

# PECULIARIDADES DA DILAÇÃO PROBATÓRIA NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

René Zamlutti Júnior<sup>1</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A dilação probatória na seara administrativo-disciplinar; 2.1 – A prova produzida durante a apuração preliminar; 2.2 – Aplicação subsidiária das normas processuais penais e processuais civis; 2.3 – A produção probatória e a independência entre as esferas judicial e administrativa, 3 – Conclusão; Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo traçar considerações sobre o processo de produção de provas nos procedimentos administrativos disciplinares, notadamente no âmbito da Administração Pública do estado de São Paulo, sob a ótica das Leis Estaduais nº 10.261/1968 e nº 10.177/1998. Tendo em vista que tais diplomas normativos contêm poucos dispositivos referentes à dilação probatória, o sistema administrativo-disciplinar se vale, subsidiariamente, das normas previstas no Código de Processo Penal (dada a natureza sancionatória dos procedimentos disciplinares) e do Código de Processo Civil, leis que, por conseguinte, também serão objeto de análise. Contudo, o Direito Administrativo Disciplinar tem escopo próprio, substancialmente distinto daqueles perseguidos pelos Direitos Penal e Civil, razão pela

---

1 Procurador do Estado. Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Presidente da 12ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Professor Assistente da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

qual a aplicação subsidiária das normas inerentes a esses dois últimos campos do Direito há de atentar para as peculiaridades que envolvem a natureza tanto dos procedimentos disciplinares, quanto dos agentes neles envolvidos (ou seja, a relação entabulada entre a Administração Pública e os servidores sujeitos a tais procedimentos). Além disso, uma abordagem do tema não pode prescindir da análise da relação entre as instâncias administrativo-disciplinar e judicial-penal, tema que também será abordado, ainda que com a brevidade que o trabalho autoriza.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo administrativo disciplinar. Provas. Independência entre as instâncias judicial e administrativa.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Por expressa determinação constitucional, a Administração Pública, no Brasil, em todos os níveis da Federação (federal, estadual, municipal e distrital) está jungida ao princípio da legalidade, expressamente previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos: “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”<sup>2</sup>.

A submissão da Administração Pública à legalidade é corolário direto da edificação da sociedade brasileira nos moldes do Estado de Direito. Admitida a ideia do império da lei como norte regulador das relações sociais, a legalidade constitui valor supremo condutor da atuação dos entes públicos.

Disso não deixa dúvida a amplitude estabelecida pela aludida norma constitucional. É conhecido o adágio segundo o qual a lei não contém palavras inúteis – menos ainda as conteria o texto constitucional. Não menos conhecida é a imprecisão do adágio, pois tanto a Constituição quanto as normas que lhe são subordinadas não raro pecam pela imprecisão e pela prolixidade. Não é esse, porém, o caso do artigo 37 da Magna Carta.

---

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 jun. 2022, art. 37.

Sem dúvida, bastaria à Constituição estabelecer que “a Administração Pública” deverá obedecer ao princípio da legalidade. Como já dito, essa submissão é consequência lógica e inescapável da adoção, pela sociedade brasileira, do modelo do Estado Democrático de Direito no estabelecimento de suas bases. A aparente prolixidade do Poder Constituinte originário, nesse sentido, pode ser entendida, no entanto, como expressão da vontade política de salientar a extensão da abrangência desse princípio, como forma de reiterar sua relevância e, por conseguinte, a necessidade de sua constante observância<sup>3</sup>.

Tão peremptória é a imposição de observância do princípio da legalidade por parte dos entes públicos que se consolidou na doutrina brasileira a distinção (de resto, acolhida também pela jurisprudência) entre a *legalidade* que vige para os particulares e a *estrita legalidade* imposta à Administração Pública, distinção cristalizada na célebre fórmula atribuída a Seabra Fagundes: o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe expressamente, enquanto que a Administração só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. Na feliz síntese de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

Sempre é bom recordar que existe uma enorme e – até mesmo – paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração Pública é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade. Enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina.

É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa. Mas isso não é suficiente: não basta a existência de uma previsão geral e abstrata, é essencial que, no caso concreto, tenham efetivamente acontecido os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência.<sup>4</sup>

3 É evidente que essas considerações não se restringem ao princípio da legalidade, e valem para os demais princípios insculpidos no caput do artigo 37. O destaque dado à legalidade, porém, se justifica à luz do objeto do presente artigo, pois é dela que virão as consequências a seguir expostas.

4 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89.

É certo que esse ensinamento já não é compreendido nem aplicado com o caráter absoluto que outrora se lhe atribuíra. No entanto, não resta dúvida de que, ainda hoje, a *legalidade* que norteia a atuação da Administração Pública se reveste de características próprias, dentre as quais encontramos maior rigor, do que a *legalidade* sob a qual os particulares podem atuar.

Legalidade é, portanto, por decisão do Poder Constituinte Originário, um dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública em todas as suas esferas. Tanto é assim que doutrina e jurisprudência reconhecem, na ordem jurídica pátria, o chamado *poder de autotutela* da Administração Pública, também chamado por parte da doutrina de *princípio da autotutela administrativa*<sup>5</sup>, sintetizada nas Súmulas do Supremo Federal n° 346 – “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”<sup>6</sup> – e n° 473:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.<sup>7</sup>

Tal orientação jurisprudencial encontra amparo também em âmbito legislativo, como demonstram os artigos 53 e 54 da Lei n° 9.784/99, cujo teor é praticamente idêntico ao da Súmula n° 473.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro fornece ainda outro fundamento, além da própria legalidade, para o exercício da autotutela, a saber, o princípio da predominância do interesse público, que, embora não expressamente consignado no texto constitucional, dele deflui como corolário inescapável:

---

5 A correção do emprego do vocábulo *princípio* para denominar a prerrogativa da autotutela depende do contexto em que o vocábulo é utilizado, mas a análise dessa questão fugiria completamente do escopo deste artigo.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964b, p. 151.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais. *Diário da Justiça*: seção 1, Brasília, DF, p. 5929, 10 dez. 1969, p. 5929.

