

Competência fracionada nos procedimentos disciplinares

MESSIAS JOSÉ LOURENÇO

I - Introdução

Em sua redação original, a Lei Estadual 10.261/68 previa a existência de duas formas de sindicância: uma com conotação meramente investigatória (art. 274, inciso I), e outra com caráter punitivo (art. 274, inciso II).

A primeira, em regra, era conduzida na própria Secretaria de Estado e era presidida por um funcionário ou comissão de funcionários, de condição hierárquica nunca inferior ao acusado. A lei ainda previa a possibilidade de essa sindicância ser conduzida pelas Comissões Processantes Permanentes, (art. 273).

Por seu turno, as então Comissões Processantes Permanentes tinham como atribuição legal a condução dos processos administrativos (consoante previa o art. 278) e eram compostas por três funcionários, nomeados pelo prazo de dois anos, facultada a recondução, cabendo a presidência a Procurador do Estado (art. 279).

Com advento da Lei Complementar 942/03 (a chamada *via rápida*), a então sindicância averiguatória¹ passou a ser conduzida, preferencialmente, por servidores da própria Pasta, que foram autorizados a atuar isoladamente ou em Comissões de apuração.

Essa nova realidade, no entanto, num primeiro momento trouxe sério problema de ordem prática, uma vez que inúmeros funcionários foram *elevados* à categoria de Autoridades Apuradoras; atividade eminentemente de caráter investigativo e, na maioria das Secretarias de Estado, muito distante da realidade profissional até então vivida.

1 A antiga denominação sindicância averiguatória foi substituída pela expressão Apuração Preliminar.

Diante desse novo panorama, os Procuradores do Estado, notadamente os que atuavam em Unidades Processantes, passaram a orientar, embora de forma *genérica*², as autoridades apuradoras.

Essa prática, à época imprescindível ao desenvolvimento das apurações preliminares, foi estendida aos procedimentos apuratórios *relatados* (com determinação de instauração de sindicância ou de processos administrativos disciplinares), sendo comum nos dias de hoje, a prolação de dezenas de despachos nos quais equívocos e omissões são supridas.

Se, por um lado, essas intervenções não se revestem de qualquer irregularidade, uma vez que se tem o cuidado constante de apenas suprir omissões e desacertos flagrantes, sem que haja qualquer prejulgamento, sobretudo porque na sequência, um processo regular será levado a efeito, por outro lado é certo que a definição das reais atribuições de apuradores, de autoridades que detêm o poder de determinar a instauração dos procedimentos disciplinares e de Procuradores do Estado presidentes de Unidades estão por merecer maior atenção.

Na prática, esse invariável saneamento de apurações omissas ou que apresentem equívocos evidentes, acaba por tomar valioso tempo que, caso os procedimentos apuratórios chegassem à Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares de forma indene, poderia ser utilizado na agilização dos procedimentos em trâmite.

Ademais, desta feita sob a ótica eminentemente legal, é imprescindível definir quais as verdadeiras atribuições daqueles que atuam em procedimentos disciplinares.

Daí a necessidade, repita-se, de maior reflexão acerca das reais atribuições dos protagonistas do procedimento disciplinar, objetivo que o presente artigo se propõe a iniciar.

II - Da Competência

Ao se referir às *atribuições* do agente público, na realidade, o que se busca é identificar a verdadeira competência para a prática de determinados atos.

Nesse cenário, mostra-se oportuno o magistério de Odete Medauar, para quem “agente competente” *significa o representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos*.³

2 O termo “genérica” tem como objetivo demonstrar uma preocupação vivida à época, no sentido de evitar qualquer tipo de futuro impedimento ou suspeição.

3 Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 13ª. edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.009, p. 139,

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o *instituto da competência se funda na necessidade de divisão do trabalho, ou seja, na necessidade de distribuir a intensa quantidade de tarefas decorrentes de cada uma das funções básicas [...]*.⁴

Após enfatizar que a competência sempre decorre da lei, Maria Sylvia Zanella di Pietro assinala que aquela pode decorrer de um critério de fracionamento, no qual é distribuída por órgãos diversos, quando se trata de *procedimento* ou de atos complexos, com a participação de vários órgãos ou agentes.⁵

Nesse cenário, na condução de um *procedimento* disciplinar, desde seu nascedouro, evidencia-se a existência de inúmeros agentes com atribuições bastante distintas que, diante da exigência de observância ao devido processo legal, devem ter muito bem definidas suas competências.

Dos vários protagonistas desse procedimento, a identificação das atribuições de três deles assume especial relevância para o presente estudo, a saber:

- 1. Da autoridade apuradora;
- 2. Do Procurador do Estado Presidente de Unidade Disciplinar;
- 3. Da autoridade competente para determinar a instauração do procedimento e aplicação da pena.

