Em primeiro plano, a intenção e a culpa têm de ser examinadas em concreto, isto é, considerando-se o nível socioeconômico e outros aspectos subjetivos relevantes. Isso porque é evidente que a intenção dolosa ou a conduta culposa podem atenuar-se em função da maior simplicidade na formação pessoal, escolar e profissional do indivíduo. A par disso, nem sempre a imperícia pode ser causa ensejadora do exercício do poder disciplinar. Na verdade, raramente o será. É que vigoram no Direito do Trabalho tanto o princípio da direção empresarial sobre o contrato e seu cumprimento, como o da assunção dos riscos contratuais pelo empresário.¹¹⁷

¹¹⁷ DELGADO, 2008, p. 674.

15.1.2.3. Aspectos subjetivos do infrator

Observância do histórico funcional do empregado, que poderá ensejar a aplicação de penalidade mais gravosa em face da reincidência.

15.1.3. Requisitos circunstanciais

15.1.3.1. Relação de causa e efeito

A punição deverá estar diretamente atrelada à falta cometida. No entendimento de Delgado:

Não se pode utilizar determinada falta recém-ocorrida para punir-se infração anterior não apenada: a vinculação entre a infração e a pena deve, portanto, ser direta. A observância (ou não) do nexos causal influi, inclusive, na aferição de outros critérios (como adequação, proporcionalidade, gradação e outros).¹¹⁸

15.1.3.2. Proporcionalidade e adequação

O empregador, no exercício do poder disciplinar, deve aferir a proporcionalidade entre a falta cometida e a sanção aplicável. Conforme já apontado, é recomendável que as empresas estatais, por meio de normativos internos, estejam aparelhadas no sentido de prever os deveres e proibições de seus empregados, correlacionando a pena cabível no caso de inobservância de tais normas. Todavia, na ausência de regulamento nesse sentido, a autoridade competente deverá avaliar qual a penalidade cabível diante da conduta praticada pelo empregado.

Ainda que inexistia previsão legal, entende-se como razoável que a autoridade competente, ao decidir pela pena cabível, verifique a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a empresa, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais do empregado a ser responsabilizado.

Em regra, a doutrina trabalhista recomenda o escalonamento das sanções, devendo o empregador diante de faltas menores aplicar a advertência e, no caso de reincidência, a suspensão, podendo ainda atingir a rescisão do contrato por justa causa.

Não obstante, deve-se ter em mente que, a despeito de tal medida possuir um caráter pedagógico interessante, diante do caso concreto a autoridade competente poderá se deparar com o cometimento de faltas graves o suficiente que ensejam a imediata aplicação da penalidade de suspensão ou, até mesmo, ruptura do contrato de trabalho por justa causa, sem a necessidade da existência de sanções anteriores.

Nesse sentido, leciona Sérgio Pinto Martins:

O despedimento deve ficar reservado para a última falta ou para a mais grave. Dessa forma, uma falta sem grande importância deveria ser apenada com advertência verbal, outra falta praticada pelo mesmo empregado seria apenada com advertência por escrito. Numa próxima, seria suspensão. Se o empregado não atende aos aspectos pedagógicos das penas que lhe foram aplicadas e continua recalcitrante, na última falta deve ser apenado com a dispensa. É claro que necessaria-

¹¹⁸ Op. cit. p. 675.

mente o empregador não deve observar essa ordem, principalmente quando o ato cometido pelo empregado é tão grave, ocasião em que deve ser dispensado de imediato.¹¹⁹

15.1.3.3. Imediaticidade da punição e ausência de perdão tácito

Tais requisitos e suas implicações no âmbito das empresas estatais serão tratados em separado, no item 17.1. deste Manual.

15.2. Infrações que ensejam a justa causa

A CLT assim dispõe em seu artigo 482:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;*
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;*
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;*
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;*
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;*
- f) embriaguez habitual ou em serviço;*
- g) violação de segredo da empresa;*
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;*
- i) abandono de emprego;*
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*
- l) prática constante de jogos de azar.*

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Percebe-se, pois, que o rol de tipificações do artigo 482 da CLT é bastante amplo, motivo pelo qual se faz necessária uma análise individualizada das infrações. A esse respeito, cumpre observar que a matéria é exaustivamente estudada pela doutrina. Nesse sentido, o presente Manual buscou apontar as definições adotadas pelos autores mais renomados.

Cumprе acrescentar o entendimento da CGU constante da Nota Técnica nº 1795/2019/CGUNE/CRG, aprovada pela Corregedoria-Geral da União em 12 de setembro de 2019, que concluiu pela possibilidade de conversão da dispensa ou pedido de desligamento em demissão por justa causa no transcurso do contrato de trabalho, o que inclui o período de aviso prévio trabalhado ou indenizado, com fulcro no disposto nos arts. 489 e 491 da CLT, ou no decorrer do período de gestão do dirigente. Ultrapassado tal

¹¹⁹ MARTINS, 2006. ps. 353 e 354.

período, a conversão da dispensa ou pedido de desligamento em demissão por justa causa torna-se juridicamente impossível, o que não afasta o dever da autoridade administrativa em proceder ao juízo de admissibilidade e, sendo o caso, posterior encaminhamento do resultado às instâncias competentes.

Referido entendimento vai ao encontro da jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas conforme ementas abaixo reproduzidas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO CONTRATUAL. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONVERSÃO DA DISPENSA IMOTIVADA PARA DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. VALIDADE. Ao manter o indeferimento da indenização por dano moral, o Tribunal Regional adotou a tese de que não houve ilicitude na conversão da dispensa imotivada do empregado em demissão por justa causa. A legislação vigente aponta o decurso do aviso prévio como condição de eficácia à rescisão contratual, de forma que, no caso, não houve afronta ao ato jurídico perfeito, pois a conversão da dispensa imotivada em demissão por justa causa ocorreu no curso do aviso prévio, quando a rescisão contratual ainda não se havia tornado efetiva. Registre-se que a homologação do termo de rescisão contratual pelo sindicato da categoria profissional constitui um requisito de validade, necessário, mas insuficiente para o perfazimento da rescisão. Assim, não se verifica ofensa aos artigos 5º, XXXVI, da Constituição Federal, 104, 106, II, 121, 134, 138 e 166 do Código Civil e 6º, § 1º e 2º, da LInDB. Por sua vez, os arestos colacionados não demonstram a existência de divergência jurisprudencial válida e específica, de forma que o recurso de revista denegado não alcança o conhecimento. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST - AIRR: 11139320075100016 1113-93.2007.5.10.0016, Data de Julgamento: 07/08/2013, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013) (grifo nosso)

CERCEAMENTO DE DEFESA - JUSTA CAUSA - CONVERSÃO DA MODALIDADE DE DISPENSA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. É certo que pela inteligência do art. 491, da CLT, bem como do Enunciado n.º 73, do C. TST, há a possibilidade de se converter a dispensa imotivada em por justa causa, quando o empregado cometer qualquer das faltas consideradas pela lei como justas para rescisão. Entretanto, tal disposição não inibe a possibilidade de haver conversão da dispensa injustificada em justificada se o empregador perceber, antes de concretizar o pagamento das verbas rescisórias e sucumbir o prazo do aviso prévio indenizado, que o obreiro praticou falta grave em momento anterior à dação do aviso. Sendo assim, o indeferimento de produção de prova testemunhal que visava provar a alegada justa causa cometida pelo empregado, oportunamente requerida pela reclamada, que tinha o ônus de fazê-lo (art. 818, da CLT, c/c o art. 333, II, do CPC), configura o cerceamento de defesa, violando, dessa forma, os termos do art. 5º, LV, da CF. (TRT-10 - RO: 1070200300910009 DF 01070-2003-00910-00-9, Relator: Desembargador Pedro Luís Vicentin Foltran, Data de Julgamento: 19/05/2004, 1ª Turma, Data de Publicação: 28/05/2004) (grifo nosso)

JUSTA CAUSA COMETIDA PELO EMPREGADO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONVERSÃO DA DISPENSA IMOTIVADA. Cometendo o empregado ato elencado no art. 482 da CLT dentro do período do aviso prévio indenizado, a dispensa imotivada pode ser convertida em demissão por justa causa, conforme art. 491 da CLT e Súmula 73 do C. TST, pois o período do aviso prévio, ainda que indenizado, é contado para todos os efeitos, conforme disposto no art. 487, § 1º, da CLT e entendimento da OJ nº 82 da SDI-I do C. TST. (TRT-2 - RO: 00016055820105020063 SP 00016055820105020063 A28, Relator: MANOEL ARIANO, Data de Julgamento: 02/07/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 17/07/2015) (grifo nosso)

15.2.1. Ato de improbidade

No ensinamento de Alice Monteiro de Barros:

Os atos de improbidade traduzem obtenção dolosa de uma vantagem de qualquer ordem. Caracterizam-se, em geral, pela prática do furto, do roubo, do estelionato ou da apropriação indébita. O ato não precisa necessariamente atentar contra o patrimônio do empregador. E assim é que incorre nessa falta o empregado que falsifica certidão de nascimento de filho ou atestado de óbito para continuar recebendo salário-família (art. 90 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999).¹²⁰

A mesma autora acrescenta ainda:

Situa-se também como improbidade o suborno. Embora difícil de ser comprovado. O suborno poderá existir no ambiente de trabalho, principalmente no meio esportivo. Ele consiste numa dívida ou entrega e recebimento de dinheiro, com o objetivo de facilitar ou assegurar um resultado irregular de uma competição desportiva ou, ainda, o desempenho anormal de um participante.¹²¹

Segundo Maurício Godinho Delgado, trata-se de conduta faltosa do empregado que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem¹²².

Na pesquisa de Valentin Carrion, em seus Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho¹²³, o autor traz um compêndio de conceitos apresentados por outros estudiosos:

Improbidade: (a). A jurisprudência tem caracterizado principalmente como 'atentado contra o patrimônio do empregador, de terceiros ou de companheiros de trabalho (Gomes-Gottschalk, curso de Direito do Trabalho); a doutrina é muito variável, conceituando-a ora como violação de um dever legal, ora de um dever moral, ou ainda de uma 'obrigação geral de conduta e não específica, constituindo falta grave, ainda que fora do serviço' (Maranhão, Instituições). Consiste em atos 'que revelam claramente desonestidade, abuso, fraude ou má-fé' (Russomano, Comentários à CLT, art. 482). Ação ou omissão dolosas do empregado, visando uma vantagem para si ou para outrem, em decorrência do emprego e com prejuízo real ou potencial para alguém, diz Lamarca (Manual das Justas Causas), repetindo dois exemplos: a) empregado que recebe comissão de fornecedor; b) falsa declaração de dependentes para fins de recebimento do salário-família.

15.2.2. Incontinência de conduta ou mau procedimento

São duas justas causas semelhantes, mas não são sinônimas. Em regra, os autores tratam a incontinência como espécie de mau procedimento.

Valendo-se novamente do estudo do Professor Carrion:

Incontinência de conduta ou mau procedimento (b). Apesar do esforço foi impossível à literatura jurídica adotar, para estas duas hipóteses, conceituação precisa, desvinculada da casuística, em face da sua amplitude. Incontinência seria a vida desregrada, a exibição com meretrizes e gente de má nota, com a perda de respeitabilidade e bom conceito, comportamento desordenado em público, rixas e contendas habituais (Bento de Faria, apud Dorval Lacerda, Falta Grave). A figura de mau procedimento é tão ampla que poderia abranger todas as outras e, na prática, serve para focalizar qualquer ato do empregado que, pela sua gravidade, impossibilite a continuação do vínculo, desde

¹²⁰ BARROS, 2009. p. 893.

¹²¹ BARROS, 2009. p. 894.

¹²² DELGADO, 2008. p. 1.193.

¹²³ CARRION, 2009. p. 380.

que não acolhido precisamente nas demais figuras, nem excluído por algumas delas ao dar exato limite a determinada conduta.¹²⁴

Já a doutrinadora Alice Monteiro de Barros estabelece que:

O traço distintivo do mau procedimento em relação a outras justas causas é a sua amplitude. O mau procedimento caracteriza-se quando evidenciado comportamento incorreto do empregado, traduzido pela prática de atos que firam a discrição pessoal, as regras do bom viver, o respeito, o decoro, ou quando a conduta do obreiro configurar impolidez ou falta de compostura capazes de ofender a dignidade de alguém, prejudicando as boas condições no ambiente de trabalho. A falta não se configura se ausente a infringência ao cumprimento do dever social de boa conduta.

E ainda arremata: **“dada a sua amplitude, poderá abranger outras faltas”**¹²⁵. Por sua vez, Sérgio Pinto Martins ensina que o mau procedimento:

*Será, portanto, uma atitude irregular do empregado, um procedimento incorreto, incompatível com as regras a serem observadas pelo homem comum perante a sociedade. Não se confunde com a incontinência de conduta, pois esta está ligada ao ato de natureza sexual.*¹²⁶

Do exposto, verifica-se que o mau procedimento caracteriza o enquadramento adequado quando verificada a grave inobservância de normas regulamentares por parte do empregado.

No que diz respeito à incontinência de conduta, importante rever a lição de Alice de Barros: **“é um ato faltoso que se configura pela carência de pudor. Exterioriza-se pela prática, em serviço, de gestos, palavras e atos obscenos contra qualquer pessoa. Incorre nessa falta o empregado que pratica assédio sexual em serviço contra colega de trabalho, cliente da empresa ou contra o próprio empregador”. Adiciona também como exemplo de tal conduta: “o empregado que se utiliza de telefone do empregador para efetuar ligações para disque-sexo, ou do e-mail corporativo para a remessa de material pornográfico”**¹²⁷.

Na mesma linha de entendimento, Martins disciplina: **“a incontinência de conduta está ligada ao desregramento do empregado no tocante à vida sexual. São obscenidades praticadas, a libertinagem, a pornografia, que configuram a incontinência de conduta”**¹²⁸.

Diante de tais diferenciações, seria recomendável, no momento da tipificação do fato a ser imputado ao infrator, fazer também a devida distinção de enquadramento, discriminando se o ilícito reflete um mau procedimento, no sentido geral, ou incontinência, no caso mais específico.

15.2.3. Negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço

Prefacialmente, transcreve-se trecho da renomada obra do professor Carrion:

Negociação habitual (c). Qualquer atividade, mesmo alheia ao comércio (Dorval Lacerda, ob. cit.). Exige-se habitualidade, não havendo necessidade de coincidência com os pressupostos do crime de concorrência desleal (Código da Propriedade Industrial, art. 195, X). Como o empregado é livre de trabalhar para mais de um empregador, é necessário que haja uma concorrência efetiva, que possa diminuir os lucros deste, mesmo em potência (Maranhão, ob. cit.), podendo, por outro lado,

¹²⁴ BARROS, 2009. p. 382.

¹²⁵ BARROS, 2009. p. 897.

¹²⁶ MARTINS, 2006. p. 357.

¹²⁷ BARROS, 2009. p. 895 e 896.