O poder de autotutela encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o da legalidade e o da predominância do interesse público, dos quais decorrem todos os demais. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que negar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito.<sup>8</sup>

Dessa imperiosidade de observância irrestrita da legalidade, a que se somam a complexa estrutura dos entes públicos e o emaranhado de normas jurídicas de toda natureza que regulam cargos, funções e atividades de seus servidores, decorre a necessidade de que os próprios entes públicos, independentemente de qualquer provocação externa, fiscalizem seu desempenho cotidiano, com os intuitos de prevenir, identificar e eventualmente sanar desvios da trilha da legalidade. No exercício desse mister, o poder sancionatório da Administração Pública, em relação aos servidores subordinados às suas diversas esferas de competência, afigura-se ferramenta indispensável.

Perante a sociedade, não há distinção entre o servidor público e a Administração Pública. No exercício de suas funções, o servidor público incorpora o Poder Público, razão pela qual eventuais atos ilícitos praticados por um servidor contra um particular geram, para este, o direito de se voltar judicialmente não contra o servidor (embora também, caso deseje), mas contra o próprio ente público por ele integrado. Nessa seara, os procedimentos administrativos disciplinares – que, na legislação paulista, dividem-se entre Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar, a depender da gravidade da ilicitude – integram o aparato que viabiliza a observância, por parte do Poder Público, da legalidade, na melhor medida possível.

No âmbito do estado de São Paulo, o principal diploma normativo que regula as normas concernentes aos procedimentos administrativos disciplinares é a Lei Estadual nº 10.261/1968, conhecida como Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo, secundada pela Lei Estadual nº 10.177/1998 (que trata dos processos administrativos estaduais de modo geral e aborda os procedimentos sancionatórios em apenas três dispositivos, a saber, dos artigos 62 ao 64). A insuficiência de normas

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 800.

de natureza processual, notadamente no que concerne à dilação probatória, torna muitas vezes necessária a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (dada a natureza sancionatória dos procedimentos disciplinares) e do Código de Processo Civil. As particularidades do processo administrativo-disciplinar no cotejo, principalmente com o processo penal, notadamente em relação à dilação probatória, constituem o cerne das considerações a seguir expostas.

## 2. A DILAÇÃO PROBATÓRIA NA SEARA ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

### 2.1. A prova produzida durante a apuração preliminar

À luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, da presunção de não culpabilidade dos acusados em geral (*in dubio pro reu*), do contraditório e da ampla defesa<sup>9</sup>, todos alçados à condição de direitos fundamentais pela Magna Carta, a aplicação de penalidades de natureza administrativa a servidores públicos em razão de violações de seus deveres funcionais é condicionada à comprovação da materialidade e da autoria de tais violações, no bojo de procedimento administrativo em que há de ser garantida ao servidor a possibilidade de se defender de acusações eventualmente contra si formuladas.

As apurações preliminares usualmente – mas não necessariamente – conduzidas antes da instauração de procedimentos disciplinares têm por objetivo confirmar a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade, *quando estes já não existam* de modo a tornar tal apuração desnecessária, como deixa evidente o caput do artigo 265 da Lei Estadual nº 10.261/1968, *in verbis*: “A autoridade realizará apuração preliminar, de natureza simplesmente investigativa, quando a infração não estiver suficientemente caracterizada ou definida autoria”<sup>10</sup>.

A dicção legal permite concluir, *a contrario sensu*, que, quando suficientemente caracterizada a infração e definida sua autoria, a apuração preliminar não é necessária, podendo, de imediato, ser determinada a

9 BRASIL, 1988, incisos LIII a LVII do artigo 5º.

10 SÃO PAULO. Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, p. 2, 29 out. 1968, art. 265.

instauração em desfavor do servidor cuja prática infracional resta suficientemente delineada. É o caso, por exemplo, de infrações que se provam de modo puramente documental.

Evidentemente, a norma há de ser interpretada de forma adequada. Há situações, descritas em Comunicados de Evento, que poderiam ser entendidas como já devidamente demonstradas e que, mesmo assim, demandam maior aprofundamento do ponto de vista apuratório – situações em que, portanto, as apurações preliminares, ainda que *aparentemente* desnecessária, devem ser conduzidas de forma a não deixar dúvida acerca da efetiva caracterização da infração disciplinar imputada a determinado servidor. É o que ocorre, por exemplo, em casos de violação do dever de urbanidade<sup>11</sup>, em que, via de regra, os comunicados trazem não só o nome do comunicante, mas também de testemunhas do fato. Em tais situações, é relevante a elucidação dos detalhes do fato, porque o exato delineamento do ocorrido constitui pressuposto para o adequado exercício da ampla defesa por parte do acusado.

A necessidade de precisa descrição da conduta imputada ao servidor, aliás, é estabelecida no artigo 277 da Lei nº 10.261/68, que trata da portaria de instauração do procedimento e prevê, em seu § 1º, que “da portaria deverão constar o nome e a identificação do acusado, a infração que lhe é atribuída, com descrição sucinta dos fatos, a indicação das normas infringidas e a penalidade mais elevada em tese cabível”<sup>12</sup>. Por *descrição sucinta dos fatos* deve-se entender que a narrativa há de albergar todos os elementos indispensáveis ao seu reconhecimento, notadamente, data, local e circunstâncias do ocorrido, contendo todo o necessário para – repita-se – viabilizar, com a maior amplitude possível, o exercício do contraditório e da ampla defesa pelo acusado. Como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A portaria bem elaborada é essencial à legalidade do processo, pois equivale à denúncia do processo penal e, se não contiver dados suficientes, poderá prejudicar a defesa; é indispensável que ela contenha todos os elementos que permitam aos servidores conhecer os ilícitos de que são acusados.<sup>13</sup>

11 Ibidem, inciso VI do art. 241.

12 Ibidem, § 1º do art. 277.

13 DI PIETRO, op. cit., p. 700.

Há que se atentar, ainda, ao destaque que o texto legal dá à *natureza simplesmente investigativa*, expressamente mencionada no dispositivo, que se contrapõe à *natureza sancionatória* dos procedimentos administrativos disciplinares subsequentemente instaurados.