Em linhas gerais, num primeiro momento, é possível visualizar, de forma muito nítida, atribuições bem definidas desses protagonistas nos seguintes termos:

- 1º Cabe à Autoridade Apuradora a prática de atos de caráter investigatórios;
- 2º. Ao Procurador do Estado presidente de uma Unidade Disciplinar é atribuída a prática de atos de caráter instrutório e, ao final, opinativo;
- 3º. Às Autoridades Superiores, compete não só as atividades inerentes ao Poder Hierárquico, como também o poder de decisão, ao determinar a instauração e a aplicação da reprimenda.

Tais premissas precisam ser bem compreendidas, razão pela qual o presente artigo passa à análise pontual de cada situação.

III – da autoridade apuradora

A figura da autoridade apuradora é outra inovação surgida com a Lei Complementar 942/03, embora a antiga sindicância averiguatória também contemple figura semelhante.

Para compreender suas reais atribuições é preciso, no entanto, um breve exame a respeito da apuração preliminar. Essa é procedimento de cunho eminente-

4 Carvalho Filho, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 20ª. edição, 2.008, p. 102.

5 Pietro, Maria Sylvia Zanella di, Direito Administrativo, 10ª. Edição, Editora Atlas, 1.999, p. 171.

temente investigativo e, a despeito de certa semelhança com o inquérito policial, possui características muito próprias.

Na verdade, árdua é a tarefa daqueles que se predispõem a encontrar obras doutrinárias que analisem, com certa profundidade, a Apuração Preliminar (mesmo com a antiga denominação de sindicância *averiguatória*).

O instituto é pouco conhecido e tem parca previsão legal.⁶

Essa tendência pode ser verificada no clássico magistério de Hely Lopes Meirelles⁷ que, ao examinar o tema, considerava a sindicância averiguatória (atual Apuração Preliminar) *mero expediente de verificação de irregularidade*, no qual era dispensável defesa do sindicado e publicidade.

Como se observa, a doutrina clássica dá pouca relevância ao assunto.

Aliás, malgrado o mencionado magistério, forçoso é reconhecer que a doutrina a respeito da Apuração Preliminar é tão escassa que, não raramente, se faz necessária a consulta a lições emanadas do Direito Processual Penal, mais precisamente, daquelas referentes ao Inquérito Policial.⁸

A verdade é, como se afirmou anteriormente, que existem realmente *algumas* semelhanças entre os dois institutos: apuração preliminar e inquérito policial; o que, aliás, é reconhecido pela doutrina, até mesmo com um certo excesso, como se observa no magistério de J. Cretella Júnior⁹:

“...Estabelecendo-se paralelo, mais ou menos aproximado, entre o que ocorre no âmbito penal e na esfera administrativa, é lícito dizer, sob a fórmula de proporção matemática, que a sindicância está para o processo administrativo, do mesmo modo que o inquérito policial está para o processo penal.”.

Destaque não original.

Na mesma linha de compreensão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, arremata:

“... a sindicância seria uma fase preliminar à instauração do processo administrativo; corresponderia ao inquérito policial que se realiza antes do processo penal.”

6 Basta observar que a Lei Estadual 10.261/68, no capítulo II, sob a denominação Das Providências Preliminares, trata do assunto em apenas quatro artigos (art. 264 a 267).

7 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro.

8 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 34ª. Edição, 2.008, p. 505 :acentua que, embora o Superior Tribunal de Justiça adote o entendimento de que em qualquer punição o devido processo legal deve ser assegurado, não se exige obediência exata às regras típicas do processo penal (STJ, 1ª. Turma, RMS 484, DJU 10.06.91). Tal entendimento, segundo o autor, também é adotado pelo Pretório Excelso (STF MS 21.721-RJ, DJU 10.06.94).

9 CRETELLA JÚNIOR, J., obra citada, p. 65.

10 DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 10a. edição, p. 416.

Nesses termos, respeitadas as peculiaridades de cada instituto, é correto afirmar que a Apuração Preliminar guarda certa semelhança com o Inquérito Policial, na medida em que ambos são procedimentos prévios, facultativos, escritos, sigilosos e inquisitoriais, que objetivam a colheita de FATOS e sua AUTORIA, visando o embasamento de uma Peça de Acusação.

Essas características devem ser bem compreendidas, como se pretende demonstrar a seguir:

- **Procedimento prévio** – a apuração preliminar é procedimento prévio (antecede a sindicância punitiva ou o processo administrativo disciplinar) e tem como função precípua colher elementos que servirão de embasamento à Portaria Inicial;

- **Procedimento facultativo** – a exemplo do que ocorre com o inquérito policial, nem sempre haverá necessidade de instauração de Apuração Preliminar. Esta, aliás, somente deverá ser levada a efeito, como restou anteriormente consignado, quando não houver elementos a respeito da ocorrência do ilícito administrativo, seu autor e eventual prejuízo; dessa forma, há situações em que a atividade investigatória se torna absolutamente desnecessária, como por exemplo: **a** - no caso de abandono de cargo ou função, na medida em que o atestado negativo de frequência já fornece os elementos necessários para a elaboração da Portaria Inicial; **b** – quando a falta disciplinar imputada ao servidor também caracterizar crime ou contravenção penal, uma vez que, *em regra*, o auto de prisão em flagrante, o boletim de ocorrência ou o termo circunstanciado, já oferecem subsídios para o início do processo administrativo; **c** - nos casos de multas de trânsito.