¹²⁸ MARTINS, 2006. p. 357.

haver prejuízo ao serviço sem concorrência (Ltr 35/192, 1971, Emílio Gonçalves). Ocorre, também, quando o empregado utiliza seu tempo de serviço na venda de produtos próprios, em evidente prejuízo ao seu trabalho e de colegas.¹²⁹

Sérgio Pinto Martins defende a mesma conceituação, no entanto ressalta as hipóteses em que a conduta não restará configurada: **“essa negociação, segundo a lei trabalhista, deve ser feita sem permissão do empregador e com habitualidade. Se houver permissão do empregador, a justa causa estará descaracterizada. O mesmo ocorre se não houver habitualidade”**. O mesmo autor ainda chama atenção que a lei não almejou impossibilitar o empregado de exercer outra atividade, mas apenas aquela que gera concorrência ou prejuízo ao seu empregador:

Nada impede que o empregado exerça mais de uma atividade, mas essa outra atividade não poderá ser exercida em concorrência desleal à empresa, de modo a acarretar prejuízo ao serviço. Assim, o empregado poderá ter outro emprego, fazer pequenos bicos na hora do intervalo ou até mesmo ser empregador.¹³⁰

No caso específico do empregado público, insta ressaltar que a conduta tipificada pela CLT deverá ser analisada ainda sob os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. Com efeito, em se tratado de agente público, o termo “prejudicial ao serviço” também deverá abarcar aquelas situações em que existe uma evidente incompatibilidade entre a atividade privada e a função que exerce na empresa estatal. Por exemplo, restará caracterizada a conduta ora sob estudo quando o empregado público prestar consultoria a uma empresa privada que contrate com a Administração Pública ou que atue no mesmo ramo da estatal com a qual mantém relação de emprego.

15.2.4. Condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena

Trata-se de hipótese ensejadora da rescisão do contrato de trabalho por justa causa que merece estudo mais aprofundado. Preliminarmente, é possível sintetizar que a rescisão do contrato de trabalho se fundamentará em duas hipóteses: (a) quando, apesar do crime praticado pelo empregado não guardar relação com sua função, ele restar impossibilitado de exercer suas atividades, por se encontrar preso; e (b) na situação mais óbvia, quando a conduta do empregado, além de caracterizar crime, também for censurável no âmbito disciplinar.

Na primeira hipótese, o empregado comete crime fora da empresa para qual trabalha e o ato não guarda qualquer vinculação com a função que exerce. Nesse caso, a doutrina defende que a rescisão contratual por justa causa só se configurará após o trânsito em julgado da condenação, e desde que a pena seja privativa de liberdade. Ou seja, não poderá ser o contrato de trabalho encerrado por justa causa no caso de sentença ainda recorrível ou, caso já definitiva, não for privativa de liberdade.

Sobre o assunto, Alice Monteiro de Barros assim leciona:

O só fato de o empregado encontrar-se preso não autoriza a dispensa por justa causa, mas apenas a suspensão do contrato. Se sobrevier a condenação criminal, com pena privativa de liberdade, haverá, em princípio, impossibilidade física de o empregado continuar trabalhando; logo, incorrerá na prática da justa causa classificada na letra “d” do art. 482 da CLT. (...) Se a pena não é privativa de liberdade e refere-se a delito praticado fora da empresa, sem qualquer repercussão negativa no seu âmbito, ou na sua imagem, não vemos como esses antecedentes criminais possam ter efeitos prolongados além dos limites da sentença condenatória. Logo, o empregado não poderá ser dispen-

¹²⁹ CARRION, 2009. p. 382.

¹³⁰ MARTINS, 2006. p. 357.

sado por justa causa. É que aspectos da sua vida privada são irrelevantes, salvo quando refletirem negativamente na empresa, não sendo permitido ao empregador editar normas de conduta.¹³¹

Ainda sobre a matéria, a doutrinadora, a fim de elucidar a questão, cita a seguinte decisão do TRT 15ª Região:

Prisão. Posterior condenação criminal do empregado. A mera prisão do empregado não resolve o contrato de trabalho, que fica suspenso, por impossibilidade de sua execução. Advindo condenação em pena privativa de liberdade, sem sursis, por decisão final do juízo criminal, tal fato acarreta ipso iure a dissolução do pacto por justa causa. (TRT – 15ª Região – Proc. 6688/98 (13.418/99) – 4ª T. - Rel.: Juiz Flávio Allegreti de Campos Cooper – DOESP 2.8.200. Revista Síntese n. 138, p. 87).

No caso específico do empregado público, não se pode perder de vista que um dos efeitos secundários da condenação criminal que poderá ser determinado pelo juiz competente é a perda da função pública. A esse respeito, cumpre observar que o inciso I do art. 92 do Código Penal estabelece que poderá ser efeito da condenação o perdimento do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou ainda quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. Com efeito, nessas hipóteses, naturalmente deverá ser observado o mandamento da sentença e rescindido o contrato de trabalho por justa causa.

Na segunda situação, tem-se a apuração criminal de ato que também guarda reflexo com a seara disciplinar. Em outras palavras, a conduta do empregado público poderá, ao mesmo tempo, caracterizar crime tipificado no Código Penal e falta funcional passível de responsabilização disciplinar. Nesse caso, a recomendação é que a empresa estatal à qual o empregado se vincule não aguarde o deslinde da esfera penal – sabidamente mais morosa que a apuração administrativa –, posto que, em observância ao já tratado princípio da independência das instâncias, as apurações poderão ocorrer de forma desvinculada. Cumpre ainda reforçar que, em regra, a absolvição na esfera penal não acarretará o arquivamento da matéria na esfera disciplinar. De acordo com o já esclarecido no capítulo 4 deste Manual, a decisão na seara penal só trará consequências na apuração funcional quando lá restar decidido que o fato não ocorreu ou que o envolvido não foi autor do ato (absolvição por ausência de materialidade ou autoria).

Sobre o assunto, esclarecedora a lição de Alice Monteiro de Barros:

Não obstante a autonomia existente entre a Justiça do Trabalho e a Justiça Criminal, ficaria comprometida a ordem jurídica se esta última reconhecesse a existência de furto praticado por um empregado e a Justiça do Trabalho negasse a falta. Outra será a situação se o empregado foi absolvido na Justiça Criminal por insuficiência de provas. Essa decisão não faz coisa julgada na esfera trabalhista (art. 66 do CPP) e, portanto, não retira do fato sua característica de falta funcional, pois poderá haver justa causa sem que haja crime que lhe corresponda. Suponhamos que o empregado seja absolvido do crime de furto, mas resulte comprovado na esfera trabalhista que, sendo caixa, ele negligenciou a vigilância de bens que se encontravam sob sua guarda, facilitando a subtração dos mesmos. Nesse caso, a justa causa poderá configurar-se, não obstante a absolvição na área criminal.¹³²

15.2.5. Desídia no desempenho das respectivas funções

A desídia é o tipo de falta grave que, na maioria das vezes, consiste na repetição de pequenas faltas leves, prática ou omissão de vários atos, que se vão acumulando até culminar na dispensa do empregado. Nas palavras de Sérgio Pinto Martins, “**o empregado labora com desídia no desempenho de suas**

¹³¹ BARROS, 2009. p. 898 e 899.

¹³² BARROS, 2009. p. 898.

funções quando o faz com negligência, preguiça, má vontade, displicência, desleixo, indolência, omissão, desatenção, indiferença, desinteresse, relaxamento”¹³³.

Cumprе acrescentar que a doutrina trabalhista defende que, excepcionalmente, a desídia pode consistir em um só ato muito grave. A professora Alice de Barros defende esse posicionamento:

*A desídia manifesta-se pela deficiência qualitativa do trabalho e pela redução de rendimento. Conquanto, em geral, seja necessária, para a sua caracterização, uma certa repetição, ela poderá configurar-se pela prática de uma só falta, como uma negligência ocasional, suficientemente grave pelas suas consequências, capaz de autorizar a quebra da confiança, além de servir de mau exemplo e perigoso precedente para a estrutura disciplinar da empresa.*¹³⁴

Insta ainda ressaltar que a desídia pressupõe que a conduta seja culposa, pois, de outro modo, restará configurada outra hipótese ensejadora de rescisão por justa causa. Sobre o assunto, Carrion é enfático:

*É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência; costuma-se caracterizar pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido, pertencerá a outra das justas causas.*¹³⁵

15.2.6. Embriaguez habitual ou em serviço

Introdutoriamente, cita-se o conceito apresentado por Carrion:

*Embriaguez (f). Alcoólica, ou originada por tóxico ou entorpecentes. Haverá embriaguez quando o indivíduo, intoxicado, perde o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência a tarefa que se consagra (Wagner Giglio). Habitual: mesmo que sem relação alguma com o serviço; repetidas vezes dentro de curto espaço de tempo; ingestão frequente de bebidas sem efeitos negativos, mesmo que ostensiva, não equivale a embriaguez. Em serviço: a doutrina se inclina pela configuração da justa causa desde que se concretiza uma só vez (Russo-mano, Gomes-Gottschalk e Maranhão; Dorival Lacerda, em sentido contrário).*¹³⁶

Cumprе acrescentar ainda a abrangência do dispositivo, posto que não se limita à embriaguez causada pelo álcool, conforme leciona Alice de Barros: **“Já a embriaguez habitual, como é sabido, pressupõe ingestão não só de álcool, mas de qualquer substância tóxica, inebriante, capaz de alterar o comportamento do empregado”**¹³⁷.

Acerca da hipótese sob estudo, insta ressaltar que são duas as condutas previstas pelo legislador, na alínea ‘f’ do art. 482, como motivadoras da rescisão contratual e que merecem ser estudadas individualmente: a embriaguez habitual e a embriaguez em serviço.

A embriaguez habitual poderá caracterizar sintoma de enfermidade por parte do empregado, uma vez que tanto o alcoolismo como a toxicomania são consideradas doenças catalogadas no Código Internacional de Doenças. É certo que o empregado cujo discernimento está abalado por acometimento de doença, não poderá ser responsabilizado por ato que tenha praticado, já que nestas condições não age com dolo nem culpa.

Portanto, tendo o gestor de empresa estatal verificado indícios de que o empregado tem comparecido de forma contumaz em estado alterado ao local de trabalho, deverá direcioná-lo ao serviço de saúde ou, na sua ausência, à Previdência Social. O empregado deverá ser submetido a diagnóstico clínico a fim de

¹³³ MARTINS, 2006. p. 358.

¹³⁴ BARROS, 2009. p. 901.

¹³⁵ CARRION, 2009. p. 382 e 383.

¹³⁶ Op. cit. p. 383.

¹³⁷ BARROS, 2009. p. 903.

se verificar se sua condição é de doença ou não. Constatada a existência de enfermidade, o empregado deverá ser submetido ao tratamento adequado, não sendo cabível a aplicação de qualquer sanção disciplinar.

Nesse sentido, são reiteradas as decisões dos Tribunais:

DISPENSA POR JUSTA CAUSA – EMBRIAGUEZ – ARTIGO 482, 'F', DA CLT. A jurisprudência vinha se firmando no sentido de que a embriaguez em serviço não precisaria se repetir para autorizar a dispensa por justa causa. No entanto, atualmente, quando de tal prática pelo empregado, vários fatores devem ser considerados. O avanço da ciência, no campo da medicina, evidenciou que o alcoolismo consiste em uma doença, da qual não se tem que culpar o indivíduo, paciente por dependência química e não moral. Assim, ao tomar conhecimento da embriaguez do empregado, em serviço ou não (artigo 482/CLT), caberá ao empregador encaminhá-lo a tratamento e obtenção de licença médica, que naturalmente será concedida, se necessária. Passando-o à responsabilidade do Estado, obstará eventuais prejuízos que o empregado pudesse, com a sua doença, acarretar ao empreendimento ou aos seus colegas de trabalho. (TRT 3ª R – 4T – RO/1 732/03 – Rel. Juiz Antônio Álvares da Silva – DJMG 12/04/2003 – p. 09).

EMBRIAGUEZ HABITUAL. JUSTA CAUSA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Ainda que a ingestão frequente de bebida alcoólica repercuta na vida profissional do empregado, este não pode ser demitido por justa causa, com base no art. 482, "f", da CLT. O alcoolismo é doença degenerativa e fatal, constando inclusive do Código Internacional de Doenças – CID. O trabalhador doente deve ser tratado, em vez de punido. Assim, verificando-se o etilismo do obreiro, este deve ter seu contrato de trabalho suspenso e ser encaminhado à Previdência Social para aprender a controlar o vício, ou, dependendo do quadro clínico, ser aposentado por invalidez. Não adotando a empresa este procedimento, optando por rescindir o pacto laboral por justa causa, tem-se que a extinção se deu sem motivo aparente. (Decisão prolatada pela Egr. 1ª Turma do TRT da 10ª Região em 14/8/2002, relatada pelo Exmo. Juiz Pedro Luís Vicentin Foltran nos autos do Ro 01 163-2001-006-10-00-2).

Contrário senso, não sendo verificada a habitualidade no ato ou ainda, após análise médica, afastada a hipótese de doença, restará caracterizada a embriaguez em serviço. Nesse caso, tem-se a situação de empregado que deliberadamente decidiu se apresentar ao local de trabalho em estado alterado, podendo, inclusive, acarretar sérios prejuízos à empresa. Desse modo, restaria cabível a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, por constituir falta grave.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros exemplifica a hipótese de motorista que dirige alcoolizado, que pode ser aplicada ainda a outras categorias de trabalhador:

A embriaguez, no plano fisiológico, enfraquece os reflexos e, no plano psicológico, diminui a acuidade, tornando perigosa a condução do veículo pelo empregado embriagado, pois coloca em risco a vida de pessoas, podendo ainda lesar interesse patrimonial do empregador, na hipótese de dano do veículo.¹³⁸

15.2.7. Violação de segredo da empresa

No ensinamento de Alice Monteiro de Barros:

A violação de segredo da empresa traduz, igualmente, justa causa. Ela se funda na infringência ao dever de fidelidade e poderá configurar-se quando o empregado violar patentes de invenção, métodos de trabalho, segredos de fabricação ou informações comerciais. O comportamento assume maior gravidade quando os beneficiários da infidelidade forem concorrentes do empregador.¹³⁹

¹³⁸ BARROS, 2009. p. 902.

¹³⁹ Op cit. p. 905.

Acrescenta o Prof. Carrion que não é necessário que o segredo tenha sido declarado, bastando que possa ser deduzido¹⁴⁰.

No caso específico dos empregados públicos, a hipótese ora sob análise ganha relevo especial. A Constituição Federal traz o princípio da publicidade como diretriz a ser seguida por toda a Administração Pública. Todavia, sabe-se que determinadas informações obtidas em razão do exercício de função pública poderão causar risco à segurança da sociedade e do Estado, bem como aquelas necessárias ao resguardo da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, conforme dispõe o Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012, que trata a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal.

Em relação às empresas estatais, a divulgação indevida de informações internas poderá frustrar o adequado desempenho de sua atividade econômica ou mesmo propiciar, indevidamente, benefícios em prol de determinados particulares. Cita-se, a título de exemplo, o ato de empregado de sociedade de economia mista que divulga a amigo, antecipadamente, informação interna que poderá impactar positivamente nos valores das ações daquela empresa. Incorre também na mesma conduta aquele empregado público que viola o sigilo de propostas em procedimento licitatório.

15.2.8. Ato de indisciplina ou de insubordinação

Conforme entendimento de Valentin Carrion, ato de indisciplina é o “descumprimento de ordens gerais do empregador dirigidas impessoalmente ao quadro de empregados”, enquanto a insubordinação é “a desobediência a determinada ordem pessoal endereçada a certo empregado ou a pequeno grupo”¹⁴¹.

Alice de Barros salienta que:

*Em ambos os casos, a ordem deverá ser lícita e emanada do empregador ou de seus prepostos, pois o empregado não está obrigado a acatar ordens ilícitas, ao contrário, deverá denunciá-las ao empregador ou à autoridade competente, desde que verdadeiras, dadas as conseqüências que poderão resultar de sua omissão ou de uma acusação injusta.*¹⁴²

Conforme o ensinamento dos doutrinadores acima citados, o ato de indisciplina restará caracterizado quando o empregado descumprir norma interna regulamentada pela empresa a que se vincule. Inserem-se nessa categoria: as portarias, instruções normativas, regulamentos, cartas-circulares etc.