Com efeito, por mais grave que seja a conduta apurada em uma apuração preliminar, e ainda que o conjunto probatório carreado ao fim da apuração não deixe dúvida alguma acerca da caracterização de determinada infração disciplinar, a conclusão da autoridade apuradora jamais poderá implicar, de imediato, a aplicação de qualquer penalidade ao servidor, como deixa claro o § 3º do referido artigo 265: “Ao concluir a apuração preliminar, a autoridade deverá opinar fundamentadamente pelo arquivamento ou pela instauração de sindicância ou de processo administrativo”<sup>14</sup>. Após a determinação, pela autoridade competente, de instauração do procedimento disciplinar, esse sim de natureza sancionatória, tem início a sindicância ou o processo administrativo, cujas conclusões fundamentarão a eventual aplicação de penalidade (ou a absolvição do servidor).

Há, portanto, evidente equivalência estrutural entre as apurações preliminares e os inquéritos policiais, aquelas, inaptas a gerar sanções, mas aptas a fundamentar a instauração de um procedimento administrativo de natureza sancionatória; estes, incapazes, por si mesmos, de gerar condenações, mas capazes de carrear um conjunto de elementos probatórios autorizadores da instauração de procedimento judicial também de natureza sancionatória (a ação penal).

Daí porque as limitações reconhecidas pela jurisprudência, em relação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, no bojo dos inquéritos policiais, encontram aplicabilidade também em relação às apurações preliminares. Destaquem-se, nesse sentido, os seguintes entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial.<sup>15</sup>

---

14 SÃO PAULO, op. cit, § 3º do art. 265.

15 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 57812/PR. Operação Delivery. Associação criminosa e contrabando de cigarros. Alegada nulidade por ausência de interrogatório no curso do inquérito policial. Recorrente: Fernando Cardoso Fagundes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer, 15 de outubro de 2015. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 22 out. 2015.

O entendimento adotado pela Corte de origem está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que o inquérito policial, em razão de sua natureza administrativa, não está sujeito à observância do contraditório e da ampla defesa [...]<sup>16</sup>

Também em razão da natureza meramente investigatória das apurações preliminares, bem como da já demonstrada desnecessidade de sua existência como requisito para a instauração de procedimentos disciplinares, eventuais irregularidades ocorridas ao longo da fase apuratória podem ser sanadas no próprio procedimento disciplinar – em que, ao contrário do que ocorre em relação aos procedimentos apuratórios, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa deverão ser rigorosamente observados. Novamente o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar da instrução processual nos procedimentos disciplinares:

A instrução rege-se pelos princípios da oficialidade e do contraditório, este último essencial à ampla defesa. Com base no primeiro, a comissão toma a iniciativa para levantamento das provas, podendo realizar ou determinar todas as diligências que julgue necessárias a essa finalidade. O princípio do contraditório exige, em contrapartida, que a comissão dê ao indiciado a oportunidade de acompanhar a instrução, com ou sem defensor, conhecendo e respondendo a todas as provas contra ele apresentadas.<sup>17</sup>

São também esclarecedoras sobre as dimensões do princípio do contraditório em seara administrativo-disciplinar as considerações de Romeu Felipe Bacellar Filho, *in verbis*:

A finalidade do contraditório no processo administrativo disciplinar não difere daquela prevista pelo processo judicial: proteger a capacidade de influência dos sujeitos processuais (administração/servidor acusado ou litigante) na formação do convencimento do órgão julgador. Do confronto da autoridade administrativa com o servidor viabiliza-se

---

16 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 259930/RJ. Sucedâneo do Recurso Ordinário. Inadmissibilidade. Homicídio qualificado. Inquérito policial. Reinquirição de testemunhas. Ausência de intimação da defesa. Nulidade. Inexistência. Natureza inquisitiva. Contraditório e ampla defesa. Observância. Desnecessidade. Impetrante: Dominique Sander Leal Guerra. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de maio de 2013. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 23 maio 2013.

17 DI PIETRO, op. cit., p. 700.

a assunção de um panorama mais completo da situação fática, conduzindo a uma decisão mais ponderada e conforme à realidade.<sup>18</sup>

Uma vez que tais princípios são de observância obrigatória nos processos administrativos e nas sindicâncias, mas não o são nas apurações preliminares, é relevante que as provas de natureza oral eventualmente produzidas na fase preliminar sejam repetidas – agora sob o crivo do contraditório e da ampla defesa –, e, portanto, confirmadas, após a instauração do procedimento disciplinar.

Há que se observar, no entanto, que, ao contrário do que afirma a autora, ao menos no que concerne aos procedimentos disciplinares instaurados no âmbito do estado de São Paulo, o servidor acusado não pode acompanhar a instrução “com ou sem defensor”, dada a imprescindibilidade de defesa técnica, por expressa determinação legal.

Com efeito, nas sindicâncias e nos processos administrativos disciplinares instaurados após as apurações preliminares (não raro como corolários destas), a defesa técnica se faz necessariamente presente, à luz do disposto no item 4 do artigo 278 da Lei nº 10.261/68, que preconiza que no mandado de citação do acusado deverá constar, dentre outros elementos, “o esclarecimento de que o acusado será defendido por advogado dativo, caso não constitua advogado próprio”<sup>19</sup>. Além deste, o artigo 282 da mesma lei, em seu caput determina que “o acusado poderá constituir advogado que o representará em todos os atos e termos do processo”<sup>20</sup>, e complementa, em seus parágrafos, que “não tendo o acusado recursos financeiros ou negando-se a constituir advogado, o presidente nomeará advogado dativo”<sup>21</sup> e “o acusado poderá, a qualquer tempo, constituir advogado para prosseguir na sua defesa”<sup>22</sup>.