Dessa maneira, mostra-se oportuna a advertência do professor Egberto Maia Luz ¹¹ :

“ ... deve ficar muito bem explicitado que a sindicância somente se instaura em duas hipóteses:

I – quando a autoria é desconhecida;

II – quando o fato ainda não está tipificado.”

- **Procedimento escrito** – Todo o procedimento deverá ser devidamente digitado/datilografado e rubricado pela Autoridade Apuradora. A regra prevista art. 9º., do Código de Processo Penal, aqui utilizado subsidiariamente, exige que todos os atos sejam escritos (nada impede, contudo, que sejam juntados croquis, desenhos ou fotografias, o que, em geral, é de grande valia por ocasião da instrução do processo).

¹¹ *Sindicância e Processo Disciplinar* – teoria e prática – Edipro, 1.999, p. 175.

- **Procedimento sigiloso** – Em respeito às garantias constitucionais, o procedimento investigatório deverá ser sigiloso, somente tendo acesso a ele as partes e seus advogados. Nesse sentido, o art. 64, da Lei 10.177/98, dispõe:

“Artigo 64 - O procedimento sancionatório será sigiloso até decisão final, salvo em relação ao acusado, seu procurador ou terceiro que demonstre legítimo interesse.

Parágrafo único - Incidirá em infração disciplinar grave o servidor que, por qualquer forma, divulgar irregularmente informações relativas à acusação, ao acusado ou ao procedimento.”

- **Procedimento inquisitorial** – por tratar-se de *mero expediente de apuração de irregularidade* (cf. Hely Lopes Meirelles), sem qualquer imposição de sanção, a Apuração Preliminar prescinde da observância do *contraditório* e da *ampla defesa*, podendo ser conduzida sem a presença de advogado e publicidade. A respeito, os Tribunais têm decidido:

“A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo.”

Destaque não original.

RT 689/439.

- **Procedimento de apuração de FATOS** – A atividade investigatória visa, basicamente, apurar a ocorrência de um fato (e sua autoria). Este fato, por contrariar os deveres e obrigações a que estão submetidos os servidores públicos, é chamado de ilícito disciplinar (ou falta disciplinar ou até mesmo irregularidade). Imprescindível, nesta operação, a identificação do ilícito disciplinar, seu autor, o **liame** entre o fato e o autor e, se o caso, o respectivo prejuízo.

Por isso, a correta *apuração, identificação e descrição* dos fatos e seus supostos autores é de fundamental importância para o exercício do Direito de Punir.

Esse direito de punir (que também não deixa de ser um dever), é exercido pelo Estado, por meio de um processo administrativo disciplinar (no caso de faltas disciplinares passíveis de demissão, demissão a bem do serviço público e cassação de aposentaria ou indisponibilidade) ou sindicância punitiva (faltas passíveis de repreensão, suspensão ou multa).

A condução desses procedimentos, como restou consignado, por força do disposto no art. 271, da Lei Estadual 10.261/68, fica a cargo de Procuradores do Estado.

Um último aspecto merece atenção.

Não há confundir-se a apuração preliminar (que antes de 2003, recebia o nome de sindicância averiguatória) com a atual sindicância punitiva; procedimento que, nos termos do art. 269 da Lei Estadual 10.261/68, será adotado sempre que a pena em tese cabível seja a repreensão, suspensão ou multa. Nesta

hipótese (sindicância punitiva), ao contrário do que ocorre na apuração preliminar, o contraditório e a ampla defesa deverão ser observados, o que tem gerado certa confusão, máxime entre aqueles não estão familiarizados com a legislação paulista.¹²

Feitos estes registros preliminares, que têm como objetivo uma melhor compreensão desse procedimento de caráter meramente investigativo, especial destaque deve ser dado ao teor do art. 265, §3º., da Lei Estadual 10.261/68, a saber:

“Artigo 265 - A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida a autoria.

§ 3º - Ao concluir a apuração preliminar, a autoridade deverá opinar fundamentadamente pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo.”

Destaque não original.

Trata-se, como é consabido, do chamado Relatório da Apuração Preliminar que, nos estritos limites legais, deve conter a fundamentação sobre a qual se lastreará a proposta de arquivamento ou instauração de sindicância ou de processo administrativo.

Desse modo, no caso de instauração, é imprescindível que a Autoridade Apuradora descreva, a exemplo do disposto no art. 293, do aludido Diploma Legal, em relação a cada acusado, separadamente, as irregularidades aferidas, bem como os elementos informativos colhidos na investigação. Indispensável, ainda, a provisória tipificação da falta disciplinar e a indicação de testemunhas.

Na realidade, a exemplo do disposto no art. 10, § 1º, do Código de Processo Penal, esse relatório deverá conter uma minuciosa descrição dos fatos apurados e provas colhidas, todavia, desta feita ao contrário do que determina a legislação penal, deverá a autoridade apuradora emitir um juízo de valor, notadamente no que tange à tipificação da falta disciplinar.