Por sua vez, o ato de insubordinação será verificado pelo descumprimento injustificado de ordem legal emanada por superior hierárquico. Frise-se a necessidade da licitude da ordem, vez que ninguém está obrigado a agir contra lei ou norma e, ao contrário, assim agindo, incorrerá em falta funcional, ainda que estivesse atentando a comando da chefia.

Ressalta-se que, para caracterizar o ato de indisciplina ou o de insubordinação, ensejadoras da rescisão do contrato de trabalho por justa causa, as condutas deverão ser graves, revelando elevado grau de incompatibilidade entre o infrator e não só o ofendido, mas também o serviço público como um todo, acarretando prejuízo à normalidade dos trabalhos.

15.2.9. Abandono de emprego

O abandono de emprego consiste na ausência injustificada por mais de 30 (trinta) dias. No ensinamento de Alice Monteiro de Barros, a conduta existirá quando presentes dois elementos: **“o elemento**

¹⁴⁰ CARRION, 2009. p. 383.

¹⁴¹ Op. cit. p. 383 e 384.

¹⁴² BARROS, 2009. p. 905.

subjetivo, que se caracteriza pela intenção do empregado de não mais retornar ao trabalho, e o elemento objetivo, que se configura pela ausência injustificada e prolongada por mais de 30 dias”¹⁴³.

No que diz respeito ao elemento objetivo, cumpre ressaltar a necessidade que a falta extrapole o prazo de 30 dias, a teor do que dispõe a Súmula nº 32 do TST.

SUM-32 - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

O elemento subjetivo diz respeito ao ânimo do empregado em abandonar a função. Em outras palavras, só restará configurada a hipótese sob análise quando comprovada a intenção do empregado em não mais comparecer ao serviço.

Apesar de reconhecer que não existe previsão legal para o empregador notificar o empregado da necessidade de retorno, Sérgio Pinto Martins recomenda que o empregador adote algumas medidas a fim de comprovar o abandono da função. Nesse sentido, sugere que **“a comunicação seja feita por meio de carta registrada, informando que o empregado deve retornar imediatamente ao serviço, sob pena de ser caracterizada a justa causa”¹⁴⁴**. Acrescenta ainda que, no caso de o empregado não possuir endereço certo e vier a se encontrar em local incerto e não sabido, poderá ser utilizada a convocação por meio da publicação de edital em jornal de grande circulação.

Nada obstante a possibilidade aventada pelo referido autor, importante recomendar fortemente, com base no entendimento jurisprudencial do TST, que a convocação de empregado com vistas à configuração por abandono de emprego deve ser feita, inicialmente, pelos meios usuais de comunicação direta, como carta, telegrama ou mesmo comunicação eletrônica. Publicações em jornais de circulação urbana ou regional somente podem ser adotadas quando desconhecido o paradeiro do empregado ausente e exauridos os meios anteriores, sob risco de configuração de dano moral.

No que se refere à contagem do prazo prescricional para que a Administração possa aplicar penalidade por abandono de cargo, inicia-se no dia em que cessar a permanência do ilícito, nos termos do Parecer GMF-6, vinculante. Vejamos abaixo:

Parecer GMF-6, Vinculante EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ANALOGIA COM O DIREITO PENAL. ABANDONO DE CARGO. NATUREZA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.

I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.

II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa. 225 TRF 4- Apelação Cível nº 2003.71.00.047319-9/RS – Rel. Des. Valdemar Capeletti, publicado no DE 05.08.2008 STJ – Recurso Especial nº 1111560/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, publicado no DJe 16.11.2009 240

III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.

IV - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas

¹⁴³ Op. cit. p. 906.

¹⁴⁴ MARTINS, 2006. p. 365.

15.2.10. Ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem

Percebe-se que a alínea 'j' do art. 482 da CLT tratou de abranger diversas condutas inapropriadas por parte do empregado. O tipo dispõe acerca da injúria, calúnia ou difamação, além da agressão física. O agente passivo do ato do empregado é qualquer pessoa, exceto seus superiores hierárquicos, a teor da alínea 'k', desde que a conduta seja praticada no âmbito da empresa ou que guarde conexão com a relação trabalhista. Desse modo, restam abarcadas as situações em que o empregado, ainda que fora da empresa, a esteja representando.

Quanto à distinção entre as condutas que lesam a honra ou a boa fama, cumpre esclarecer que na calúnia atribui-se a alguém, falsamente, um fato tido como crime e, na difamação, basta imputar-se a alguém um fato determinado, lesivo à sua reputação social. Enquanto a injúria caracteriza-se pela ofensa ao sentimento da dignidade da pessoa, tal como o xingamento, não sendo necessário mencionar um fato determinado ou comunicar o fato a terceiro.

Em se tratando de empresa estatal, o tipo visa a proteger não somente os integrantes que compõem a empresa, mas também a imagem de sua integridade, bem como a qualidade do serviço por ela desenvolvido.

As ofensas físicas constituem falta grave quando têm relação com o vínculo empregatício, praticadas em serviço ou mesmo fora do local de trabalho, desde que gerem um prejuízo à empresa. As agressões contra terceiros, estranhos à relação empregatícia, por razões alheias à vida empresarial, poderão também constituir justa causa caso se relacionem a fatos que ocorrerem em serviço.

Na aplicação da justa causa, devem ser observados os hábitos de linguagem no local de trabalho, origem territorial do empregado, ambiente onde a expressão é usada, a forma e o modo como as palavras foram pronunciadas, grau de educação do empregado e outros elementos que se fizerem necessários.

Cabe ressaltar que as excludentes de ilicitude apenas se justificam se a agressão sofrida for injusta e inevitável, e a defesa for atual e moderada. No que concerne especificamente à legítima defesa, esta consiste em usar, moderadamente, os meios necessários capazes de repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

15.2.11. Ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa

Trata-se da mesma conduta abarcada pela alínea anterior, com a restrição de que o agente passivo da conduta poderá ser somente o empregador e os superiores hierárquicos do empregado.

15.2.12. Prática constante de jogos de azar

Jogo de azar é aquele em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte. À semelhança do alcoolismo, o legislador entendeu que o vício decorrente da prática de jogos de azar poderá afetar de forma negativa a atividade do trabalhador.

Ocorre que o reflexo negativo na relação trabalhista decorrente da prática do jogo deverá ser provado pelo empregador, o que, na maioria dos casos, não será fácil, a não ser que o empregado pratique o jogo durante o horário de serviço.

No caso de jogo lícito, se praticado no ambiente de trabalho, afetando-o (rodas de dominó, cartas, gamão etc.), constituirá falta, mas por mau procedimento ou indisciplina, e não pelo tipo inculcado na alínea 'I'.

15.2.13. Atos atentatórios à segurança nacional

No parágrafo primeiro do art. 482, o legislador ainda inclui como falta grave, passível de dispensa por justa causa, a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. Resquício do regime militar, constituem-se em atos de terrorismo, subversão, entre outros.

Assim, desde que apuradas pelas autoridades competentes por meio de inquérito administrativo, tais práticas seriam um motivo justificado para a rescisão contratual.

Para Maurício Godinho Delgado, o referido dispositivo da CLT não foi recepcionado pela Constituição, uma vez que esta não autoriza prisões ou condenações de pessoas pelo caminho meramente administrativo, ainda que por razões político-ideológicas. **“Nenhum indivíduo, no país, será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente – art. 5º, LIII, CF/88 – nem será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal – art. 5º LIV, CF/88”.**

15.3. Outros motivos que constituem justa causa

Embora seja pacífico que as hipóteses previstas no art. 482 da CLT são taxativas, cabe lembrar que o conjunto de infrações não se restringe ao contido no referido dispositivo legal. Há outros casos previstos em leis esparsas que consistem em faltas motivadoras do despedimento justificado, e que não podem ser ignoradas.

São tipos jurídicos especiais, porque se referem aos trabalhadores em situações específicas ou integrantes de determinadas categorias. Porém, sua existência não exclui a possibilidade de incidência das irregularidades praticadas por tais trabalhadores também nas infrações contidas no art. 482 da CLT.

Destarte, além das hipóteses acima, constituem, também, justa causa específica para resolução contratual:

- a) Recusa do empregado em usar o Equipamento de Proteção Individual, quando o labor se processa em ambiente insalubre ou perigoso – art. 158 da CLT.
- b) Ferroviário – art. 240 da CLT:
 - Constitui falta grave quando o ferroviário se negar a executar serviços extraordinários, nos casos de urgência ou de acidentes, capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço.
- c) Menor Aprendiz:
 - Faltas reiteradas – a falta reiterada do menor aprendiz sem motivo justificado constitui justa causa para a rescisão contratual.
 - Desempenho escolar – desempenho insuficiente ou não adaptação do aprendiz ou sua ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo – art. 432 da CLT.
- d) Casos previstos na Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (ilícitos ou crimes cometidos pelos empregados no curso de greve).
- e) Decreto-Lei nº 95.247, de 17 de novembro de 1987 (declaração falsa ou o uso indevido do Vale-Transporte), entre outros.

15.4. Acúmulo de cargos

De acordo com a jurisprudência trabalhista, “a acumulação de cargos não constitui justa causa para o rompimento do vínculo empregatício, na medida em que não se inclui nas hipóteses das alíneas do art. 482 da CLT” (TST, RR 282.843/96.5, João Oreste Dalazen, Ac. 1º Turma). Na mesma toada, tampouco a legislação exige a exclusividade da prestação de serviço como requisito para a caracterização da relação de emprego.

No entanto, este entendimento não é aplicável aos empregados públicos quando o acúmulo for com outras funções públicas, tendo em vista o disposto no artigo nº 37, incisos XVI e XVII da Constituição Federal, in verbis:

Art. 37 (...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;*
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;*

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

A acumulação é vedada, portanto, para quaisquer cargos e empregos públicos, ressalvando-se hipóteses restritas e de relevante interesse público (saúde e educação), abrangendo as três esferas da federação (União, Estados e Municípios), e bem assim a administração de quaisquer dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário). Vale dizer, é ilegal a acumulação de cargo ou emprego público em entidade da União com qualquer outro cargo ou emprego público de entidade de Estado ou Município. Tal proibição alcança, igualmente, cargo ou emprego público de um Poder em relação aos demais, independentemente do ente federativo.

Ainda que a acumulação se dê em cargos ou empregos públicos a que a Constituição previu a possibilidade de exercício concomitante, a acumulação só é lícita se houver compatibilidade de horários. Sobre o assunto, a Advocacia Geral da União – AGU Por meio do Parecer Vinculante nº AM – 04, publicado na seção I do Diário Oficial da União de 9 de abril de 2019, promoveu a revisão do Parecer GQ-145, de 1998, adotando novo entendimento que deverá ser seguido por todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por força do art. 40, § 1º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73/1993, quando da admissão ou inadmissão de acumulação de cargos públicos, no sentido de que é admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a sessenta horas semanais, consoante a ementa abaixo.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCIS. XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.

2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e

atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do tempus regit actum, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.

É de se ressaltar também que se entende por cargo técnico ou científico, respectivamente, aquele que depende de conhecimentos técnicos específicos ou cujas atribuições sejam na área de pesquisa. Os cargos técnicos são, portanto, aqueles que exigem formação de nível superior ou, ainda que de nível intermediário, tenham como pré-requisito para a investidura conhecimentos específicos na área de atuação. Somente estes cargos ou empregos são passíveis de serem acumulados com um cargo ou emprego de professor (art. 37, inciso XVI, alínea b, da Constituição Federal).

Como dito, a acumulação ilegal de emprego público com outro cargo ou emprego estatal não está prevista na CLT como hipótese de rescisão por justa causa. Não obstante, o Tribunal Superior do Trabalho já admitiu a dispensa de empregado quando detectada a acumulação ilícita de cargos e empregos públicos, desde que, notificado para optar entre os vínculos, o empregado não o faça.

Nesse sentido, decisão proferida pela 1.^a Turma do Tribunal Superior do Trabalho, merecendo transcrição parte do voto do relator, Ministro Vieira de Mello Filho:

Para responder à questão, necessário o exame da legislação infraconstitucional que rege a acumulação de cargos e empregos públicos, qual seja, a Lei nº 8.112/1990.

Eis o teor dos arts. 118, § 1º, e 133 do mencionado diploma legal:

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

(...)

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se o seguinte: a) que a Lei nº 8.112/90 se aplica, no particular, às empresas públicas e sociedades de economia mista; e b) que detectada a acumulação ilegal de empregos públicos, necessária a notificação do empregado, para que, em dez dias, opte por qual remuneração pretende receber.

[...]

Note-se o traço comum a todos esses precedentes: a necessidade de processo administrativo, a fim de constatar a acumulação ilegal de cargos, procedimento não adotado pela reclamada. (AIRR

- 70040-69.2007.5.12.0012, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 24/02/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 05/03/2010).

Complementa o julgado acima transcrito, decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que confirmou Acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, segundo o qual, se o empregado for questionado e não optar por um dos cargos, configura-se a sua má-fé e, portanto, a possibilidade de dispensa por justa causa. Confira-se parte do voto proferido naquele julgado:

Em havendo por parte do servidor (ou do empregado público) a acumulação remunerada de cargos e empregos públicos, e não estando ela prevista nas excepcionalidades previstas no art. 37, XVI, da Magna Carta, por óbvio que sua situação denotará nítida afronta ao texto constitucional, restando-lhe, quando comprovada a boa-fé, optar por um dos cargos, segundo art. 133 da Lei n.º 8.112/90. Entretanto, estando nítida a má-fé, o servidor perderá ambos os cargos, restituindo aos cofres públicos o que percebeu indevidamente, segundo a dicção do § 1.º daquele mesmo dispositivo legal. De se ver, portanto, que procedimento administrativo conduzido pela ECT - empresa pública submetida aos princípios acima aludidos - que culminou na demissão por justa causa¹⁴⁵ do recorrente encontra amparo no próprio texto constitucional. (Processo: 00842-2008-003-10-00-1 RO, Relator Juiz Gilberto Augusto Leitão Martins, Data de Julgamento: 18/02/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 06/03/2009).

Do extraído das decisões judiciais acima, é possível ainda verificar a aceitação da jurisprudência em aplicar o rito específico previsto pela Lei nº 8.112/1990, ainda que o acúmulo seja praticado por empregado público. Nessa toada, a Lei nº 8.112/1990 será aplicável quando um dos vínculos ilegalmente acumulados for de cargo público regido por tal lei. Desse modo, recomenda-se que, na hipótese de a empresa estatal detectar o acúmulo ilegal de seu empregado com um cargo público, seja dada notícia ao órgão público ao qual se vincula para que naquela unidade de Direito Público seja instaurado o procedimento específico previsto pela Lei nº 8.112/1990, uma vez que se entende ser uma garantia assegurada em lei a tal agente. Todavia, no caso de o acúmulo ocorrer em dois empregos públicos, caberá a instauração de procedimento disciplinar por qualquer das empresas, sugerindo-se aí a adoção do rito da Lei nº 8.112/1990, por analogia.

Nesse sentido, conclui-se que, detectada a acumulação ilícita de cargo e emprego público, o empregado público deve ser notificado para optar por um deles, no prazo de dez dias (art. 133, caput, da Lei nº 8.112/1990). Silenciando, deve-se instaurar procedimento disciplinar, a fim de oportunizar ao empregado o direito à defesa. Nessa hipótese, se até o último dia do prazo estipulado para apresentar defesa (última oportunidade de defesa do procedimento) o empregado optar por um dos vínculos, configurar-se-á a boa-fé, extinguindo-se o procedimento disciplinar e procedendo-se à rescisão ou exoneração do emprego ou cargo indesejado (art. 133, § 5º, da Lei nº 8.112/1990).