Esses dispositivos, como se vê, estabelecem a *imprescindibilidade da defesa técnica* nos procedimentos disciplinares no âmbito do estado de São Paulo. Tais normas evidenciam o rigor com que o contraditório

---

18 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 242.

19 SÃO PAULO, op. cit., art. 278.

20 Ibidem, art. 282.

21 Ibidem, art. 282, § 3º.

22 Ibidem, art. 282, § 4º.

e a ampla defesa são observados pela legislação paulista, que se mostra mais protetiva e garantista em relação a tais princípios do que o próprio Supremo Tribunal Federal, cuja Súmula Vinculante nº 5 estabelece que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”<sup>23</sup>.

Embora a Súmula em questão provenha do órgão a quem foi atribuído o papel de *guardião da Constituição*, sua edição foi objeto de severa crítica por parte de diversos autores, dentre os quais pode ser mencionado, a título de exemplo, Paulo Alves Netto de Araújo, para quem “a decisão do STF que culminou na edição da Súmula Vinculante nº 5 observou muito mais questões práticas de política judiciária do que propriamente argumentos jurídicos de relevo”<sup>24</sup>.

A adequada exegese dos dispositivos epígrafados, assim, deixa claro que a defesa técnica, embora imprescindível ao longo das sindicâncias e processos administrativos disciplinares no âmbito do estado de São Paulo, não é indispensável durante a apuração preliminar. Contudo, caso o servidor acusado pretenda ser acompanhado de defensor ainda na fase apuratória (por exemplo, no momento em que prestará declarações sobre a acusação contra si formulada), tal direito não lhe poderá ser negado. A legislação, porém, não lhe confere o direito ao fornecimento, por parte do Poder Público, de defensor dativo nessa situação, como o faz após a instauração do procedimento disciplinar, razão pela qual, durante a fase apuratória, o eventual acompanhamento do feito por defensor deverá ser feito às suas expensas.

Embora, como visto, a legislação paulista tenha natureza mais garantista do que o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da defesa técnica dos acusados em procedimentos disciplinares, a Lei nº 10.261/68 é consideravelmente lacônica em relação às normas processuais aplicáveis a tais procedimentos, se comparada com o Código de

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 5. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, n. 88, p. 1, 16 maio 2008, p. 1.

24 ARAÚJO, Paulo Alves Netto. Princípio da ampla defesa no processo administrativo e a súmula vinculante nº 5. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares (org.). *Teoria geral do processo administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 322.

Processo Penal ou o Código de Processo Civil. Com efeito, o arcabouço jurídico norteador dos procedimentos disciplinares no que concerne ao aspecto processual se encontra circunscrito aos artigos 268 a 321, a que se somam os tímidos três dispositivos já mencionados da Lei Estadual nº 10.177/1998 (artigos 62 ao 64). Daí porque é necessário recorrer aos diplomas processuais penal e civil quando ausentes, na Lei nº 10.261/68, normas aptas a regular situações que podem surgir ao longo dos andamentos processuais (como casos de suspeição, contraditas de testemunhas etc.).

A aplicação das normas processuais civis e penais aos procedimentos disciplinares, no entanto, não se faz de forma indiscriminada, conforme esclarecido a seguir.

## **2.2. Aplicação subsidiária das normas processuais penais e processuais civis**

Como visto, a legislação paulista alberga normas expressas acerca dos ritos processuais concernentes aos procedimentos disciplinares. Tais normas, no entanto, são insuficientes para abranger todas as questões processuais inerentes a tais procedimentos, o que torna necessária a aplicação, de modo subsidiário, das normas previstas na legislação processual penal e civil, quando ausentes dispositivos que, em âmbito administrativo, solucionem os problemas de natureza processual que a realidade amiúde suscita ao longo das instruções processuais em seara administrativo-disciplinar.

Nesse contexto, a natureza sancionatória dos procedimentos disciplinares, bem como sua proximidade (que não se confunde como similaridade) estrutural com o Direito Penal, tornam recomendável a aplicação subsidiária, em primeiro lugar, do Código de Processo Penal e, na ausência de normas deste que solucionem a lacuna, do Código de Processo Civil (o mais completo dos diplomas processuais da legislação vigente e, não por acaso, aplicado subsidiariamente também nos processos penais).

Releva observar, sob essa ótica, que, até a promulgação da Lei nº 11.719/2008, os ritos do processo penal e dos procedimentos disciplinares eram *similares* (não idênticos, dada a evidente distinção entre os escopos do Direito Penal e do Direito Administrativo Disciplinar, e dos bens jurídicos envolvidos em cada uma dessas áreas da ciência

jurídica), notadamente no que concerne à realização do interrogatório do acusado antes da oitiva das testemunhas e aos prazos para a apresentação de defesa prévia e alegações finais. A promulgação da Lei nº 11.719/08, no entanto, alterou o rito do processo penal, e, dando nova redação ao artigo 400 do Código de Processo Penal, postergou o ato de interrogatório para o momento final da audiência, ou seja, após a realização da quase totalidade dos atos instrutórios do processo:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§ 1º. As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.<sup>25</sup>

A despeito do novo rito estabelecido para o processo penal a partir da promulgação da Lei nº 11.729/2008, os dispositivos concernentes ao rito processual dos procedimentos administrativos disciplinares previstos na Lei Estadual nº 10.261/68 – a saber, seus artigos 283 e 284 – mantiveram-se inalterados, e estabelecem os passos do andamento processual de forma suficientemente precisa, *in verbis*:

Artigo 283. Comparecendo ou não o acusado ao interrogatório, inicia-se o prazo de 3 (três) dias para requerer a produção de provas, ou apresentá-las.

§ 1º – O presidente e cada acusado poderão arrolar até 5 (cinco) testemunhas.

§ 2º – A prova de antecedentes do acusado será feita exclusivamente por documentos, até as alegações finais.

§ 3º – Até a data do interrogatório, será designada a audiência de instrução.

Artigo 284 – Na audiência de instrução, serão ouvidas, pela ordem, as testemunhas arroladas pelo presidente e pelo acusado.