Esse relatório irá nortear as autoridades superiores, notadamente aquelas que detêm o poder de determinar a instauração de um procedimento disciplinar.

Todavia, como é consabido, não há nenhum caráter vinculatório nessas conclusões, podendo a Autoridade Superior, sempre *motivadamente*, discordar do teor do relatório.

A constatação de que a manifestação das Autoridades superior deve sempre se manifestar de forma “motivada” remete o presente estudo à identificação das atribuições das autoridades destinatárias do relatório de apuração preliminar.

12 As sindicâncias punitivas são procedimentos que, ao contrário das apurações preliminares, podem desencadear a aplicação de reprimenda, o que impõe a observância ao contraditório e à ampla defesa, bem como às demais garantias insertas no *devido processo legal*.

IV - Das autoridades superiores – poder hierárquico

A prática tem demonstrado que, passados mais de sete anos da edição da Lei Complementar 942/03, comumente são encaminhados aos Procuradores do Estado presidentes de Unidades Disciplinares, apurações preliminares omissas ou contendo equívocos manifestos.

Nesse cenário, nunca é demais lembrar que, por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, impõe-se que Portaria Inicial propicie ao servidor a *prévia e plena* ciência da acusação que contra ele é dirigida, razão pela qual deverá a Inicial Acusatória conter, nos termos do art. 277, § 1º., da Lei Estadual 10.261/68, a *descrição sucinta dos fatos*.¹³

Diante desse impasse, os Procuradores do Estado presidentes de Unidades Disciplinares têm procurado suprir as omissões e sanear os equívocos.

Essa prática, que à época da edição da *via rápida*¹⁴, em respeito ao princípio da continuidade dos serviços públicos, se mostrou imprescindível para o *funcionamento do sistema*, perdura até os dias atuais; todavia, o exame criterioso das regras de competência aponta que esse saneamento efetivamente não compete – ou no mínimo não é aconselhável – àquele que posteriormente irá instruir o feito, ou seja, ao Procurador do Estado presidente de Unidade Disciplinar.

Aliás, em termos eminentemente práticos, o que se tem observado é que, após a apuração preliminar ser relatada, é encaminhada às autoridades superiores (muitas delas competentes para determinar a instauração da sindicância ou do processo disciplinar) que, via de regra, não procedem a qualquer saneamento.

Esse quadro remete a uma breve análise acerca das reais implicações do exercício do poder hierárquico por elas exercido quando do recebimento de uma apuração preliminar relatada.

A propósito, Maria Sylvia Zanella di Pietro assinala que, em consonância com o princípio da hierarquia, *os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei*.¹⁵

Nesse contexto, especificamente no que concerne ao efetivo exercício do poder hierárquico quando do exame da apuração preliminar relatada, mostra-se

13 Regra semelhante é encontrada no Direito Processual Penal: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas. Não há confundir-se descrição sucinta com descrição omissa.

14 Lei Complementar 942/03.

15 Obra citada, p. 66.

oportuno o magistério de Hely Lopes Meirelles ¹⁶ que, ao discorrer sobre o poder hierárquico, elenca os seguintes poderes dele decorrentes:

“O hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da Administração Pública...”

- *coordena: entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão;*

- *controla: velando pelo cumprimento da lei e das instruções, e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor;*

- *corrige: os erros administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço, e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.”*

Na mesma linha de entendimento, Odete Medauar enfatiza que *o superior hierárquico tem em relação ao subordinado o poder de dar ordens ou instruções; controle sobre atividades dos órgãos e autoridades subordinadas; poder de coordenação.* ¹⁷

Depreende-se, portanto, que tanto o dever de correção quanto o dever de controle, mais do que um direito das Autoridades que analisam a apuração preliminar relatada, se caracterizam como verdadeira obrigação, na qual, necessariamente, erros e omissões deverão ser motivadamente corrigidos.

Tais atribuições, por certo, não cabem aos Procuradores do Estado instrutores, uma vez que, na escala hierárquica, estes sequer fazem parte do rol de autoridades que detêm o poder de determinar a instauração de sindicâncias ou de processos administrativos disciplinares.

Aliás, nesse ponto reside a maior diferença entre as atribuições de um Procurador do Estado (âmbito disciplinar) e de um Promotor de Justiça (seara penal). Isso porque, embora ambos redijam a peça acusatória inaugural, evidencia-se que enquanto este é o titular da ação penal, aquele, como restou consignado, sequer detém competência para determinar a instauração de procedimento disciplinar.

Na qualidade de titular da ação penal ¹⁸, pode e deve o *Parquet* determinar diligências que entenda imprescindíveis.

Esse mesmo poder/dever, numa proporção simétrica, é dirigido àquelas Autoridades elencadas nos artigos 272 e 274, da Lei Estadual 10.261/68, porquanto, guardadas as devidas proporções, são elas as *titulares* tanto da instauração quanto (algumas autoridades, consoante dispõe o art. 260, da Lei Estadual 10.261/68) do poder de decisão.