Ao final de procedimento disciplinar no qual o empregado acusado não apresentou opção por um dos vínculos, configura-se a má-fé do agente público, que deverá ter seu contrato de trabalho rescindido por justa causa, com base no art. 482, alínea "a", c/c art. 37, inciso XVII, da Constituição Federal. Deve-se, outrossim, encaminhar cópia do procedimento à entidade com a qual o acusado mantém o outro vínculo, tendo em vista a possibilidade de perda do outro vínculo em razão da caracterização de má-fé.

¹⁴⁵ Embora na decisão publicada no site do TRT da 10ª Região conste, na redação deste parágrafo, que a demissão foi sem justa causa, trata-se de evidente erro material, já que em diversas outras oportunidades do voto consta a informação de que a dispensa foi efetivada com justa causa, razão pela qual optou-se por corrigir o equívoco.

16. INTERRUÇÃO E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

Neste capítulo, serão abordados os reflexos que os institutos da interrupção e da suspensão do contrato de trabalho acarretam na condução dos procedimentos disciplinares que apuram supostas infrações atribuídas a empregados públicos.

Interrupção e suspensão do contrato de trabalho têm em comum o fato de serem institutos que sustam os efeitos das cláusulas componentes do respectivo contrato, durante certo lapso temporal.

A suspensão é a sustação ampliada e bilateral dos principais efeitos do contrato de trabalho, sem ruptura do vínculo contratual firmado entre as partes.

A interrupção é a sustação restrita e unilateral da principal obrigação do empregado no contrato de trabalho (prestação de trabalho e disponibilidade perante o empregador), mantidas em vigor todas as demais cláusulas contratuais.

16.1. Interrupção do contrato de trabalho – hipóteses e implicações no direito disciplinar

A interrupção do contrato de trabalho, que importa o afastamento remunerado do trabalhador de suas atividades, tem inúmeros casos tipificados na legislação trabalhista, valendo citar os casos mais comuns:

- a) encargos públicos específicos (arts. 430, do Código de Processo Penal, e 173, inciso VIII e 822, ambos da CLT);
- b) afastamento do trabalho por motivo de doença ou acidente de trabalho, até 15 dias;
- c) descansos trabalhistas remunerados;
- d) licença-maternidade da empregada gestante;
- e) aborto, durante afastamento até duas semanas (art. 395, CLT);
- f) licença remunerada concedida pelo empregador;
- g) interrupção dos serviços na empresa, resultante de causas acidentais ou de força maior (art. 61, § 3º, CLT); e
- h) hipóteses de afastamento remunerado do art. 473, da CLT.

Uma vez que a interrupção do contrato de trabalho constitui uma sustação limitada de uma das cláusulas do contrato de trabalho, qual seja, o dever do empregado de prestação do trabalho e disponibilidade ao empregador, não há impacto da interrupção do contrato de trabalho no exercício do poder disciplinar do empregador.

Com efeito, se o trabalhador praticar uma conduta prevista como infração disciplinar durante o período de interrupção do contrato de trabalho, não estará isento do poder disciplinar do empregador, e poderá sofrer penalidade disciplinar, uma vez que durante o período de interrupção permanecem vigentes todas as demais cláusulas do contrato de trabalho.

Da mesma forma, se instaurado um procedimento disciplinar para apurar falta funcional de empregado, e este, durante o curso do processo, tiver seu contrato de trabalho interrompido, tal fato não afetará o andamento do procedimento. Observe-se que se eventual testemunha convocada no curso de processo

disciplinar, ou outro empregado chamado a colaborar com as investigações, tiver seu contrato de trabalho interrompido, também não poderá se eximir de prestar o auxílio necessário à elucidação dos fatos, como uma decorrência das obrigações assumidas no contrato de trabalho, que permanecem vigentes durante a interrupção.

Importante ressaltar, no entanto, que em algumas situações de interrupção do contrato de trabalho o empregado fica afastado da empresa por motivos que impedem sua convocação, seja como investigado, seja como colaborador do procedimento disciplinar (afastamento do trabalho por motivo de doença ou acidente de trabalho, até 15 dias, nos casos em que a doença seja incapacitante para estes atos; licença-maternidade; comparecimento judicial como jurado), casos em que os respectivos atos deverão ser adiados, não em função da interrupção do contrato de trabalho, mas pela impossibilidade de comparecimento do empregado.

Ainda no que tange à interrupção do contrato de trabalho, vale dizer que não há impedimento para a aplicação de pena disciplinar a empregado durante o curso da interrupção, justamente porque se todas as cláusulas contratuais que não tenham relação com a obrigação de prestar o trabalho e com a disponibilidade ao empregador permanecem vigentes, o empregado continua sujeito ao poder hierárquico e disciplinar do empregador.

Vale citar entendimento doutrinário em contrário, segundo o qual a dispensa por justa causa só pode ocorrer durante o período interruptivo se a infração foi cometida também enquanto interrompido o contrato de trabalho. No caso de infração cometida antes da interrupção, deve-se comunicar a pena ao empregado, mas aguardar o retorno deste ao trabalho para aplicar-lhe a sanção¹⁴⁶.

16.2. Suspensão do contrato de trabalho

16.2.1. Modalidades e hipóteses

De acordo com a doutrina trabalhista, os fatores capazes de ensejar a suspensão do contrato de trabalho podem ser classificados com base no seguinte critério: a participação da vontade do empregado no fato jurídico ensejador da suspensão. A seguir, apresentam-se as modalidades de suspensão do contrato e as respectivas hipóteses.

a) Suspensão por motivo alheio à vontade do empregado, em razão de:

- afastamento previdenciário, por motivo de doença, a partir do 16º dia (“auxílio-doença”) – art. 476 da CLT;
- afastamento previdenciário, por motivo de acidente de trabalho, a partir do 16º dia (“auxílio-doença”) – art. 476 e art. 4º, parágrafo único, da CLT;
- aposentadoria provisória, sendo o obreiro considerado incapacitado para trabalhar (art. 475, caput, da CLT; Súmula nº 160 do TST);
- por motivo de força maior;
- cumprimento de encargo público obrigatório (art. 483, § 1º; art. 472, caput, da CLT); e
- prestação de serviço militar obrigatório (art. 4º, parágrafo único, da CLT).

b) Suspensão por motivo lícito imputável ao empregado, em razão de:

- participação pacífica em greve (art. 7º da Lei nº 7.783/89);

¹⁴⁶ DELGADO, 2008, p. 1.068.

- encargo público não obrigatório (art. 472, c/c art. 483, § 1º, da CLT);
- eleição para cargo de direção sindical (art. 543, § 2º, da CLT);
- eleição para cargo de diretor de sociedade anônima (Súmula nº 269 do TST); e
- afastamento para qualificação profissional do empregado, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado (art. 476-A da CLT).

c) Suspensão por motivo ilícito imputável ao empregado, em razão de:

- suspensão disciplinar (art. 474 da CLT); e
- suspensão de empregado estável ou com garantia especial de emprego para instauração de inquérito para apuração de falta grave, sendo julgada procedente a ação de inquérito (art. 494, CLT; Súmula nº 197, STF).

16.2.2. Implicações no direito disciplinar

A suspensão do contrato de trabalho, conforme dito, implica uma restrição ampla dos efeitos do contrato de trabalho.

Nesse sentido, embora não esteja extinto, tanto empregador quanto empregado mantêm restritas obrigações recíprocas, as quais não são muito bem delimitadas pela doutrina ou jurisprudência.

Não obstante, importa reconhecer que, como se mantém o vínculo funcional, os empregados com contrato de trabalho suspenso não estão isentos do poder disciplinar do empregador, porquanto isso implicaria uma irresponsabilidade incompatível com a confiança e ordem que a relação exige.

Assim sendo, para fins didáticos, o impacto da suspensão do contrato de trabalho será discutido, separadamente, em três momentos: a) quando da prática da conduta infracional; b) durante o curso do procedimento disciplinar; e c) quando da aplicação da pena disciplinar.

16.2.3. Prática de infração disciplinar durante a suspensão

Tendo em conta que durante a suspensão do contrato de trabalho o empregador e o empregado estão desobrigados de seus principais deveres, a maior parte das infrações disciplinares é incompatível com esta condição. Algumas infrações, entretanto, são suscetíveis de serem praticadas mesmo durante o período suspensivo.

A doutrina reconhece¹⁴⁷, por exemplo, que o empregado com contrato de trabalho suspenso que incorre na conduta prevista no art. 482, alínea “g”¹⁴⁸, da CLT está sujeito ao poder disciplinar do empregador, e, portanto, pratica infração disciplinar a que se aplica demissão por justa causa.

É que, mesmo durante a suspensão do contrato de trabalho, o empregado tem o dever de lealdade em relação ao empregador, sem o qual não se sustenta a relação de confiança necessária para a manutenção do contrato de trabalho.

Neste sentido, podem ensejar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, ou mesmo a aplicação de outra penalidade disciplinar, toda conduta tipificada como infração que afete a relação de confiança

¹⁴⁷ DELGADO, 2008. p. 1063.

¹⁴⁸ Art. 482. [...] g) violação de segredo da empresa

entre empregado e empregador, como é o caso também das alíneas “a”¹⁴⁹, “c” (na modalidade “ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”) e “k”¹⁵⁰.

A respeito, veja-se a posição de Michelle dos Santos Gebara:

O empregado pode incorrer em faltas mesmo estando afastado do trabalho, sem prestar serviços. São exemplos de faltas graves o ato de concorrência à empresa para qual trabalha, a condenação criminal passada em julgado, a embriaguez habitual, a violação do segredo de empresa, a prática constante de jogos de azar, atos lesivos da honra e da boa fama e o grevista que pratica excessos (arts. 14 e 15 da Lei 7783/1989 e art. 722 e segs. da CLT).¹⁵¹

16.2.4. Reflexos da suspensão na condução do processo disciplinar e aplicação de penalidade

Em tese, assim como no caso da interrupção, a ocorrência da suspensão do contrato de trabalho não impede a condução de procedimento disciplinar instaurado para apurar infração imputada ao empregado. Isso porque durante o período suspensivo algumas obrigações contratuais permanecem em vigência, como, por exemplo, o compromisso de lealdade contratual¹⁵². Por tal motivo, é razoável supor que um dos efeitos remanescentes do contrato de trabalho diz respeito à possibilidade de o empregado responder à sindicância deflagrada para elucidar o possível cometimento de infração disciplinar.

Ressalte-se que alguns cuidados devem ser tomados dependendo do “fato” que ensejou a suspensão do contrato de trabalho. Vejamos a hipótese de o empregado estar com o respectivo contrato de trabalho suspenso em razão de afastamento previdenciário, por motivo de doença ou por motivo de acidente de trabalho, a partir do 16º dia. O fato de o empregado estar afastado não necessariamente o impede de acompanhar o processo disciplinar (sobretudo se o afastamento advém de males meramente físicos, dissociados da capacidade mental). Uma vez que a comissão disciplinar não é legalmente competente para se manifestar sobre questões de saúde, é aconselhável solicitar à entidade empregadora que disponibilize profissional médico para avaliar se o motivo do afastamento incapacita ou não o empregado de acompanhar o processo disciplinar, bem como se há a possibilidade de o quadro clínico do empregado se agravar com a deflagração dos atos de instrução processual. Em caso positivo, e não havendo procurador constituído nos autos, recomenda-se o sobrestamento dos trabalhos até que o empregado se restabeleça.

Fixado o entendimento de que a suspensão do contrato de trabalho não necessariamente impede a condução do processo disciplinar, faz-se necessário diferenciar se a infração disciplinar que enseja rescisão por justa causa foi cometida antes ou durante o período de suspensão do contrato de trabalho.

Em se tratando de justa causa cometida antes do advento do fator suspensivo, a suspensão contratual prevalece, cabendo à entidade empregadora comunicar de imediato ao empregado a constatação da justa causa. Todavia, só será possível efetivar a rescisão contratual tão logo desaparecida a causa suspensiva. Nesse sentido, cita-se abaixo entendimento firmado pelo TST:

É válido o ato da dispensa de empregado em gozo do auxílio-doença, por justa causa, quando o fato foi anterior à concessão do benefício e apenas sua apuração ocorreu a posteriore, entretanto, ante a ocorrência da suspensão do contrato de trabalho, os efeitos da rescisão contratual ficam postergados para após o fim da referida licença. (Processo: AIRR e RR - 751318-11.2001.5.12.5555 Data de Julgamento: 27/06/2007, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 24/08/2007).

¹⁴⁹ “Art. 482. [...] “a) ato de improbidade”.

¹⁵⁰ “Art. 482. [...] “k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”.

¹⁵¹ GEBARA, 2008. p. 19.

¹⁵² Desse modo, permanece o dever do empregado de não revelar segredo da empresa inclusive durante a suspensão do respectivo contrato empregatício, sob pena de cometimento de infração que autoriza a rescisão por justa causa (art. 482, “g”, da CLT).

Da mesma forma, na hipótese de cometimento de infração disciplinar anterior ao período suspensivo que esteja sujeita à penalidade prevista no art. 474 da CLT ("suspensão disciplinar"), só será viável executar a penalidade quando do retorno do empregado às atividades laborais. Já a advertência decorrente de infração disciplinar cometida antes do advento do fator suspensivo pode ser executada de imediato, mesmo durante a vigência da suspensão do contrato de trabalho, uma vez que a aplicação desse tipo de penalidade se esgota com a própria comunicação ao empregado.

Se a infração ensejadora da justa causa foi cometida durante o período de suspensão do contrato de trabalho, a doutrina tem aceitado a dispensa do empregado mesmo durante o período suspensivo¹⁵³. Nesse caso, vale frisar que só se configura infração disciplinar durante o período suspensivo quando o empregado pratica conduta infracional que seja compatível com a sustação da maioria das obrigações contratuais, conforme discutido no tópico anterior.

17. PRESCRIÇÃO

17.1. O princípio da imedaticidade

Com o objetivo de evitar que o empregado se sujeite, por longo prazo, à pressão do empregador pelo cometimento de falta disciplinar, o princípio da imedaticidade impõe que, caso algum empregado cometa uma falta disciplinar, seja a punição aplicada imediatamente após o conhecimento do fato pelo empregador.

A exata quantificação desse prazo para aplicação da punição não é expressamente efetuada pela legislação. Todavia, doutrina e jurisprudência trabalhistas firmaram o entendimento de que deve ser aplicado, por analogia, o prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 853 da CLT para o ajuizamento do inquérito para apuração de falta grave de empregado estável (prazo decadencial, Súmula nº 403 do STF¹⁵⁴).

A doutrina ainda sugere que tal prazo deve ser contado não da data da ocorrência do fato, mas do instante de seu conhecimento pelo empregador (ou seus prepostos). Também tem predominado o entendimento de que esse prazo pode ser ampliado ou reduzido pela existência ou não, respectivamente, de algum procedimento administrativo prévio à efetiva consumação da punição. Nesse sentido, cita-se o ensinamento de Godinho sobre a matéria:

*No que tange à imedaticidade da punição, exige a ordem jurídica que a aplicação de penas trabalhistas se faça tão logo se tenha conhecimento da falta cometida. (...) A quantificação do prazo tido como razoável a medear a falta e a punição não é efetuada expressamente pela legislação. Algumas regras, contudo, podem ser alinhavadas. Em primeiro lugar, tal prazo conta-se não exatamente do fato ocorrido, mas do instante de seu conhecimento pelo empregador (ou seus prepostos intraempresariais). Em segundo lugar, esse prazo pode ampliar-se ou reduzir-se em função da existência (ou não) de algum procedimento prévio à efetiva consumação da punição. Se houver instalação de comissão de sindicância para apuração dos fatos envolventes à irregularidade detectada, por exemplo, obviamente que disso resulta um alargamento do prazo para consumação da penalidade, já que o próprio conhecimento pleno do fato, sua autoria, culpa ou dolo incidentes, tudo irá concretizar-se apenas depois dos resultados da sindicância efetivada.*¹⁵⁵

A partir de uma análise ampliativa desse posicionamento doutrinário, pode-se ainda inferir que o citado **alargamento** do prazo para possível inflicção de pena, como consequência da instauração de proce-

¹⁵³ DELGADO, 2008, p. 1063.