<sup>25</sup> BRASIL. Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 4, 23 jun. 2008, art. 400.

Parágrafo único – Tratando-se de servidor público, seu comparecimento poderá ser solicitado ao respectivo superior imediato com as indicações necessárias.<sup>26</sup>

A alteração levada a efeito nos processos penais pode suscitar dúvidas acerca da manutenção de vigência dos artigos 283 e 284 da Lei nº 10.261/68. Recorde-se, no entanto, que, como já mencionado, a aplicação da legislação processual penal é *subsidiária* e, no caso, a existência de normas expressas acerca do tema na legislação estadual não deixa dúvida alguma quanto ao fato de que, a partir da promulgação da Lei nº 11.719/2008, os ritos dos processos penais e dos procedimentos disciplinares no âmbito estadual paulista deixaram de ser similares.

Não há qualquer inconstitucionalidade na existência de distinção entre os ritos, por duas razões essenciais: em primeiro lugar, como já mencionado, o Direito Penal e o Direito Administrativo Disciplinar têm escopos próprios e perseguem objetivos diferentes; como consequência disso, não se pode entender que o artigo 400 do Código de Processo Penal, em sua atual redação, constitui norma de repetição obrigatória pelo legislador paulista.

Em segundo lugar, a constitucionalidade dos artigos 283 e 284 da lei paulista é incontestada e, tal qual a legislação processual penal – tanto em sua atual redação quanto na anterior –, tais artigos não violam de modo algum os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Entendimento diverso implicaria assumir que todos os processos penais anteriores à promulgação da lei alteradora estariam marcados pela inconstitucionalidade, bem como todos os procedimentos disciplinares a ela anteriores e posteriores.

Ora, se, anteriormente à promulgação da Lei nº 11.719/2008, não havia inconstitucionalidade, seja nos processos penais, seja nos procedimentos administrativos, é evidente que, após sua promulgação, o rito até então observado na esfera judicial-penal, e que não se alterou no âmbito administrativo-disciplinar, continua em plena consonância com os princípios insculpidos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O que existe, atualmente, são dois ritos processuais

---

26 SÃO PAULO, op. cit., art. 283-284.

distintos, concernentes a dois modelos processuais também distintos, ambos plenamente constitucionais.

A existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de duas categorias de processo – administrativo-disciplinar e judicial-penal – que, embora guardem similaridades (seu caráter sancionatório e a imperiosa necessidade de observância de princípios como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência), perseguem objetivos próprios, inerentes a seus campos de incidência, tem por corolário a reconhecida independência entre suas instâncias.

Tal independência, por óbvio, não é absoluta, notadamente ante o princípio de unicidade de jurisdição que caracteriza a ordem jurídica brasileira.

Apesar disso, a existência dessa independência leva a consequências relevantes do ponto de vista da produção probatória, conforme exposto a seguir.

### **2.3. A produção probatória e a independência entre as esferas judicial e administrativa**

Há, não raro, situações em que determinada conduta configura, simultaneamente, ilicitude nas esferas penal e administrativa, o que enseja a instauração de procedimentos tanto judiciais (ação penal, ação de improbidade etc.) quanto disciplinares (processo administrativo disciplinar ou sindicância<sup>27</sup>).

As decisões proferidas na seara administrativo-disciplinar não se encontram sujeitas ou condicionadas àquelas proferidas no âmbito judicial-penal, dada a existência da independência entre tais instâncias.

A Lei nº 10.261/68 trata expressamente da independência dessas instâncias em seu artigo 250, notadamente em seu caput e em seu § 1º, *in verbis*:

---

<sup>27</sup> Embora pareça pouco provável que uma conduta tipificável como crime possa levar à instauração de uma sindicância e não de um processo administrativo disciplinar, tal hipótese não se afigura tão improvável. Um crime de injúria, por exemplo, pode levar a uma ação penal de natureza privada e a uma sindicância. Do mesmo modo, eventuais contravenções penais praticadas na esfera da vida privada do servidor podem não se revestir de gravidade suficiente, do ponto de vista funcional, para fundamentar a instauração de um processo administrativo disciplinar, ensejando, no entanto, a instauração de uma sindicância.

Artigo 250. A responsabilidade administrativa não exime o funcionário da responsabilidade civil ou criminal que no caso couber, nem o pagamento da indenização a que ficar obrigado, na forma dos arts. 247 e 248, o exame da pena disciplinar em que incorrer.

§ 1º – A responsabilidade administrativa é independente da civil e da criminal.<sup>28</sup>

O tema da independência entre as instâncias é, ainda, abordado nos artigos 64 e 65 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.<sup>29</sup>

Não há nos dispositivos menção à esfera administrativo-disciplinar, mas a conclusão de que a mesma lógica há de incidir sobre os procedimentos disciplinares decorre da própria estrutura do sistema. Tanto é assim que o § único do artigo 64 do Código de Processo Penal estabelece regra similar àquela prevista no § 3º do artigo 250 da Lei nº 10.261/68, segundo o qual “o processo administrativo só poderá ser sobrestado para aguardar decisão judicial por despacho motivado da autoridade competente para aplicar a pena”<sup>30</sup>. Vale dizer, tanto o juiz da ação civil quanto a autoridade responsável pela aplicação da penalidade ao servidor poderão determinar o sobrestamento dos procedimentos sob sua responsabilidade, se entenderem que o deslinde dos fatos na esfera penal é relevante para as conclusões concernentes às esferas civil e administrativo-disciplinar.

Também na esfera federal, a Lei nº 8.112/1990, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, preconiza,

28 Ibidem, art. 250.

29 BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941, art. 64-65.

30 SÃO PAULO, op. cit., art. 250.

em seu artigo 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”<sup>31</sup>.