16 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, RT São Paulo, 16ª. edição, p. 100.

17 MEDAUAR, Odete, obra citada, p. 129.

18 Ação penal pública e pública condicionada.

Dessa forma, em última instância, é atribuição da Autoridade que determinou a instauração do procedimento encaminhá-lo de forma indene, para que não se faça necessário qualquer manifestação do Procurador do Estado instrutor. Na sequência, passa-se à identificação das atribuições do Procurador do Estado presidente da Unidade Disciplinar, o que reforçará a conclusão retro-mencionada.

V - DO PROCURADOR DO ESTADO PRESIDENTE DA UNIDADE DISCIPLINAR

Nos termos do art. 271, da Lei Estadual 10.261/68, os procedimentos disciplinares punitivos serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procurador do Estado confirmado na carreira.

Ocorre que, para a exata compreensão das atribuições de um Procurador do Estado *instrutor*, se faz necessária uma breve incursão pela cláusula do devido processo legal, sob a ótica disciplinar.

Atualmente se acha sedimentado o entendimento de que a observância do devido processo legal é condição indispensável para a imposição, por parte do Poder Público, de quaisquer medidas que, de alguma forma, limitem direitos dos indivíduos.¹⁹

Aliás, de acordo com entendimento de Angélica Arruda Alvim, a cláusula do devido processo legal pode ser considerada o princípio matriz de todos os princípios constitucionais²⁰. Na mesma linha de entendimento, Guilherme de Souza Nucci assinala que o devido processo legal é o aglutinador de inúmeros outros princípios penais e constitui o horizonte a ser seguido pelo Estado democrático, fazendo valer direitos e garantias fundamentais.²¹

Interessante observar que, como acentua Maria Rosynete Oliveira Lima²², o *campo disciplinar* teria sido o primeiro a se ressentir da necessidade de aplicação do devido processo legal, uma vez que a Administração quer no exercício de seu poder disciplinar, quer no exercício de seu poder de polícia, impunha penalidades aos seus tutelados.

19 LOURENÇO, Messias José, *Efeitos específicos da sentença penal condenatória e o devido processo legal*, dissertação mestrado, USP, 2.006. A respeito: Odete Medauar, *A processualidade*, p. 86.: o termo '*bens*' reveste-se de acepção ampla, no sentido de bens da vida objeto de tutela jurídica.

20 ALVIM, Angélica Arruda, *Princípios Constitucionais do Processo*, Revista de Processo, São Paulo, n. 74, p. 21.

21 NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, RT, 5ª. Edição, 2.008, p. 95/96.

22 LIMA, Maria Rosynete Oliveira, *Devido processo legal*, Porto Alegre, Fabris Editora, 1.999, p. 217.

Contudo, a despeito dessa constatação, forçoso é reconhecer que ainda se está longe de consenso a respeito de quais direitos e garantias – e, mais importante, a *extensão* dos mesmos – compõem o devido processo legal *disciplinar*.

É bem verdade que, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, a análise histórica das garantias que compõem o “devido processo legal” demonstra que elas nasceram e foram cunhadas para o processo penal. Contudo, segundo a autora, a partir do art. 39, da Magna Carta de 1.215, um longo caminho evolutivo levou ao reconhecimento da aplicabilidade de suas garantias ao direito civil e, na sequência ao direito administrativo punitivo.²³ Aliás, a própria Ada Pellegrini Grinover, em outro artigo, teria feito alusão ao termo devido processo legal administrativo.²⁴

A rigor, não há confundir-se o devido processo legal *disciplinar*, com o devido processo legal *penal*, pois como assinala Hely Lopes Meirelles, embora o Superior Tribunal de Justiça adote o entendimento de que em qualquer punição o devido processo legal deva ser assegurado, não se exige obediência exata às regras típicas do processo penal (STJ, 1ª. Turma, RMS 484, DJU 10.06.91). Tal entendimento, de acordo com o autor, também é adotado pelo Pretório Excelso (STF MS 21.721-RJ, DJU 10.06.94).²⁵

A concepção diferenciada de um devido processo *disciplinar* se justifica plenamente, na medida em que, enquanto no âmbito penal o *jus puniendi* se acha em rota de choque com o *status libertatis*, na seara disciplinar o que se busca é apenas desfazer o vínculo que o funcionário mantém com o Estado.

Entretanto, malgrado essa diferença, forçoso é reconhecer que alguns princípios e garantias, como por exemplo, o *contraditório*, a *ampla defesa*, a *motivação* das decisões, a *correlação entre a imputação e a decisão* e a *imparcialidade*²⁶, se apresentam indissociáveis da concepção hodierna da cláusula do devido processo legal; seja no âmbito penal seja na seara disciplinar.