¹⁵⁴ Súmula nº 403, STF: "É de decadência o prazo de trinta dias para instauração do inquérito judicial, a contar da suspensão, por falta grave, de empregado estável".

¹⁵⁵ DELGADO, 2008, p. 1.190.

dimento apuratório prévio, equivaleria, em essência, àquilo que no regime estatutário recebeu a nomenclatura de “interrupção da contagem do prazo prescricional”; ou seja, quando a estatal determina a realização do citado procedimento apuratório prévio com vistas a um melhor conhecimento dos fatos, ocorreria uma espécie de restauração do prazo original para a aplicação da eventual penalidade, restauração essa que, para ter utilização efetiva, deverá constar expressamente nos respectivos regulamentos internos.

Relacionado ao princípio da imediatividade encontra-se o critério do “perdão tácito”, o qual ocorre quando algumas faltas cometidas pelo empregado não são objeto de manifestação adversa imediata por parte do empregador. Em consequência, se a falta não for imediatamente punida logo que conhecida pelo empregador ou seus prepostos, presume-se que tenha sido tacitamente perdoada. Entretanto, como se verá adiante, tal entendimento não é aplicável à Administração Pública.

17.2. Da não prevalência do perdão tácito na seara pública

Apesar de apresentarem vários pontos semelhantes com as empresas da iniciativa privada, as empresas públicas e sociedades de economia mista possuem diversas peculiaridades que as distinguem, inclusive em certos aspectos do regime de pessoal.

Por estarem inseridas entre os entes da Administração Pública Indireta, também a elas se aplica o princípio da indisponibilidade do interesse público. Esse princípio determina que os interesses com que lida a Administração, próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja – inclusive dos próprios administradores.

Como consequência, o princípio da indisponibilidade do interesse público pelas empresas públicas e sociedades de economia mista conduz à impossibilidade de aplicação do instituto do perdão tácito. No âmbito dessas entidades, a apuração de irregularidades e aplicação de penalidades disciplinares constituem interesse público, pois os bens tutelados pela Administração atingem direta ou indiretamente patrimônio pertencente a toda a coletividade. Logo, o administrador público não poderia livremente “dispor” da faculdade de conceder o perdão tácito, uma vez que um interesse maior – o bem jurídico da coletividade – está em questão.

A esse respeito, cumpre registrar que a então Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União manifestou entendimento convergente ao aqui exposto, em mais de uma oportunidade, in verbis:

(...) O instituto do perdão tácito, como explanado previamente, incide, dentre outras hipóteses, quando o empregador não aplica, assim que tenha conhecimento dos fatos, a punição devida ao empregado faltoso. No caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, contudo, tal raciocínio não pode ser aplicado. Ou, em outras palavras, não se pode fazer incidir o instituto do perdão tácito quando as empresas públicas e as sociedades de economia mista não aplicarem penalidade ao empregado após transcorrido o prazo da imediatidade, seja ele qual for. Sabe-se, nesse ponto, que a apuração da irregularidade – e, sendo o caso, a aplicação da penalidade – constitui, evidentemente, manifestação do interesse público consubstanciado na necessidade de se averiguarem todos os fatos supostamente irregulares e, se constatada autoria e materialidade suficientes, de se aplicar a penalidade cabível, afastando dos quadros da Administração o empregado faltoso. (...) (Parecer nº 297/2007/ASJUR/CGU-PR).

(...) 28. Assim, não pode a Administração Pública, na qualidade de empregadora, “perdoar” faltas funcionais praticadas por seus empregados públicos, quando se sabe que o patrimônio e os interesses passíveis de ser atingidos em tais situações não são apenas privados, mas também públicos. (...)

37. De fato, não se pode aqui admitir que a Administração Pública disponha do mesmo prazo de um empregador da iniciativa privada possui para aplicar penalidades aos seus empregados que cometam determinada falta, vez que o patrimônio porventura atingido não lhe pertence, os inte-

resses que defende são indisponíveis e o prejuízo que venha a ser causado não será apenas por ela suportado (...) (Parecer nº 295/2007/ASJUR/CGU-PR).

Vale acrescentar que, de acordo com o art. 47 da Instrução Normativa CGU nº 14/2018, no âmbito da atividade correcional exercida pela Administração Pública não é aplicável o perdão tácito, ou seja, às empresas estatais, integrantes da Administração Pública Indireta, não se permite a utilização do instituto.

17.3. Do prazo para as estatais apurarem as condutas faltosas

É importante ressaltar que, embora não haja a observância do perdão tácito nas empresas públicas e sociedades de economia mista, a Administração Pública ainda possui o dever de apurar em determinado prazo as condutas faltosas. Contudo, diante das características próprias dessas empresas estatais, deve ser concedido um prazo maior que os trinta dias geralmente aplicados na iniciativa privada.

Dessa forma, o princípio da imediatividade deve ser aplicado pelas empresas estatais, mas sob outra perspectiva. Caso a estatal não possua regulamento interno próprio estabelecendo o prazo para apuração e em homenagem ao direito constitucionalmente garantido de prescribibilidade das ações punitivas, a lacuna normativa existente deve ser suprimida pelo disposto no art. 142 da Lei nº 8.112/1990:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Logo, as empresas públicas e sociedades de economia mista poderão observar, sob pena de prescrição da medida disciplinar, os prazos para instauração de procedimento apuratório de fatos supostamente irregulares cometidos por seus empregados previstos na Lei nº 8.112/1990, a contar do conhecimento do fato pela autoridade competente para determinar a instauração do processo.

Ainda sobre o assunto, ressalta-se aqui novamente o entendimento da então Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União, sobre o tema:

Diante das circunstâncias de que o prazo que se pretende encontrar se refere à aplicação de penalidade expulsória e de que a penalidade será aplicada sobre agente público, é de se concluir que a previsão legal que guarda maior compatibilidade e proximidade com a situação objeto de estudo é a encontrada no art. 142, I da Lei 8.112/90, referente ao prazo prescricional instituído para o caso de aplicação da pena expulsória aos agentes públicos sujeitos ao regime estatutário, qual seja, o prazo de 5 anos (...). (Parecer nº 297/2007/ASJUR/CGU-PR).

35. Ora, ante a inexistência de previsão legal acerca da matéria, torna-se bastante razoável estender aos empregados públicos, por analogia, naqueles casos em que as irregularidades praticadas venham a afetar, direta ou indiretamente, o patrimônio público, o mesmo prazo “prescricional” de 5 (cinco) anos previsto na supramencionada Lei nº 8.112, de 1990, aplicável aos servidores ocupantes de cargos públicos.

36. Com efeito, entender de modo diverso significaria desconsiderar as peculiaridades existentes na relação de emprego mantida pela Administração Pública com seus empregados, notadamente no que diz respeito ao interesse público que está por trás dos atos por ela praticados, bem como à titularidade do patrimônio desfalcado. (Parecer nº 295/2007/ASJUR/CGU-PR).

Ainda na temática da prescrição, e considerando o entendimento acima esposado sobre a utilização dos prazos previstos na Lei nº 8.112/1990, quando inexistente norma ou regulamentação interna, há que se indagar se, nesta hipótese, também haveria produção dos efeitos interruptivo e suspensivo da contagem da prescrição. É que o art. 142, §3º da Lei nº 8.112/1990¹⁵⁶, prevê que a instauração válida de processo disciplinar punitivo interrompe a contagem da prescrição e, além disso, o prazo fica suspenso até o máximo legal de prazo previsto para o processo¹⁵⁷ ou até o julgamento, caso este ocorra antes do prazo máximo.

Neste tocante, a Nota Técnica nº 109/2020/CGUNE/CRG, aprovada pelo Corregedor-Geral da União, esclarece que o prazo prescricional no procedimento administrativo sancionador (PAS) somente se inicia com o conhecimento do fato ilícito pela autoridade competente para a instauração do processo e, por ausência de imperativo legal que disponha especificamente sobre a matéria, uma vez iniciada a contagem do prazo prescricional o mesmo não será interrompido, sem suspenso, com a instauração do processo administrativo sancionador acusatório, a não ser que tais condições estejam previstas em norma interna, tornando a exigência válida e obrigatória.

17.4. Não instauração de processo disciplinar com penalidade prescrita

Ao tomar conhecimento de fato que revele indícios de autoria e materialidade de infração disciplinar, a autoridade competente deverá proceder à verificação do prazo prescricional no caso concreto, para então analisar a viabilidade de instauração disciplinar. Tal ponderação entre o dever de apuração de irregularidades e a utilidade da instauração do processo ampara-se no princípio constitucional da eficiência da atuação administrativa, que exige da autoridade o controle dos resultados da atuação estatal.

Nesse mesmo espírito, o comando legal do artigo 52 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo sancionador, prescreve que **“O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.”**

Em outras palavras, a atuação da máquina administrativa deve estar imbuída de uma finalidade - a produção dos resultados almejados pela norma aplicável ao caso concreto -, não se admitindo o dispêndio de recursos escassos sabendo-se de antemão da impossibilidade de produção desses resultados.

É o mesmo entendimento consubstanciado no Enunciado nº.04, de 05 de maio de 2011, emitido pela Comissão de Coordenação de Correição da Controladoria-Geral da União, colegiado que emitia orientações em matéria correcional para todo o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, que assim dispôs sobre o tema:

Prescrição. Instauração.

A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.

Conforme apontado na Nota Técnica nº 1439/2020/CGUNE/CRG, aprovada pelo Corregedor-Geral da União, vislumbram-se três momentos em que a Administração poderá fazer o juízo de ponderação acima:

- i) a verificação da fluência do prazo prescricional pode ocorrer antes mesmo da instauração de qualquer procedimento acusatório;

¹⁵⁶ Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: (...)

¹⁵⁷ § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

¹⁵⁸ 140 dias para o Processo Administrativo Disciplinar em rito ordinário; 50 dias para o Processo Administrativo Disciplinar em rito sumário e 60 dias para a Sindicância Acusatória ou Punitiva.

- ii) o transcurso do prazo prescricional é verificado durante o início da instrução do processo disciplinar, considerando-se o lapso temporal desde a instauração do processo; e
- iii) a Comissão somente verifica o decurso do prazo em um estágio mais avançado da instrução do processo, após a fase de indiciamento do agente.

No primeiro caso, recomenda-se à autoridade que motivadamente deixe de instaurar o processo acusatório, com fundamento no artigo 54, Lei nº.9.784, de 29 de janeiro de 1999, e no Enunciado nº.04, de 05 de maio de 2011, da Comissão de Coordenação de Correição, sem descuidar de eventual determinação de apuração de responsabilidade quando surgirem indícios de que o exaurimento do prazo prescricional decorreu de evidente atuação dolosa de agente específico no caso concreto.

No segundo cenário, orienta-se à comissão processante que relate as circunstâncias verificadas no processo para consideração da autoridade julgadora, apontando a fluência do prazo prescricional no caso concreto, cabendo à autoridade decidir pela continuidade ou não da apuração. Tal providência traz maior economia ao Erário, uma vez que se evita a realização desnecessária de atos instrutórios como a oitiva de testemunhas, quando se vislumbra desde já a impossibilidade de aplicação de penalidade ao final do processo.

Por fim, no último cenário, considerando que o processo já se encontra em fase final de apuração, restando somente as fases de defesa e produção de relatório final, recomenda-se que a Comissão finalize seus trabalhos, pois já se verificou o dispêndio de recursos materiais e humanos naquele caso, de modo que não se justificaria a não finalização daquele procedimento disciplinar.

18. RECURSOS

O recurso é o mecanismo processual utilizado para requerer reforma de decisão que seja desfavorável ao interessado. Segundo o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹⁵⁸, os fundamentos para a existência desse instrumento vão de previsões constitucionais à decorrência lógica da estrutura organizacional da Administração Pública – art. 5º, incisos XXXIV (alínea “a”) e LV da Constituição Federal e sistema de organização hierárquico.

Posto isso, sugere-se que os regulamentos internos das estatais que busquem normatizar a questão dos apuratórios disciplinares contemplem a utilização desse procedimento.

A Lei nº 9.784/1999, no caso, pode ser empregada como importante fonte de regramento dessa matéria específica, haja vista a relevante contribuição que esse diploma legal trouxe para o aprimoramento do tema no âmbito da Administração Pública Federal.

Assim, há algumas questões que, dada a sua importância, deveriam constar dos respectivos normativos internos das empresas estatais, na medida em que tratem especificamente da figura dos recursos, como, por exemplo: autoridades competentes, limites de instâncias, prazos para interposição e julgamento, forma de contagem dos prazos e os efeitos do recurso.

Desses aspectos, pelo menos dois estão a exigir um exame mais detido e aprofundado, uma vez que podem se constituir em causa de diversos problemas na seara correcional. Tais aspectos são a forma de contagem dos prazos e os efeitos do recurso.

Quanto à forma de contagem dos prazos, importa atentar que a Lei nº 9.784/1999 estabelece que o prazo para a interposição de recursos começa a ser contado da ciência ou da divulgação oficial da decisão (art. 59). Nesse sentido, para iniciar a contagem de prazo para a interposição de recurso, a Administração

¹⁵⁸ CARVALHO FILHO, 2007. p. 292.

não está obrigada – embora seja aconselhável que o faça – a localizar o interessado e a colher sua ciência da decisão, bastando, para tanto, que a citada decisão seja oficialmente divulgada.

Já no que atine à repercussão do recurso, é de se perceber que a Lei em comento lhe atribui, em regra, apenas efeito devolutivo (art. 6º I). Em outras palavras, proferida a competente decisão, sua imediata execução não poderá ser impedida por eventual interposição de recurso. Caso esse recurso seja posteriormente provido, os resultados decorrentes da execução da combatida decisão serão retirados do mundo jurídico.

Todavia, o efeito meramente devolutivo do recurso não é a única regra aplicável ao feito. O parágrafo único do artigo 6º I também prevê que a autoridade recorrida poderá conceder efeito suspensivo ao recurso quando houver “justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução”.

Essa previsão, que é uma exceção à regra geral do efeito devolutivo, e deve ser aplicada nos limites estabelecidos pelo diploma legal, busca evitar que, nas situações em que haja dificuldade em reparar o prejuízo, ou mesmo naquelas em que haja dúvida quanto à própria possibilidade de repará-lo, o reconhecimento do direito do recorrente ocorra de forma tardia e inócua.

19. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

Em observância aos princípios da eficiência e do interesse público por meio da racionalização dos procedimentos administrativos, bem como em consideração à necessidade de desburocratização da Administração Pública por meio da simplificação de procedimentos, eliminação de controles cujo custo de implementação seja manifestamente desproporcional em relação aos benefícios porventura auferidos, e observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, a CGU, na qualidade de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, em conformidade com suas competências constitucionais, legais e regimentais, instituiu, por meio da Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), procedimento destinado à resolução consensual de conflitos disciplinares de reduzida lesividade.