As normas epigrafadas deixam claro, ainda, que a independência entre as instâncias é relativa e não absoluta. São esclarecedoras, sobre o tema, as seguintes considerações de José Armando da Costa:

Conquanto prevaleça, em regra, a noção da autonomia das instâncias, como aludido acima, vale assinalar que, em hipóteses especiais – como bem deixam entender as normas legais referidas no item anterior – a decisão penal definitiva faz coisa julgada nas instâncias civil e disciplinar, o que não ocorre no sentido reverso, isto é, os decisórios dessas vertentes, em circunstância alguma, poderão constituir prejudicial naquele juízo.

Quais, então, as razões pré-jurídicas ou extrajurídicas que conferem essa especial posição de supremacia ao juízo penal?

Dentre outros motivos de igual ou superior peso, destacam-se os seguintes:

- a) O princípio de ordem pública que, sem sombra de dúvidas, é bem mais presente e intenso na matéria penal do que nas questões civis ou administrativas (em que se incluem as de natureza disciplinar);
- b) Maior gravidade, pelo menos em princípio, das consequências oriundas da instância penal;
- c) O juízo penal, em matéria de instrução e prova, é bem mais exigente do que as instâncias aludidas.<sup>32</sup>

Essa relatividade da independência entre as instâncias é, também, demonstrada pelo que determina o § 2º do artigo 250 da Lei nº 10.261/68:

§ 2º – Será reintegrado ao serviço público, no cargo que ocupava e com todos os direitos e vantagens devidas, o servidor absolvido pela Justiça, mediante simples comprovação do trânsito em julgado de decisão que negue a existência de sua autoria ou do fato que deu origem à sua demissão.<sup>33</sup>

31 BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991, art. 125.

32 COSTA, José Armando. *Controle judicial do ato disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 232-233.

33 SÃO PAULO, op. cit., art. 250.

Outra circunstância que denota a relatividade da independência das instâncias, bem como a parcial supremacia da instância judicial-penal sobre a administrativo disciplinar, é a adoção, pelo direito brasileiro, do sistema de unicidade de jurisdição, segundo o qual as decisões tomadas pelo Judiciário em caráter definitivo não podem ser revistas pela Administração. Novamente, o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos e quem repousa o Estado de Direito. De nada adianta sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição uma, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

O fundamento constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.<sup>34</sup>

Desse contexto se depreende que a instrução processual dos procedimentos disciplinares, inclusive no que concerne à dilação probatória, guarda independência dos processos penais, mesmo nos casos em que a conduta apurada encontra tipificação tanto penal quanto disciplinar, a ensejar a instauração concomitante de ação penal e procedimento disciplinar.

A independência entre as instâncias, conquanto relativa, viabiliza a possibilidade de decisões díspares nas duas esferas. Não há inconsistência na hipótese dessa ocorrência, uma vez que é perfeitamente possível que, ao término das respectivas instruções processuais, os mesmos fatos sejam comprovados, sendo distinta, no entanto, a decisão acerca da

---

34 DI PIETRO, op. cit., p. 816.

procedência ou não das demandas. Isso porque uma mesma conduta, comprovada nos dois âmbitos, pode configurar violação de deveres funcionais por parte do servidor mesmo que não ostente as características necessárias à tipificação penal.

Evidentemente, à luz das normas mencionadas e do sistema de jurisdição una, a eventual decisão, na esfera penal, de que o fato não ocorreu, ou de que, tendo ocorrido, foi praticado por outrem que não o acusado, vincula a Administração de forma inescapável. Nesse sentido tem se definido, de longa data, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, em decisão proferida em setembro de 2021, a Sexta Turma do (STJ) adotou entendimento diverso, mitigando ainda mais a independência entre as esferas judicial e administrativa, sob o argumento de que “a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias”<sup>35</sup>.

A decisão foi proferida em sede de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de cancelar a decisão administrativa que reconheceu a existência de falta grave por fato tido como insuficientemente comprovado na esfera judicial (o que levou à absolvição do acusado em âmbito penal). Tratava-se de infração praticada por detento, e não por servidor público, mas a lógica se aplica integralmente aos procedimentos disciplinares instaurados contra os servidores.

A ementa da decisão tem o seguinte teor:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. INDEPENDÊNCIA MITIGADA DAS INSTÂNCIAS. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa quando restar proclamada a inexistência do fato ou de autoria.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental em embargos de declaração em *habeas corpus* n. 601533/SP. Agravo em execução. Falta grave. Independência mitigada das instâncias. Writ indeferido liminarmente. Embargos de declaração rejeitados. Agravo regimental provido. Agravante: Cristiano Barbosa Moura. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo; Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 21 de setembro de 2021. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 1 out. 2021.

2. Embora não se possa negar a independência entre as esferas – segundo a qual, em tese, admite-se repercussão da absolvição penal nas demais instâncias apenas nos casos de inexistência material ou de negativa de autoria –, não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa. Precedente.

3. Em hipóteses como a dos autos, em que o único fato que motivou a penalidade administrativa resultou em absolvição no âmbito criminal, ainda que por ausência de provas, a autonomia das esferas há que ceder espaço à coerência que deve existir entre as decisões sancionatórias.

4. Agravo regimental provido a fim de determinar o cancelamento da falta grave apurada no Procedimento Administrativo Disciplinar n. 41/2017 (E21/934137/2011) e de todos os efeitos dela decorrentes.<sup>36</sup>

É relevante observar que o voto do Ministro Relator foi acompanhado pelos demais Ministros da Turma, em votação unânime.

O entendimento da Sexta Turma do STJ, ainda que minoritário (ao menos até o presente momento), parte, ao que parece, de equivocada premissa para chegar à conclusão de que, embora aparentemente lógica, alberga, na verdade, uma conclusão insustentável.