A propósito, nesse terreno, constata-se que a exigência de irrestrita observância da *imparcialidade* na condução dos processos administrativos disciplinares foi objeto de expressa disposição legal tanto no âmbito federal quanto na legislação estadual, a saber:

a . Lei 8.112/90

23 Ada Pellegrini Grinover, *O Processo em Evolução*, Forense Universitária, 2ª. Edição, p. 81.

24 Ada Pellegrini Grinover, Garantias do contraditório e ampla defesa, *Jornal do Advogado*, seção de São Paulo, novembro de 1.990, p. 09.

25 Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Malheiros, 34ª. Edição, 2.008, p. 505.

26 Nesse ponto, não só a imparcialidade do julgador, como também da autoridade instrutora do processo.

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

b. Lei Estadual 10.261/68

“Art. 275 - Não poderá ser encarregado da apuração, nem atuar como secretário, amigo íntimo ou inimigo, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cônjuge, companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado, bem assim o subordinado deste.”

Tal entendimento, aliás, vai ao encontro das reiteradas decisões adotadas pelos Tribunais Superiores que, em linhas gerais, reconhecem:

“A noção de ‘imparcialidade’ é ínsita à idéia de ‘justiça’, de modo que sua presença se faz indispensável sempre que houver algum tipo de atividade judicante em qualquer área do Poder Público ...”

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO - RSE – Recurso em Sentido Estrito, Processo: 2004.71.03.003370-4/RS, 7ª Turma, DJU de 10.08.2005, p. 823, relatora Desembargadora federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, v.u. .

Ainda sobre a imparcialidade, merece registro a transcrição de Antonio Carlos Alencar Carvalho ²⁷ que, embasado no magistério de Maria Teresa de Melo Ribeiro, leciona:

“Imparcial será, portanto, a conduta objectiva, desinteressada, isenta, neutra e independente: imparcial será, enfim, a actuação de quem, na avaliação ou na acção, na escolha ou na decisão, se rege unicamente por critérios lógico-rationais, não se deixando influenciar por sentimentos estranhos ao circunstancialismo factual envolvente, qualquer que seja a sua origem, natureza ou relação com a questão controvertida [...] conduta verdadeiramente imparcial será apenas aquela que, para além de obedecer a parâmetros racionais de comportamento, tenha em atenção a totalidade dos interesses afectados pela próprio acção.”

Nesses termos, como consequência natural da cláusula do devido processo legal, mostra-se imprescindível na condução dos procedimentos disciplinares a fiel observância ao princípio da imparcialidade; que no âmbito administrativo é corroborado pelo princípio da Legalidade.

Ocorre que, partindo-se da premissa de que se acha sedimentado o entendimento de que a fiel observância ao devido processo legal implica, entre outros, na condução da instrução processual de forma absolutamente isenta e imparcial, algumas consequências relevantes podem ser extraídas.

27 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1520, 30 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10344>>. Acesso em: 24 set. 2010

A começar, pela função legalmente investida pelo Procurador do Estado *presidente* que, como restou demonstrado, nos estritos limites da legislação pertinente, deve conduzir o feito, na qualidade de *instrutor*, de forma absolutamente imparcial.

É interessante observar que essa condução do feito de forma indene, embora em perfeita harmonia com a cláusula do devido processo legal, nem sempre é respeitada pelos protagonistas do procedimento disciplinar; máxime nos casos de ilícitos disciplinares nos quais as legislações (Federal, Estaduais e Municipais) prevêm que a direção dos processos se dê por *comissões processantes* (permanentes ou especiais).²⁸

Nesse aspecto é importante enfatizar que, diante de algumas situações mais explícitas, não têm passado despercebida pela doutrina especializada *certas vinculações estreitas entre a Autoridade Competente para determinar a instauração do procedimento disciplinar e os membros que compõem as Comissões Processantes encarregadas de instruir o processo*. A respeito do tema, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, ao discorrerem sobre o dever de imparcialidade da Administração-juiz, embasados no magistério de Nelson Figueiredo, assinalam que seria *total e absurdamente inútil o processo administrativo se inexistisse para os litigantes a garantia de imparcialidade na tomada da decisão*. Em remate, advertem:

“Do administrador-julgador há, pois, de se exigir, como condição de capacidade subjetiva, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação, em face dos direitos e interesses contrapostos (ainda quando entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria Administração). Incumbe sublinhar:

(a) sequer é necessário que tais fatores afetem, efetivamente, o conteúdo da decisão: basta que sejam, em tese, suscetíveis de fazê-lo;

(b) tão indeclinável é o dever de imparcialidade, que a simples suposição, em tese, de que, mesmo indiretamente, possa ser ela comprometida há de conduzir o administrador-juiz a se afastar dessa atuação.”

Na sequência, os autores asseveram:

“Na prática, existem situações que comprometem efetivamente a imparcialidade do julgamento, mas que não chegam a configurar impedimento ou suspeição.

²⁸ Com relação às chamadas Comissões Processantes Especiais, criadas para a instrução de um processo específico, as críticas dizem respeito a uma possível violação ao princípio do *jugador natural*. Nesse cenário, forçoso reconhecer que, a despeito da Comissão apenas apresentar ao final um relatório *opinativo*, por certo a colheita da prova terá sensível influência na decisão adotada pela Autoridade Competente.