Por meio do TAC, as autoridades competentes encarregadas da instauração de processos disciplinares nos ministérios, órgãos e entidades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal tomarão dos responsáveis por infrações disciplinares de menor potencial ofensivo o compromisso de que adequarão sua conduta aos deveres e proibições previstos na legislação, reparando o eventual dano causado e, por conseguinte, restabelecendo-se a normalidade da atividade administrativa do ministério/órgão/entidade, necessária ao aperfeiçoamento progressivo do serviço público, sob pena de instauração ou continuidade do respectivo procedimento disciplinar, incluindo-se na apuração a suposta inobservância das obrigações previstas no termo de ajustamento de conduta celebrado (art. 6º, § 4º).

Requisito essencial a ser observado para a celebração do TAC é quanto ao tipo de irregularidade cometida pelo infrator. O Termo de Ajustamento de Conduta só poderá ser celebrado em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, ou seja, quando a conduta praticada pelo empregado público for passível de punição com advertência. Portanto, quando o caso sugerir majoração dessas penalidades, esse instrumento não poderá ser utilizado.

As obrigações estabelecidas pela Administração devem ser proporcionais e adequadas à conduta praticada, visando mitigar a ocorrência de nova infração e compensar eventual dano, e poderão compreender, dentre outras: I - reparação do dano causado; II - retratação do interessado; III - participação em cursos visando à correta compreensão dos seus deveres e proibições ou à melhoria da qualidade do serviço desempenhado; IV - acordo relativo ao cumprimento de horário de trabalho e compensação de horas não trabalhadas; V - cumprimento de metas de desempenho; VI - sujeição a controles específicos relativos à conduta irregular praticada.

O TAC será registrado nos assentamentos funcionais e seu prazo de cumprimento não poderá ser superior a 2 (dois) anos. Após celebração do TAC, será publicado extrato em boletim interno, contendo o número do processo e a descrição genérica do fato.

A celebração do TAC será comunicada à chefia imediata do agente público, com o envio de cópia do termo, para acompanhamento do seu efetivo cumprimento. Declarado o cumprimento das condições do TAC pela chefia imediata do agente público, não será instaurado procedimento disciplinar pelos mesmos fatos objeto do ajuste.

Por outro lado, no caso de descumprimento do TAC, a chefia adotará imediatamente as providências necessárias à instauração ou continuidade do respectivo procedimento disciplinar, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta.

A celebração do TAC suspende a prescrição até o recebimento pela autoridade celebrante da declaração a que se refere o § 1º deste artigo, nos termos do artigo 199, inciso I, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Assim que celebrado, o TAC deverá ser registrado no sistema CGU-PAD. Compete aos órgãos e entidades, incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista, manter registro atualizado sobre o cumprimento das condições estabelecidas no TAC.

20. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO DE ENTES PRIVADOS (PAR)

Embora o presente Manual tenha sua abordagem voltada para as atividades correcionais derivadas da relação jurídica estabelecida entre as Estatais e seus empregados, vale mencionar, ainda que de forma sucinta, os desdobramentos das irregularidades ocorridas nas interações com entes privados.

A iniciativa corruptora pode partir tanto do agente público como do agente particular, ou de ambas as partes. As irregularidades cometidas por tais atores são passíveis de apuração por parte da Administração Pública, que deve instaurar o devido processo de responsabilização para, em se verificando a ocorrência de ilícitos, aplicar a correspondente sanção.

De acordo com o art. 94 da Lei de Estatais (Lei nº 13.303/2016) aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei. As empresas estatais possuem competência originária para instaurar processo administrativo de responsabilização de pessoa jurídica em decorrência de atos lesivos contra si, nos termos dos arts. 1º e 5º, da Lei nº 12.846, de 2013.

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

O PAR constitui instrumento deste apuratório, do qual poderá resultar a aplicação de penalidade de multa e de publicação extraordinária de decisão condenatória, nos termos do art. 6º, da Lei nº 12.846, de 2013, e de penalidade que implique restrição ao direito de contratar e licitar com a Administração Pública.

O PAR será instaurado e conduzido nos termos do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, e tem seu procedimento detalhado na Instrução Normativa CGU nº 13, de 8 de agosto de 2019, alterada pela Instrução Normativa CGU nº 15, de 8 de junho de 2020. Ressalta-se, ainda, a Instrução Normativa CGU nº 1, de 7 de abril de 2015, que trouxe conceitos de faturamento bruto e a Instrução Normativa CGU/AGU nº 2, de 16 de maio de 2018, que dispõe sobre a metodologia de cálculo da multa administrativa prevista na Lei 12.846/2013.

A comissão de PAR será composta por, no mínimo, dois empregados públicos, designados pela autoridade competente, por meio de publicação de ato instaurador que indicará, dentre eles, o seu presidente.

O prazo para conclusão do PAR não excederá 180 (cento e oitenta dias) dias e poderá ser prorrogado por igual período. A comissão de PAR poderá ser reconduzida após o encerramento de seu prazo de prorrogação, quando necessário à conclusão dos trabalhos.

No âmbito da CGU, com a finalidade de dar melhor cumprimento ao que determina a Lei nº 12.846/2013, foi instituída na estrutura orgânica da Corregedoria-Geral da União a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados – DIREP, área específica para atuar na responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, inclusive em relação àqueles não estritamente vinculados a licitações e contratos administrativos, por meio da atuação de uma equipe especializada no assunto e com dedicação exclusiva ao tratamento da matéria.

21. INVALIDADES

Ao longo deste Manual foram abordadas algumas hipóteses de invalidades no processo administrativo sancionador, tais como a dispensa sem justa causa imotivada dos empregados públicos da ECT e a ausência de comunicação ao empregado para produzir e contestar provas quando da formulação da peça de sua acusação.

A apreciação inicial da legalidade do ato disciplinar deve recair sobre seus elementos, isto é: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Doutrinariamente definidos como requisitos do ato administrativo, o rol decorre da interpretação do art. 2º da Lei nº 4.717/1965 (lei da ação popular), abaixo reproduzido:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Em princípio, o ato administrativo eivado de qualquer dos vícios aludidos é insanável. No entanto, a doutrina mitiga a interpretação gramatical.

21.1. Nulidades

21.1.1. Incompetência

O art. 2º, parágrafo único, alínea “a”, da Lei nº 4.717/1965 define o vício de competência com a previsão de “[...] o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”. No processo administrativo sancionador, a competência vincula todo o procedimento, desde a instauração até o ato de julgamento, consoante os normativos internos das Estatais. Descabe a prática de atos processuais por quem não se encontra no polo ativo ou passivo da relação jurídica, assim como por quem não dispõe de autoridade funcional para deflagrar ou decidir a apuração.

José dos Santos Carvalho Filho expõe quatro critérios de atribuição de competência a agentes públicos: matéria, hierarquia, lugar e tempo (ou circunstância)¹⁵⁹. A matéria consiste no tema que é encarregado ao órgão (educação, cultura, segurança pública). A hierarquia concerne à divisão de funções internas (instauração, instrução, decisão, recurso). O lugar diz respeito à descentralização territorial das atividades administrativas. O tempo refere-se ao prazo e às situações que autorizam o exercício de atribuições do órgão (em face de calamidade pública por exemplo).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o vício de competência não é infenso ao ato de convalidação, ressalvado caso da competência exclusiva. Pode-se dizer, pois, que a competência exclusiva é a única que atrai a decretação de nulidade do ato defeituoso, já que insanável.

Quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade [...]¹⁶⁰

Nesse sentido, a doutrinadora defende que a competência exclusiva não se sujeita à delegação por força do art. 13 da Lei nº 9.784/1999: a edição de atos normativos, decisão de recursos administrativos e matéria atribuída legalmente a órgão ou entidade (*ratione materiae*). Não havendo possibilidade de delegação, não subsiste sanabilidade para o ato. Por exemplo, a abertura de processo disciplinar em entidade com que o acusado não tem nenhuma relação funcional.

Independentemente da classificação do vício de competência quanto à sanabilidade, a teoria das invalidades processuais adota solução que uniformiza o tratamento no art. 64, §§ 3º e 4º, do CPC, que é aplicável supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos, por força do art. 15 desse diploma processual.

Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.

[...]

§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.

§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

O direito processual impõe a conservação das decisões, ainda que eivadas de vício de competência, ressalvado o poder de revisão do juízo competente. Nada obsta à aplicação da regra no direito administrativo processual. Não importa se o defeito atinge competência absoluta ou relativa. A decretação de nulidade dos atos processuais deve pautar-se pelo princípio do prejuízo para que se legitime a medida.

¹⁵⁹ CARVALHO FILHO, 2018, p. 169.

¹⁶⁰ DI PIETRO, 2018, p. 328.

[...] Trata-se de regra inovadora, uma vez que o Código revogado inquinava de nulidade os atos decisórios (CPC/1973, art. 113, § 2º). A legislação atual, portanto, adota entendimento diverso: as decisões proferidas pelo juízo incompetente apenas serão invalidadas: (i) se o próprio juiz incompetente revogá-las; ou, (ii) se o magistrado destinatário proferir outras sobre a mesma questão.

O novo Código seguiu a orientação de parte da doutrina que, mesmo no regime do CPC de 1973, entendia não ser possível considerar nulos todos os atos decisórios emanados do juízo incompetente. É o que ocorria na legislação revogada com as decisões de deferimento de medidas de urgência que, dada sua alta relevância para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, não haveriam de ser consideradas automaticamente invalidadas. O que antes era visto como exceção, torna-se agora regra aplicável à generalidade dos atos decisórios do juiz incompetente.¹⁶¹

Não há razão para invalidação automática de atos processuais em sede administrativa igualmente. A norma tem aplicação evidente nas etapas de instauração e julgamento de sindicâncias e processos disciplinares. Há necessidade, pois, de manifestação da autoridade competente acerca do ato contaminado pelo vício a fim de decretar a nulidade, se resultou em prejuízo ao empregado, ou dar provimento com idêntico teor, mantendo os efeitos da decisão atacada. A omissão da Administração a respeito da correção do defeito viabiliza ao interessado o acesso ao Poder Judiciário, que invalidará o procedimento parcial ou totalmente, a depender da fase em que se produziu o ato inquinado, pelo descumprimento do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República) e do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República).

Não se admite a inércia injustificada da Administração no desempenho dos poderes-deveres que lhe tocam. Ao comentar o art. 64 do CPC, Humberto Theodoro Júnior alerta que a regra não se traduz em salvo-conduto para desprezar as normas sobre competência:

Diante da insanabilidade da incompetência absoluta, nem mesmo a coisa julgada a supera em caráter definitivo. Pode, assim, ser objeto de invalidação por meio de ação rescisória a sentença transitada em julgado, prolatada por juiz absolutamente incompetente (art. 966, II).¹⁶²

O pronunciamento da Administração é dever decorrente do princípio da oficialidade, mediante o exercício da autotutela sobre os atos administrativos.

21.1.2. Forma

O art. 2º, parágrafo único, alínea “b”, da Lei nº 4.717/1965 positiva que “o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”. Trata-se da espécie de defeito mais frequente nas ações correccionais.

A forma é meio de exteriorização da vontade. O art. 22 da Lei nº 9.784/1999 tempera o formalismo com regras básicas para produção de atos processuais, dispensando modelos estanques.

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

¹⁶¹ THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 255.

¹⁶² THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 255.

§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.

No entanto, a forma não diz respeito apenas aos vícios dos atos isoladamente. A forma é o requisito de validade que encarece a garantia do devido processo legal, consoante o art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República. Traduz-se na obediência às normas regentes do procedimento.

De maneira similar à abordagem acerca da competência, os doutrinadores moderam a interpretação gramatical do art. 2º, parágrafo único, “b”, da Lei nº 4.717/1965, que impõe a sanção de nulidade ao vício de forma. Leciona-se que existe espaço para nulidade e anulabilidade, ou seja, tanto o defeito pode ser insanável quanto sanável.

A aplicação de punição disciplinar sem abertura de processo disciplinar quando existente tal previsão em norma interna é inválida por inobservância de forma. O exemplo é considerado defeito insanável. O desrespeito de normas da citação, a título de ilustração, é suscetível de convalidação pela conduta do interessado. A participação do ato processual por quem foi citado irregularmente saneia o vício de forma. Nesse sentido, dispõe o art. 239, § 1º, do CPC¹⁶³: “O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução”.

Os arts. 276, 277 e 283 do CPC disciplinam a invalidação de vício de forma no processo civil. O art. 572 c/c art. 564, inciso IV, do CPP também trata do defeito de formalidade no processo penal. Eis os dispositivos abaixo.

Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

O legislador positiva vários princípios para regular a invalidação por defeito de forma (boa-fé, prejuízo, aproveitamento), os quais informam a decretação de nulidade e anulabilidade, sem distinção, como se perceberá nos subitens 18.3. a 18.5., adiante. É interessante que ele prestigiou a vontade da parte mediante a preclusão lógica no art. 572, inciso III, do CPP. Denota assim perfilar o entendimento de que o vício é sanável, ao contrário da disposição literal do art. 2º, parágrafo único, “b”, da Lei nº 4.717/1965.

¹⁶³ O art. 570 do CPP veicula norma similar: “A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.”.

No entanto, doutrinadores administrativistas consideram que o vocábulo do art. 2º (nulidade) não se refere estritamente ao sentido clássico da teoria geral. Nesse diapasão, trata-se de gênero (nulidade), de que são espécies a nulidade absoluta e a nulidade relativa, enquanto as menções a anulação ou anuláveis significam em tese invalidação e invalidáveis respectivamente. No CPP, realmente se nota o uso indiscriminado da palavra “nulidade” no art. 564, cuja discriminação é dependente de outros dispositivos, que irrogam a possibilidade de convalidação de alguns vícios, mas vedam-na no tocante aos demais, como é o caso do art. 572, caput, da lei processual penal. Em suma, a divergência doutrinária deriva de suposta imprecisão da técnica legislativa dos diplomas¹⁶⁴.

Entre os vícios de forma, merece especial atenção o defeito na motivação dos atos. A motivação é a exposição dos motivos (pressupostos fáticos e jurídicos) autorizadores do exercício de atos pela Administração. O art. 50, incisos I, II, V, VII e VIII, da Lei nº 9.784/1999 irroga o dever geral de motivar os atos administrativos, in verbis:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

[...]

V - decidam recursos administrativos;

[...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Para todos os atos aludidos, a motivação é imprescindível, sobretudo se a decisão implicar indeferimento de pleito do acusado (art. 50, inciso I, da Lei nº 9.784/1999) ou impuser sanção (art. 50, inciso II, da Lei nº 9.784/1999) por força das garantias à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República).

Existe a discussão sobre a consequência da falta ou inidoneidade de motivação. Celso Antônio Bandeira de Mello ministra a lição de que a motivação deficiente repercute na validade dos atos conforme a modalidade de competência para o exercício: vinculada ou discricionária. Segundo o doutrinador, tratando-se de competência vinculada, o vício de forma na motivação é sanável, pois os fatos e fundamentos jurídicos (motivos) podem ser comprovados ulteriormente. Em se tratando de competência discricionária, salvo exceções, “[...] o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, ‘fabricar’ razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração, quando da prática do ato. [...]”¹⁶⁵.

Os atos que compõem os procedimentos disciplinares são exercidos no desempenho de competência vinculada, segundo a opinião mais moderna. Na aplicação de penalidades, é comum encontrar arestos que invalidam sanções por violação ao princípio da proporcionalidade (art. 2º da Lei nº 9.784/1999 e art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República) ou decisões que afrontam garantia à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República). Não há margem à conveniência e oportunidade quando se exerce o poder administrativo sancionador.

¹⁶⁴ O problema também se verifica no CPC, que reúne as espécies de invalidação sob o termo “nulidades” (arts. 276 a 283) e emprega a palavra “anulação” com o sentido de invalidação (arts. 11 e 12, § 6º, inciso I), apesar do uso do verbo “invalidar” em certas ocasiões (art. 279, § 1º).