Sem dúvida, é possível que ao longo de dois procedimentos instrutórios levados a cabo simultaneamente – um na seara judicial, outro no campo administrativo – conjuntos distintos de prova sejam produzidos. Em que pese o princípio da unicidade da jurisdição, não há qualquer garantia de que a instrução processual realizada na esfera penal será mais completa ou eficiente do que aquela conduzida no contexto disciplinar. Assim, ainda que haja, como já mencionado, uma presunção, sustentada, por exemplo, por autores como Armando José da Costa, para quem “o juízo penal, em matéria de instrução e prova, é bem mais exigente do que as instâncias aludidas”<sup>37</sup>, tal presunção nem sempre corresponde à realidade, e não há qualquer argumento lógico que logre demonstrar que as provas constantes de ações penais são, sempre e necessariamente, produzidas de forma mais rigorosa do que aquelas obtidas nos procedimentos disciplinares.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> COSTA, op. cit., p. 233.

Em ambos os casos, os processos são presididos e conduzidos por seres humanos, cujas peculiaridades e idiossincrasias marcam, indiscutivelmente, o resultado de seus trabalhos.

Se assim é, há que se admitir a hipótese de que, em determinadas situações, as provas produzidas durante a instrução de determinado procedimento disciplinar elucidarão de forma mais eficaz a dinâmica de fatos eventualmente não tão bem esclarecidos na esfera penal. A assim ser, não há que se falar em “incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa”<sup>38</sup>, como constou da mencionada decisão judicial. Incoerência, a bem da verdade, haveria em se constatar a existência de um conjunto probatório satisfatório na esfera administrativo-disciplinar, que, no entanto, não poderia levar à caracterização de infração disciplinar porque, em âmbito judicial, os fatos não foram devidamente provados.

A decisão do STJ desconsidera ainda a circunstância de que, uma vez que os tipos penais e os chamados “tipos administrativos” ou “tipos disciplinares” têm elementos e estruturas distintos, a produção probatória pode, igualmente, seguir trilhas não idênticas (conquanto similares) na busca de elementos caracterizadores dos diferentes “tipos” aos quais os fatos analisados podem ser subsumidos. É certo que, ainda que os *fatos* sob análise sejam os mesmos, os questionamentos podem se voltar a detalhes e aspectos de tais fatos que interessam a uma seara, mas não a outra.

Há que se lembrar, nesse sentido, a existência de significativa diferença entre os tipos penais, que são “fechados”, de modo que a subsunção do fato à norma exige a demonstração da presença dos elementos caracterizadores do tipo, enquanto que os “tipos administrativos” ou “disciplinares” têm estrutura mais “aberta” (citem-se, à guisa de exemplo, os incisos XII – “cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho” e XIV – “proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública”<sup>39</sup> do artigo 241 da Lei nº 10.261/68).

À luz dessa distinção, pode-se ter a impressão de que a perquirição penal buscaria um maior detalhamento do fato a ser provado.

---

38 BRASIL, 2021.

39 SÃO PAULO, op. cit., art. 241, inc. XII e XIV.

No entanto, pode ocorrer justamente o contrário: a tipologia “aberta” das infrações administrativas autoriza, e em certos casos até mesmo exige, que aspectos concernentes a determinado fato, a princípio irrelevantes na esfera penal, sejam investigados com maior interesse no âmbito administrativo-disciplinar.

Como consequência dessas relevantes circunstâncias, a independência entre as instâncias judicial e administrativa só pode ser mitigada, como já mencionado, se comprovada a inexistência do fato, ou sua prática por outrem. Absolutamente correto, por conseguinte, o entendimento tradicionalmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Pelas mesmas razões, afigura-se preocupante o alargamento da mitigação dessa separação, levado a efeito pela Sexta Turma do Tribunal em setembro de 2021, fundamentado, como visto, num raciocínio que, baseado apenas no argumento de uma suposta “incoerência”, deixa de levar em consideração aspectos fundamentais da questão.

Desse modo, na hipótese de absolvição no campo penal por *insuficiência* de provas<sup>40</sup>, a independência entre as instâncias há de ser preservada, dispondo a Administração de ampla liberdade para chegar a conclusões distintas daquelas alcançadas pelo Poder Judiciário.

Situação mais complexa, no entanto, se apresenta quando Judiciário e Administração chegam a conclusões distintas com base no mesmo arcabouço probatório.

Via de regra, como mencionado, Administração e Judiciário produzem seus próprios conjuntos probatórios, nos autos de seus respectivos procedimentos. Não é incomum, no entanto, que a Administração se valha de elementos de prova constantes de autos judiciais, na qualidade de prova emprestada, para instruir seus próprios expedientes.

Nesse caso, ainda seria possível sustentar a independência das instâncias judicial e administrativa? Dito de outro modo, pode a Administração Pública, com base no mesmo grupo de provas, proferir decisão contrária àquela tomada em âmbito judicial-penal?

Como já dito, a caracterização de uma infração disciplinar pode levar em consideração outros elementos do fato que não aqueles

---

40 BRASIL, 1941, inciso VII do artigo 386.

configuradores do ilícito penal. Também já foi salientado que, em suas respectivas esferas de competência, as autoridades responsáveis pelas instruções processuais penal e disciplinar buscarão aferir a existência ou não dos elementos caracterizadores das ilicitudes previstas nas normas aplicáveis às suas respectivas ambiências.

Sob essa ótica, infere-se que a análise dos fatos, quando realizada em âmbito judicial-penal, dificilmente (ou apenas de forma incidental) abordará aspectos que não aqueles voltados à tipificação penal. Pode-se concluir, portanto, que quando a Administração se valer apenas das provas produzidas na esfera penal, na qualidade de prova emprestada (procedimento, aliás, absolutamente regular), o que pode acontecer, inclusive, em casos de impossibilidade de produção de provas por outros meios, a defesa da independência entre as instâncias será mais difícil. Nesse caso, caberá à Administração demonstrar de forma bem fundamentada que o fato comprovado, ainda que não se subsuma à norma penal por falta de um ou mais elementos do tipo, preenche todos os requisitos necessários à caracterização de uma infração disciplinar. Tal poderia ocorrer, por exemplo, no caso de uma conduta inicialmente tipificada como peculato (que seria, a um só tempo, crime e infração disciplinar), mas que, por falta de algum elemento subjetivo do tipo penal, não pudesse ser classificada como crime, mas ainda assim sujeitasse o agente à penalidade de natureza administrativa, ainda que menos grave do que a inicialmente prevista (se, por exemplo, configurada a falta de zelo – infração prevista no inciso III do artigo 241 da Lei nº 10.261/68 – , mesmo após a descaracterização da imputação inicial de natureza administrativa). Nesse sentido, inclusive, há orientação jurisprudencial consolidada, por parte do Supremo Tribunal Federal, cuja Súmula nº 18 preconiza que “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”<sup>41</sup>.