Nelson Figueiredo, em um corajoso estudo, louvando-se em trabalhos de outros renomados administrativistas, faz severas críticas ao que acontece com muita frequência em processos disciplinares, ressaltando que, por uma série de circunstâncias, existe quase que um dever de condenar.

Descreve ele, com muita acuidade, os problemas de relacionamento entre a autoridade que determinou a instauração do processo disciplinar e a comissão julgadora, cujos membros – inclusive seu presidente – são normalmente escolhidos pelo dirigente que determinou a instauração do processo, já criando certo constrangimento. ‘Acresça-se a isso que a constituição de uma comissão de processo administrativo faz nascer um intercâmbio ativo de informações entre os seus membros e a chefia do órgão ou sua assessoria direta, até mesmo em decorrência de contingências administrativas operacionais como a autorização de viagens, diárias, a requisição de veículo e de equipamentos (computadores, mobiliário), fazendo que sejam exercidas influências diretas ou indiretas na condução dos trabalhos e dando margem à criação de uma expectativa dos encarregados de impulsionar o andamento do processo que, em razão dos custos e demandas administrativas requeridas, não permite que o mesmo vá desaguar em isenção de culpabilidade do acusado.’

É preciso ponderar, entretanto, que a decisão condenatória é normalmente recorrível na esfera administrativa, e está sempre sujeita ao controle judicial – o que não elimina, mas diminui bastante os efeitos deletérios das circunstâncias apontadas. Nas entidades públicas de maior porte existem comissões processantes permanentes que podem atuar com profissionalismo, isenção e independência.”

Destarte, nos termos da parte final do magistério retrotranscrito, reconhece-se que a existência de Comissões Processantes *Permanentes* pode até mesmo representar *atenuação* do problema, contudo não o resolve, principalmente quando tais Comissões são designadas pelas Autoridades Competentes e com elas mantêm uma relação de absoluta interdependência.

É exatamente por esse motivo que, no Estado de São Paulo, a condução dos processos administrativos disciplinares foi atribuída à Procuradoria Geral do Estado. Aliás, passo importante para se assegurar a indispensável independência e, por consequência, a necessária imparcialidade, foi a criação da Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares.²⁹

Daí a necessidade premente de que todos os esforços sejam envidados não só para manter a autoridade instrutora longe de qualquer dependência daqueles que

29 Nos termos do Decreto Estadual n. 54.050, de 20 de fevereiro de 2.009, os procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por leis especiais, serão realizados pela Procuradoria Geral do Estado e presididos por Procuradores do Estado, designados pelo Procurador Geral do Estado para prestar serviço na Coordenadoria de Procedimentos Disciplinares.

detêm o poder de decisão, mas, sob o prisma eminentemente jurídico, evitar que aquela interceda em atos de caráter investigatório.

Repita-se, essa intervenção não se traduz em irregularidade, porquanto, na sequência, a fiel observância ao devido processo legal importará na condução de um processo no qual o contraditório, a ampla defesa e a motivação representarão garantia de um processo justo. Todavia, dentro do possível, a intervenção do Procurador do Estado presidente de Unidade Disciplinar em apurações preliminares não se recomenda.

Note-se, em reforço, que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não há qualquer impedimento quando não se evidencia que o agente tem qualquer interesse direto ou indireto no deslinde da matéria, razão pela qual nem mesmo a descrição da falta disciplinar e a atribuição de culpa ao agente caracterizam qualquer irregularidade, visto que se está no cumprimento de um dever legal. A propósito, decidiu o Tribunal:

“[...]6. Não configura o impedimento previsto no artigo 18 da Lei nº 9.784/1999 quando a atuação de quem se tem por impedido decorre do estrito cumprimento de um dever legal e não evidencia qualquer interesse direto ou indireto no deslinde da matéria.[...]”

Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 585.156 – RN, Ministro Paulo Galotti, outubro de 2.008.

A rigor, mesmo diante das peculiaridades existentes no Estado de São Paulo, deveria prevalecer o magistério de Diogenes Gasparini, que em tópico específico sobre o Processo Administrativo Disciplinar, ao tratar da competência das Comissões Processantes, assinala:

*“As comissões processantes têm competência para apurar as infrações atribuídas ao acusado, consoante descrição consignada no ato que determinou a sua abertura e nomeou seus integrantes. Nada mais lhes cabe. Se, porventura, no cumprimento dessa obrigação, tomarem conhecimento de outros fatos considerados irregulares, devem comunicá-los à autoridade competente para as providências de estilo.”*³⁰

Destaque não original.

Por certo que a descrição do fato de forma minuciosa não precisa estar explicitada no ato que determina a instauração, podendo utilizar o conteúdo adotado no relatório da apuração preliminar; porém, repita-se, deverá o ato que determinar a instauração conter *fato* determinado, *autoria* certa, o nexo de causalidade e a tipificação da falta disciplinar.