¹⁶⁵ MELLO, 2013, p. 406 e 407.

A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello carece de cuidados no tocante à atividade disciplinar. A indicição deficiente na motivação, isto é, sem comprovação clara dos fundamentos de fato e de direito contém vício grave de forma. Viola a garantia do indiciado ao contraditório. Mesmo que a autoridade julgadora localize nos autos as provas não indicadas na peça acusatória, é ilegítima a condenação do autor da infração, porque o defeito da indicição repercute na qualidade da defesa escrita. Entretanto, é viável a absolvição se constatada perda de punibilidade (prescrição), o que ilide a necessidade de invalidação da indicição e dos atos subsequentes ex vi do princípio da primazia do mérito nos termos do art. 282, § 2º, do CPC: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

O ponto que se deve ressaltar é a importância de aferir as consequências de decretar a invalidade de atos processuais. Na hipótese de vício ocasionado pela Administração, a invalidação deve ser promovida, desde que a manutenção do ato implique prejuízo concreto ao acusado. Em caso de ser viável decisão favorável ao empregado, a invalidação perde o intento de sanção, já que a decisão de cominá-la pune a vítima do vício (indiciado) em vez do autor do defeito nesta circunstância com o prolongamento desnecessário do litígio.

21.1.3. Objeto

Consta do art. 2º, parágrafo único, alínea “c”, da Lei nº 4.717/65 que “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”. A doutrina instrui que o vício decorre de objeto ilícito, impossível ou indeterminável. Em sede punitiva, José dos Santos Carvalho Filho aduz o exemplo de “[...] o agente, diante do fato previsto na lei, aplica ao indivíduo sanção mais grave que a adequada para o fato.”¹⁶⁶.

No exemplo, a punição, que é o objeto do ato administrativo, padece de ilicitude. Não há cabimento entre o motivo (infração) e o objeto (sanção imputada).

O objeto também é deficiente no caso de ser impossível fática e juridicamente¹⁶⁷, bem como indeterminável (inclusive quanto ao destinatário). A impossibilidade fática consiste no ato que veicula conteúdo insuscetível de concretização. A impossibilidade jurídica é o conteúdo sem respaldo do Direito. A indeterminabilidade procede da indefinição quanto ao conteúdo ou ao sujeito a que se destina. Por exemplo, a aplicação de suspensão sem delimitação do tempo (quantidade de dias) peca na extensão da punição, enquanto a inflição de advertência sem indicar o destinatário num processo disciplinar com pluralidade de indiciados compromete a individualização da pena (aspecto subjetivo do objeto do ato administrativo).

A doutrina ensina que o vício no objeto é insanável. Trata-se de hipótese que enseja a nulidade do ato. Excepciona-se o ato com objeto plural, isto é, com conteúdos diversos. No julgamento de mais de um indiciado, a invalidade da pena de um não implica necessariamente a da sanção dos demais. A questão tem pertinência com o princípio do aproveitamento dos atos processuais, que será examinado no subitem 21.5. adiante.

21.1.4. Motivo

O art. 2º, parágrafo único, alínea “d”, da Lei nº 4.717/65 reza que “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, 2018, p. 213.

¹⁶⁷ Há quem não enxergue diferença entre impossibilidade jurídica e ilicitude. Com base na concepção de que se confundem os conceitos, o legislador eliminou a possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação do CPC/2015 (art. 330). Pode-se exemplificar impossibilidade jurídica com a prolação de perdão por autoridade julgadora de processo disciplinar após esaurimento da instrução e comprovação da infração disciplinar do indiciado.

juridicamente inadequada ao resultado obtido”. Na esteira das lições de José dos Santos Carvalho Filho¹⁶⁸, o vício no motivo decorre de sua inexistência, falsidade ou incongruência¹⁶⁹.

Para o doutrinador¹⁷⁰, o “Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa” (suporte fático abstrato, de acordo com a teoria geral do fato jurídico), ao passo que o “Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal” (suporte fático concreto, segundo a teoria geral do fato jurídico). Em matéria de direito disciplinar, o motivo de fato é a conduta comprovada nos autos, enquanto o motivo de direito consiste no enquadramento legal. Havendo subsunção da conduta no enquadramento, há incidência da norma administrativa no caso concreto (configuração da infração).

O motivo inexistente e o motivo falso são equivalentes. Falece à norma a premissa que autoriza a geração dos efeitos jurídicos. Não se concretiza o pressuposto previsto no ato normativo nessas hipóteses. A incongruência difere. Assemelha-se à discussão anterior acerca do vício de objeto, o que reclama o apontamento da distinção.

O vício no motivo representa o defeito na subsunção do fato à norma. Trata-se de caso de nulidade. Inexiste meio de convalidação. No direito administrativo disciplinar, o vício tem especial pertinência com o mérito da causa.

A inadequação dos motivos deslegitima a geração de efeitos do ato administrativo por falta de enquadramento dos fatos na hipótese normativa. Acarreta afronta ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República). Apesar de suscetível à decretação de nulidade, impõe-se a observação dos princípios dos subitens 18.3 (meras irregularidades) a 18.5 (princípio do aproveitamento dos atos processuais). a fim de averiguar a utilidade da medida a respeito do caso concreto de acordo com o comando do art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”.

21.1.5. Finalidade

O art. 2º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei nº 4.717/65 esclarece que “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Trata-se de vício grave, que se identifica com a previsão de ato de improbidade positivada no art. 11, inciso I, parte final, da Lei nº 8.429/92: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência” (grifos nossos).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷¹, a finalidade traduz-se no efeito mediato do ato, ao passo que o objeto consiste no efeito imediato. Em concreto, a demissão, advertência e suspensão são espécies de punição. Cada espécie representa um objeto dirigido à mesma finalidade (punir). No exemplo da remoção fundada em infração funcional, consignou-se haver vício nos motivos, já que as transgressões estatutárias não consubstanciam o fundamento fático e jurídico da remoção. Contudo, há sem dúvida vício na finalidade, quando se analisa da perspectiva dos antecedentes (motivos), pois a remoção não tem fim punitivo.

Com base no art. 2º, parágrafo único, “e”, da Lei nº 4.717/65, que define o conceito de desvio de finalidade, a doutrina tende a aproximar os requisitos da finalidade e da competência. Em síntese, o desvio de finalidade consiste no mau uso da competência administrativa. O agente público exercita o poder de remover alguém com o intento de castigá-lo, como já se ilustrou, despreocupado com o dever de atender o interesse da Administração no andamento do serviço. A finalidade assim é um requisito objetivo, cujo contorno procede apenas da norma por meio das regras de competência, o que é perceptível do ensina-

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, 2018, p. 213.

¹⁶⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a hipótese como vício de “causa” do ato administrativo (MELLO, 2013, p. 412).

¹⁷⁰ CARVALHO FILHO, 2018, p. 174.

¹⁷¹ DI PIETRO, 2018, p. 289.

mento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados.”¹⁷².

José dos Santos Carvalho Filho examina o assunto e pontua considerações a respeito do perfil objetivo do requisito de validade:

Os autores modernos mostram a existência de um elo indissociável entre a finalidade e a competência, seja vinculado ou discricionário o ato. A finalidade, retratada pelo interesse público da conduta administrativa, não poderia refugir ao âmbito da competência que a lei outorgou ao agente. Em outras palavras, significa que, quando a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade a ser perseguida pelo agente. Daí a acertada observação de que ‘ocorre o desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimenta-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontra vinculada, ex vi da regra de competência’.

*Segundo alguns especialistas, o desvio de finalidade seria um vício objetivo, consistindo no distanciamento entre o exercício da competência e a finalidade legal, e, por tal razão, irrelevante se revelaria a intenção do agente [...]. Não endossamos esse pensamento. Na verdade, o fato em si de estar a conduta apartada do fim legal não retrata necessariamente o desvio de finalidade, vez que até por erro ou ineficiência pode o agente cometer ilegalidade. O desvio pressupõe o animus, vale dizer, a intenção deliberada de ofender o objetivo de interesse público que lhe deve nortear o comportamento. Sem esse elemento subjetivo, haverá ilegalidade, mas não propriamente desvio de finalidade.*¹⁷³.

Para Marçal Justen Filho¹⁷⁴, a expressão “finalidade” deve vir no plural. Explica que o vínculo legal a que se sujeita o agente público reduz-se à diretriz de que “[...] nenhum fim privado ou alheio ao bem da coletividade pode ser perseguido por meio de competências estatais”. Acrescenta, no entanto, que à medida que aumenta a autonomia do empregado acerca dos meios para concretizar os fins da lei, amplia-se proporcionalmente a discricionariedade na escolha da finalidade concreta dos atos administrativos.

A autonomia no tocante aos fins surge à medida que se outorga autonomia quanto aos meios, especialmente se as finalidades concretas de certa providência administrativa não estiverem indicadas normativamente. O agente estatal que dispõe de autonomia para escolher a oportunidade e a conveniência de determinado ato disporá, usualmente, de autonomia também quanto à finalidade a ser buscada exceto quando a norma explicitamente indicar a finalidade concreta a ser buscada, o que raramente ocorre.

O exercício do poder disciplinar é atividade amplamente vinculada tanto na aplicação das sanções, quanto no desenvolvimento do rito, quando há previsão em normas internas. O cumprimento da finalidade informa a concretização do princípio do prejuízo (subitem 21.4.), segundo o qual a finalidade prevalece sobre a forma (art. 277 do CPC).

O vício de finalidade induz nulidade para a doutrina e é insanável. O ato que não atinge a finalidade não tem validade. No entanto, como o processo é exteriorizado por um conjunto ordenado de atos (procedimento), o vício, ainda que insanável, de um deles não compromete necessariamente todos os outros. Impende a averiguação de princípios auxiliares, como o da primazia do mérito, o do aproveitamento dos atos processuais e o da boa-fé processual. A decretação de nulidade processual insere-se numa avaliação abrangente da relação jurídica materializada no procedimento, descabendo a invalidação automática de atos, sob pena de desrespeitar a inteligência do art. 20, caput, da LINDB: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

172 MELLO, 2013, p. 409.

173 CARVALHO FILHO, 2018, pp. 180-181.

174 JUSTEN FILHO, 2016, pp. 429-431.

21.2. Anulabilidades

Os vícios que ensejam anulabilidade são reputados menos graves do que os defeitos de nulidade, razão pela qual se permite o saneamento por meio da convalidação, conforme disposição do art. 55 da Lei nº 9.784/1999:

Art. 55. Em decisão da qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Não se esclarece, entretanto, quais vícios encaixam-se na classificação de anuláveis. O art. 3º da Lei nº 4.717/1965, ao dispor sobre o assunto, informa:

Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Pela leitura do artigo, cuida-se de vícios diferentes dos que constam do art. 2º da lei da ação popular, o qual enumera os requisitos dos atos administrativos (competência, forma, objeto, motivo e finalidade).

A doutrina dualista ainda se depara com dificuldade na sistematização dos vícios que dão azo à anulabilidade dos atos administrativos. Costumam-se apontar os defeitos quanto à forma e à competência apesar da literalidade do art. 2º, caput, da Lei nº 4.717/65. De todo modo, diante da imprecisão técnica do legislador no tratamento da disciplina das “nulidades” em diversos diplomas, não se pode descartar tal posicionamento. Todavia, resta uma questão. Existem outros exemplos das anulabilidades?

Na teoria geral do fato jurídico, as anulabilidades têm relação com a exteriorização de vontade dos sujeitos de direito. Se a manifestação de vontade contiver alguma deficiência, logo o ato está eivado de vício e sujeita-se à anulação, conforme o art. 171, inciso II, do Código Civil: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”.

Outra razão de anulabilidade reside na incapacidade relativa dos agentes, que figuram no rol do art. 4º do Código Civil, o que, de certa maneira, consiste na tutela de sujeitos contra quem pesa a presunção de vontade deficiente (menores púberes, ébrios habituais, pródigos, etc.), de sorte que os contemplou o art. 171, inciso I, do CC/02: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] por incapacidade relativa do agente;”.

A anulabilidade distingue-se pelo fato de ser sanável. Como o vício concerne à vontade deficiente do sujeito, a correção do defeito de vontade convalida o ato ou negócio jurídico. Destarte, cabe ao sujeito examinar a conveniência de confirmar ou anular o ato/negócio. Por isso, entende-se que a anulabilidade diz respeito à proteção de interesses privados, porque a autonomia privada (da vontade) obtém realce em matéria de invalidação, dependendo de arguição do interessado em juízo.

Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que a vontade do agente influi apenas no exercício da competência discricionária, pois ela subentende a interpretação de conceitos jurídicos imprecisos, o que sujeita o ato administrativo a alto grau de subjetividade no exame da conveniência e oportunidade. A competência vinculada, em razão da clareza dos comandos legais, não permite ao agente alternativa para escolha da conduta cabível no caso concreto:

[...] quando a lei predetermina antecipadamente, de modo objetivo e completo, o único possível comportamento administrativo perante o motivo por ela já caracterizado em termos que inadmitem qualquer subjetivismo quanto ao reconhecimento de sua existência. É o que sucederia,

e.g., no deferimento de aposentadoria requerida por servidor público que contasse com 35 anos de contribuição.¹⁷⁵.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em contrapartida, elenca a incapacidade do agente, que decorre da situação de impedimento ou suspeição na sua opinião, além dos casos dos arts. 3º e 4º do Código Civil, e os vícios de vontade (erro, dolo, coação, etc.) como espécies de anulabilidades¹⁷⁶, o que se contrapõe parcialmente ao pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que despreza o móvel do sujeito no tocante ao desempenho de competência vinculada.

Além dos casos de impedimento e suspeição, que têm estreita proximidade com vícios de vontade, dos quais se cuidará em seguida, as leis processuais preveem situações de fraude (crimes de prevaricação, concussão ou corrupção), dolo, coação, simulação, erro, falsidade (é espécie de dolo no sentido do art. 145 do CC/2002, pois consiste na indução de outrem a erro) e incomunicabilidade dos jurados (para proteção da imparcialidade do juiz leigo).

É difícil, pois, acreditar na tese de que os vícios de vontade são desimportantes em se tratando de competência administrativa vinculada. Existindo vício na manifestação de vontade dos membros de comissão de inquérito ou da autoridade julgadora, a inércia não é o melhor caminho. A Administração deve reavaliar os atos com os instrumentos à disposição (substituição de integrante ou avocação do processo) para sanear-los, se possível, ou refazê-los, se necessário.

O impedimento e a suspeição afinam-se, de certo modo, com a manifestação livre de vontade do agente público. Enquanto o impedimento implica situações objetivas, porque concernem a circunstâncias fáticas, a suspeição tem caráter subjetivo, porque diz respeito a liames psicológicos, de acordo com as leis administrativas. Os arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784/1999 disciplinam assim o assunto.

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

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

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

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

.....

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera ambas as hipóteses como defeitos sanáveis. Apesar disso, causa confusão ao distingui-las: “Na Lei nº 9.784/1999, há duas hipóteses de incapacidade: impedimento (art. 18), que gera presunção absoluta; e suspeição (art. 20), que gera presunção relativa. Ao contrário do direito civil, as duas situações geram atos anuláveis e, portanto, convalidáveis por autoridade que não esteja na situação de impedimento ou suspeição.”¹⁷⁷. O impedimento presume ser incapaz o agente sem possibilidade de comprovar o contrário. A suspeição permite a prova de que o agente suspeito é capaz. Noutras palavras, são incapacidades relativas, já que sanáveis, mas induzem presunções diferentes quanto à viabilidade de contraprova da capacidade do sujeito para prática dos atos administrativos¹⁷⁸.

¹⁷⁵ MELLO, 2013, p. 404.