Nesse cenário, se mostra oportuno o registro de recente posição adotada pela E. Procuradoria Administrativa (PA n. 37/10), na qual lhe foi levada uma interes-

³⁰ *Direito Administrativo*, Saraiva, 13ª. Edição, p. 1.017.

sante questão referente à competência dos Procuradores do Estado presidentes de Unidades Disciplinares.

Na ocasião, discutia-se a respeito dos limites de atuação dos Procuradores do Estado diante de apurações preliminares omissas ou equivocadas.

A posição mais restritiva defendia a tese no sentido de que o Procurador do Estado deveria, apenas em situações excepcionais, devolver os autos para nova apreciação da Autoridade competente; contendo seu despacho, *no máximo*, sugestões de diligências ou alterações.

Entendimento diametralmente oposto, embasado em entendimento extraído do Despacho Normativo do Governador de 03/09/81, procurava ampliar as atribuições do Procurador do Estado presidente, na medida em que, diante de seu maior conhecimento técnico jurídico, poderia incluir imputações e suprir omissões.

Ao examinar o impasse, a E. Procuradoria Administrativa decidiu:

“...Nestes termos, havendo nos autos, tão somente, a determinação para que uma das Unidades Processantes Permanentes da Pasta instaurasse a competente sindicância punitiva que sujeitava a Interessada à pena de repreensão, corretamente entendeu o Presidente da xxx UPP em ouvir novamente a autoridade competente para, se reputasse cabível, ser reenquadrada a conduta da Interessada para procedimento irregular de natureza grave, passível de sofrer a pena de dispensa, a ser apurada mediante processo administrativo disciplinar.

Não lhe competia, portanto, ampliar a determinação inicial, constante à fl. xxx, para, sponte própria, submeter a Interessada a este novo tipo de investigação disciplinar; reenquadrando a sua conduta e agravando a penalidade em tese aplicável, pois tal comportamento caracterizaria violação de competência legal e não encontra suporte no Despacho Normativo do Governador de 03/09/81.”

Em suma, prevaleceu o entendimento restritivo, no qual a indicação da falta disciplinar, seu autor, o liame entre os dois e a respectiva tipificação são atribuições das Autoridades elencadas nos arts. 272 e 274, ambos da Lei Estadual 10.261/68.

Essa constatação, no entanto, implica em outro questionamento de acentuada complexidade: como é possível que a instrução do processo se desenvolva de uma forma isenta e imparcial, se o Procurador do Estado que irá instruir o processo é a mesma figura que confecciona a peça acusatória?

Nesse ponto, como restou demonstrado, se apresenta sensível diferença entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal.

A começar pela inexistência, no âmbito disciplinar, de um **sistema acusatório**.

Ademais, repita-se, o **promotor de justiça**, subscritor da denúncia, é o **titular da ação penal**, podendo, dessa forma, determinar todas as diligências que

entender pertinentes, sem que isso represente qualquer mácula para o desenvolvimento do processo; mesmo porque a instrução e o julgamento estarão nas mãos de outro órgão. Ao contrário, o procurador do estado presidente da Unidade Disciplinar, autoridade investida do dever de redigir a Portaria Inicial e *instruir* o feito, não pode ser comparado ao *Parquet*, quer em razão de não se encontrar incluído no rol de autoridades competentes que detêm a competência para determinar a instauração do processo quer em decorrência de sua direta influência na produção da prova.

A conclusão natural diante de tal constatação, mais uma vez, é no sentido de que, exceto situações excepcionais, a intervenção do procurador do estado em questões envolvendo a condução de uma apuração preliminar deve ser evitada ao máximo.

Na realidade, caberá exclusivamente à Autoridade Competente o exame minudente da apuração preliminar, devendo, no ato que determinar a instauração, se reportar a fato certo e determinado, bem como ao seu possível autor e o respectivo nexo de causalidade.

Daí a necessidade, quando do recebimento da apuração preliminar relatada, de a Autoridade recorrer a sua assessoria técnica e, nos casos mais complexos, à Consultoria Jurídica da Pasta.

Destarte, para que se tenha uma real compreensão acerca do fenômeno que se apresenta após a Autoridade competente determinar a instauração de um processo ou sindicância, é imprescindível que, alicerçado no princípio hierárquico, essa determinação seja recebida como verdadeira ordem superior, na qual o Procurador do Estado, apenas em situações excepcionais, poderá, discordando de seu teor, devolver o procedimento para que se avalie a pertinência de suas motivadas sugestões.

Contudo, caso a Autoridade competente para determinar a instauração mantenha seu posicionamento, não pode o Procurador do Estado presidente de Unidade Disciplinar deixar de cumprir a ordem.

Registre-se, por oportuno, que a condução indene do processo disciplinar implicará na impossibilidade de outra qualquer interferência da Autoridade competente para determinar a instauração, uma vez que se torna imprescindível que o Procurador do Estado conduza o feito com absoluta independência e autonomia.

Só assim se estará buscando a verdade real e se atenderá ao mais lídimo interesse público.