¹⁷⁶ DI PIETRO, 2018, p. 335.

¹⁷⁷ DI PIETRO, 2018, p. 335.

¹⁷⁸ Cumpre recordar que a incapacidade absoluta do art. 3º do CC/2002 (menores impúberes) gera a nulidade dos atos, conforme o art. 166, inciso I, do CC/2002. É vício insanável.

Em que pese à lição de Di Pietro, o impedimento harmoniza-se mais com o regime da nulidade do que o da anulabilidade. Todos os ramos processuais assim o tratam. O legislador imputou ao agente o dever **ex officio** de abstenção do ato. Cabe à Administração o ônus de demonstrar a falta de prejuízo para evitar a invalidação. Na suspeição, os fatos que a suscitam concernem muitas vezes à intimidade dos empregados. Os motivos são altamente subjetivos. Por isso, afigura-se razoável tratá-la na linha das anulabilidades, já que se imiscui nitidamente com interesses privados dos envolvidos. O ônus de comprovação do prejuízo na suspeição toca àquele que a alegar para invalidação do ato.

21.3. Meras irregularidades

As meras irregularidades são defeitos que não geram invalidade. Em geral, atingem a forma dos atos sem condão de causar prejuízo em abstrato. A doutrina processualista sugere alguns exemplos: “o advogado realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; o escrivão certifica haver procedido à juntada de uma ‘sentença’, referindo-se, em verdade, a uma decisão interlocutória, desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (art. 207 do CPC) etc.”¹⁷⁹.

Como exemplo desta espécie de vício, conveniente destacar reiterados julgados do STJ, nos quais se aponta o excesso de prazo para a conclusão do processo, bem como a ausência de encaminhamento ao Ministério Público e TCU, como vícios desta categoria. Senão vejamos trechos de precedentes daquele Tribunal:

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA APRESENTAÇÃO DE PARECER PELA COMISSÃO DISCIPLINAR. MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO GERA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

(...)

2. O entendimento desta Corte é no sentido de que eventuais irregularidades relativas ao excesso de prazo para prática de atos, quando incapazes de trazer prejuízo ao militar disciplinando, não ensejam nulidade do processo administrativo disciplinar. Precedentes.

(...)

5. Recurso ordinário desprovido. (grifos no original)

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 22.032/GO. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 16/12/2010, publicado em 7/2/2011)

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS. CIÊNCIA. ARTIGO 15 DA LEI 8.429/92. FALTA. MERA IRREGULARIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

I - Constitui mera irregularidade, incapaz de gerar nulidade, o fato de a comissão processante não ter dado ciência imediata ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da existência do procedimento administrativo disciplinar, para eventual apuração da prática de ato de improbidade.

[...]

Ordem denegada. Agravo regimental prejudicado. (grifos no original)

¹⁷⁹ DIDIER Jr., 2016, p. 408.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 15.021/DF. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 25/8/2010, publicado em 24/9/2010)

Como a mera irregularidade não afeta o conteúdo dos atos, nem compromete a forma no tocante à finalidade a que se presta, o único efeito possível é extraprocessual. Assim, a extrapolação do prazo previsto em norma interna não é fato que vicia o ato de julgamento, porém em tese pode motivar responsabilização da autoridade julgadora, o que é efeito impertinente quanto ao processo que se sujeitou à demora injustificada para a conclusão, porquanto o feito permanecerá válido e eficaz, independentemente das consequências jurídicas com relação ao agente público que procrastinou o dever de decidir no prazo legal.

21.4. Princípio do prejuízo

Literalmente, o princípio informa que “não há nulidade sem prejuízo”. Isto é, nenhum ato será declarado nulo sem que seja comprovado efetivo prejuízo ao acusado, influência concreta na decisão desfavorável ou obstrução na apuração da verdade real dos fatos. Analogamente ao processo penal, extrai-se que:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

As normas de processo civil, que são aplicáveis supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (art. 15 do CPC), prestigiam o princípio do prejuízo – *pas de nullité sans grief* – nos arts. 188, 277, 282, § 1º, e 283 do CPC, *in verbis*.

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 282. [...] § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Também a jurisprudência é pacífica quanto a esse tema. Veja abaixo:

EMENTA: (...) 6. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a demonstração de prejuízo efetivo para a defesa deve ser exposta detalhadamente, de modo a permitir a exata repercussão que o ato impugnado teria na apuração dos ilícitos funcionais. (...).

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.050/DF - 2008/0282962-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/5/2010)

*EMENTA: (...) 3. Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes. (...).*

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 9657/DF - 2004/0052299-4. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 1/2/2010)

As espécies de invalidade (nulidade e anulabilidade) sujeitam-se de antemão à prova de comprometimento da finalidade dos atos¹⁸⁰. A intimação que não comunica alguém acerca da data de audiência não alcança o fim a que se presta. Ademais, é imprescindível a demonstração do prejuízo concreto ao direito do interessado ou aos objetivos da relação processual. A oitiva com testemunhas que não presenciaram os fatos nem conhecem as partes não tem condão de prejudicar o acusado que foi preterido de participar do ato processual. Nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “o ato praticado com violação de forma só será decretado inválido se, e somente se, não atingir a sua finalidade e comprometer os fins da justiça do processo.”¹⁸¹.

Em vista do formalismo moderado admitido no processo disciplinar, a demonstração do prejuízo encontra-se aliada à comprovação da impossibilidade de alcance dos mesmos efeitos por meio diverso. Deve-se comprovar que não há outro modo com aptidão de revelar a verdade dos fatos e garantir a defesa, senão aquele cuja invalidação é pretendida.

Acerca da matéria, manifestou-se a AGU por meio dos Pareceres nº GQ-37 e nº GQ-177, vinculantes, respectivamente:

Parecer nº GQ-37

15. (...) o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar (...).

Parecer nº GQ-177

Ementa: (...) O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção.

A noção de prejuízo subentende pertinência e relevância em face do mérito da causa. O ato viciado que se sujeita à invalidação tem poder de influir efetivamente na decisão do litígio, pois oferece fundamentos de fato e de direito (motivos) para o conteúdo do julgamento. Informações sem relação com o escopo da lide ou sem importância para determinação do sentido da decisão carecem de potencialidade de prejuízo, razão pela qual a invalidação dos atos que as contêm é medida inócua, já que não beneficia ninguém afinal.

Para tanto, é preciso observar em que momento do processo o ato inválido foi editado. Desse modo, a propósito da invalidade de apenas uma prova, deve ser apreciada a influência da peça na convicção da comissão para fins da decretação da invalidade do feito. A esse respeito, manifestou-se a Advocacia-Geral da União nos Pareceres nº Gvinculantes, respectivamente:

Parecer nº GQ-37

5. (...) é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado (...).

Parecer nº GQ-17

29. Em síntese, tem-se:

¹⁸⁰ Isso não surpreende. Apesar do silêncio dos processualistas, não é surpreendente o fato de que o defeito que prejudica a finalidade importa em invalidação. A finalidade dos atos administrativos é requisito insuscetível de convalidação, se acaso houver vício. A mera circunstância de ser ato praticado em juízo não altera a necessidade de consecução do seu objetivo.

¹⁸¹ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 116.

a) não obstante ser necessária a notificação da tomada de depoimentos, consequência imediata do princípio do contraditório, as declarações de duas testemunhas, sem a prévia notificação do acusado envolvido na prática da infração objeto do presente processo disciplinar, não implicam nulidade processual, eis que essa exigência foi observada em relação a numerosos outros depoimentos e se encontra provada, à saciedade, a autoria, reconhecida pelo próprio indiciado e seu representante legal, adicionando o caráter satisfativo da ampla defesa assegurada, nos autos. O conjunto das provas juntadas ao processo e a confissão tornam irrelevantes as declarações das duas testemunhas, que não exercem influência na apuração da conduta ilícita e determinação da autoria, como se verificou;

Em suma, se os atos eivados de vícios não determinarem o resultado do processo, não subsiste finalidade para invalidá-los, pois, mesmo com a sua ausência, o desfecho permanece igual. É relevante, contudo, apreciar a extensão do vício, porque, a depender do objetivo do ato e do momento da prática, a repercussão pode afigurar-se irreparável para a sobrevivência do processo.

21.5. Princípio do Aproveitamento dos Atos Processuais

A impossibilidade de correção do ato ilegal pela presença de vício que compromete a finalidade do ato e causa o prejuízo à parte atrai a decretação da invalidade. Entretanto, a autoridade competente deve especificar o alcance da medida, invalidando total ou parcialmente o processo.

Com base no princípio do aproveitamento dos atos processuais, a invalidação atinge somente os atos que são diretamente contaminados pelo defeito e os que deles dependem. Nesse sentido, cumpre aduzir os arts. 281 e 282, caput, do CPC.

Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

O processo exterioriza-se pelo conjunto de atos que recebe o nome de procedimento. O comprometimento de um ato não implica necessariamente a inutilidade dos demais. A decretação de invalidade deve ser evitada sempre que possível, porque o processo é instrumento de realização dos direitos materiais, descabendo tutelar o rito procedimental como um fim em si. Conforme Didier¹⁸²,

Somente se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas.

Caso, por exemplo, o vício ocorra na produção de prova relevante para a formação da convicção da Comissão, a autoridade competente deverá, em princípio, invalidar a referida prova e todos os atos dela derivados. A exceção será o caso de as demais provas não terem sido contaminadas pela prova inválida (provas anteriores em geral e as independentes), de sorte que serão mantidas.

Ao tratarem da separação dos atos viciados em face dos atos lícitos, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, orientam sobre os cuidados que devem balizar a atividade:

[...] é necessário em primeiro lugar isolar o vício que determinou a nulidade a fim de que externa e internamente se possa aproveitar a maior parte possível da atividade processual já realizada. Vale dizer: a fim de que os atos independentes possam ser aproveitados, bem como aquelas partes do ato que não dependam da parte viciada. A última das técnicas encontra fundamento na primeira parte do art. 283 [do CPC]: 'o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos

182

DIDIER Jr., 2015, p. 412.

*que não possam ser aproveitados'. Isso quer dizer que, sempre que possível, deve-se aproveitar determinado ato reduzindo-se a sua eficácia. É o que o próprio Código faz, por exemplo, quando refere que a citação ordenada por juiz incompetente é eficaz para interromper a prescrição (art. 240). Aproveita-se o ato para aquilo que ele pode ser aproveitado, descartando-se para o fim que não pode ser alcançado pela existência de determinado defeito formal.*¹⁸³

No caso de ser admitida a invalidação parcial do feito, garante-se a preservação das peças validamente produzidas, isto é, não contaminadas pela ilegalidade ora declarada. Além disso, cabe à autoridade o exame dos atos elaborados no âmbito da apuração com o objetivo de determinar o refazimento dos atos que, mediante a violação das disposições legais, prejudicaram a defesa efetiva do acusado.

Cabe reforçar que a invalidação total do processo repercute na contagem do prazo prescricional, visto que a interrupção somente se opera em face da instauração de processo disciplinar válido, consoante aresto do egrégio Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual a medida deve ser evitada, se possível.

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. EXTENSÃO DOS EFEITOS. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. A declaração de nulidade do processo administrativo implica na desconstituição de todos os seus atos, inclusive o de instauração da comissão disciplinar, o que resulta na inexistência do ato interruptivo da prescrição, que deve ser contada, consequentemente, desde o conhecimento do fato lesivo até a instauração do segundo processo disciplinar. "In casu", entre o conhecimento do fato, que se deu em outubro de 1994, e a instauração do procedimento disciplinar válido, ocorrida em junho de 1999, não transcorreu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do art. 142 da Lei 8.112/90, aplicável às infrações apenadas com demissão.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8.558/DF. Relator: Ministro Vicente Leal, julgado em 16/12/2002)

Ressalte-se, por oportuno, a posição da AGU no Parecer GQ nº 37, vinculante, de que a invalidade ocorrida em sindicância não afeta a validade do processo administrativo sancionador que a sucedeu, uma vez que a referida invalidade poderá ser corrigida no âmbito do PAD: "[...] A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório."

O isolamento dos atos viciados tem a função de dimensionar a extensão da decretação de invalidade, mas também permite às partes a manifestação prévia sobre a legitimidade da medida.

¹⁸³ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO., 2015, p. 117.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direto administrativo descomplicado. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: Editora LTr, 2009.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER Jr., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da coisa julgada. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2008

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Pareceres. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/pareceres>> Acesso em 26 jun. 2020

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Manual de PAD da CGU. Brasília, 2015. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44520/1/Manual_PAD.pdf> Acesso em 26 jun. 2020

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Jurisprudência e Súmulas. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>> Acesso em 26 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

_____. Manual de Direito Administrativo. 32ª edição, São Paulo, Atlas, 2018.

_____. Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATHARINO, José Martins. Compêndio Universitário de Direito do Trabalho. Vol. I, São Paulo: Jurídica e Universitária, 1972.

COSTA, Armando C., FERRARI, Irany, MARTINS, Melchiades R. Consolidação das Leis do Trabalho e LTR. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Danilo V.C. R.M. Aspectos controversos na rescisão contratual em empresas públicas. Disponível em: <<http://www.sc.estacio.br/revistas/juridica/005.doc>>

COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar. 6. ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2011.

COUTINHO, Ana Luísa Cellino. A Estabilidade do Servidor Público na Reforma Administrativa, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE. Recife. v. 4. nº 9. Jan/Jun 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. O poder Empregatício. São Paulo, LTr, 1996.

_____. Curso de Direito do Trabalho, 5. ed. São Paulo: Editora LTr, 2006,

- _____. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: Editora LTr, 2008.
- _____. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Editora Ltr, 2012.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO Junior, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. Direito Administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de Contas Especial. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- GEBARA, Michelle dos Santos. Suspensão e Interrupção do Contrato de Trabalho. 2008. Disponível em: <http://webserver.falnatal.com.br/revista_nova/a4_v2/artigo_1.pdf>
- GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Regime disciplinar do servidor público civil da União. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUSTEN FILHO. Manual de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LESSA, Sebastião José. Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2000.
- MADEIRA, Vinícius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar. Brasília, Fortium Editora, 2008
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de, Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. Direito Administrativo Brasileiro, 37. Ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDONÇA, Rita de Cássia T. Dispensa Por Justa Causa. Disponível em: <<http://umdireitoquerespeite.blogspot.com>> Acesso em 26 jun. 2020.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Direito Processo Penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. Processo Disciplinar, Brasília: Consulex, 1999.

ROCHA, Euclides Alcides, in Curso de Direito do Trabalho. NETO, Gustavo Adolpho Vogel Neto (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SARAIVA, Renato. Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

TEIXEIRA, Marcos Salles. Anotações Sobre Processo Administrativo Disciplinar, 2014. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Outros-Arquivos/RFB-AnotacoesSobrePAD.pdf>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIANNA, Marcelo Pontes. A Inserção das Empresas Estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. Artigo científico do curso de Especialização em Direito Administrativo pela UNB.

VIANNA, Marcelo Pontes; XAVIER, Vitor César S. Acesso à Informação de Procedimentos Administrativos Investigativos em Curso Instaurados por Empresas Estatais: a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado. Revista da CGU. Volume 9, n. 14, Brasília, jan/jun de 2017. Disponível em https://ojs.cgu.gov.br/index.php/Revista_da_CGU/article/view/98. Acesso em 9 abr. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, V.I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAINAGHI, Domingos S. A justa causa no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ZANLUCA, Júlio César. Rescisão de Contrato de Trabalho por justa causa do empregado. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/justacausa.htm>> Acesso em 26 jun. 2020.

www.cgu.gov.br



[cguonline](#)



[cguonline](#)



[cguoficial](#)



[cguonline](#)



[cguoficial](#)