Por fim, não se pode desconsiderar que, mesmo diante do reconhecimento da independência das instâncias penal e administrativa,

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 18. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964a, p. 38.

a prevalência, no direito brasileiro, do princípio da jurisdição uma torna possível a revisão, via Poder Judiciário, não só das decisões proferidas nos procedimentos disciplinares, como também de questões envolvendo a dilação probatória e mesmo a valoração de provas realizadas em sede administrativo-disciplinar. Tratar dos limites de atuação do Poder Judiciário nessa seara, no entanto, implicaria abordar questão tão interessante quanto complexa, que, por si só, mereceria um artigo próprio. Mesmo uma análise superficial da questão demandaria considerações que extrapolariam o escopo do presente trabalho, razão pela qual tal análise há de ser feita alhures.

### 3. CONCLUSÃO

As ideias formuladas e expostas no presente artigo levam a conclusões que podem ser assim sintetizadas:

- A Administração Pública, por imperativo constitucional e legal, encontra-se jungida ao princípio da estrita legalidade, consubstanciada da necessidade de observância da lei, por parte dos entes públicos, com rigor ainda maior do que por parte dos particulares;
- Como corolário da necessidade de observância da estrita legalidade, a Administração tem o poder de autotutela<sup>42</sup>, em razão do qual tem o dever de apurar eventuais desvios da legalidade estrita praticados por seus agentes;
- Os servidores públicos, no entanto, não perdem, em razão dos cargos que assumem perante a Administração Pública, seus direitos fundamentais, dentre os quais sobressaem, para os fins do presente artigo, os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, todos previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, a caracterização da prática de uma infração disciplinar se condiciona à existência de um processo disciplinar em que o servidor acusado terá ciência da imputação formulada em seu desfavor e a oportunidade de dela se defender, produzindo, no seio do referido processo, as provas que entender pertinentes;

---

42 BRASIL, 1964b; BRASIL, 1969.

- Diante do princípio constitucional de presunção de não culpabilidade dos acusados em geral<sup>43</sup>, a Administração deve comprovar a existência/materialidade da infração disciplinar, bem como sua autoria, fazendo-o no bojo do procedimento disciplinar para tanto instaurado;
- Antes da instauração do procedimento disciplinar em desfavor do servidor, caso seja necessário, será realizada uma apuração preliminar, que, a exemplo do inquérito policial, com que guarda similaridades estruturais, tem natureza meramente investigatória, razão pela qual não é necessária estrita observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que, no entanto, deverão ser rigorosamente observados após a instauração do procedimento disciplinar, dada sua natureza sancionatória;
- Embora a Lei nº 10.261/68 traga normas acerca dos ritos processuais dos procedimentos disciplinares, tais normas são insuficientes para regular todas as situações possíveis, razão pela qual o Direito Administrativo Disciplinar deve se valer *subsidiariamente* das normas processuais penais e civis, nessa ordem;
- O direito e a jurisprudência brasileiros reconhecem a independência entre as instâncias judicial-penal e administrativo-disciplinar, independência esta que não é absoluta e que, de acordo com entendimento de há muito pacificado no Superior Tribunal de Justiça, há de ser afastada em duas hipóteses: (i) quando demonstrado que o fato não ocorreu ou (ii) quando, demonstrada sua ocorrência, restar comprovada a autoria por outrem que não o acusado. Apesar disso, recente decisão da Sexta Turma do STJ alargou as margens dessa relativização, para sustentar que, mesmo quando o fato não restar comprovado em âmbito judicial por insuficiência de provas<sup>44</sup>, “não há como ser mantida a incoerência de se ter o mesmo fato por não provado na esfera criminal e por provado na esfera administrativa”<sup>45</sup>.

43 BRASIL, 1988, inc. LVII do art. 5º.

44 BRASIL, 1941, inc. VII do art. 386.

45 BRASIL, 2021.

Tal entendimento, no entanto, desconsidera diversas peculiaridades ínsitas ao procedimento disciplinar, bem como distinções estruturais existentes entre os tipos penais e as infrações disciplinares, resultando, por conseguinte, em conclusão fundada sob premissas frágeis;

- A questão se revela mais complexa quando a Administração Pública se vale exclusivamente de provas produzidas no bojo de procedimentos judiciais, na qualidade de prova emprestada, para decidir de forma diversa daquela decidida na esfera judicial. A independência entre as instâncias, em tal hipótese, não é inviável, embora a prevalência de decisões distintas exija, por parte da Administração, argumentação que demonstre a existência de elementos caracterizadores de infração disciplinar ainda que ausentes elementos tipificadores de crime;
- Apesar disso, quaisquer decisões administrativas na seara disciplinar ficam sujeitas a revisão por parte do Poder Judiciário, em razão do princípio da unicidade de jurisdição que caracteriza o direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Paulo Alves Netto. Princípio da ampla defesa no processo administrativo e a súmula vinculante nº 5. *In*: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares (org.). **Teoria geral do processo administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 299-324.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 57812/PR. Operação Delivery. Associação criminosa e contrabando de cigarros. Alegada nulidade por ausência de interrogatório no curso do inquérito policial. Recorrente: Fernando Cardoso Fagundes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Felix Fischer, 15 de outubro de 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. p., 22 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental em embargos de declaração em *habeas corpus* n. 601533/SP. Agravo em execução. Falta grave. Independência mitigada das instâncias. Writ indeferido liminarmente. Embargos de declaração rejeitados. Agravo regimental provido. Agravante: Cristiano Barbosa Moura. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo; Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 21 de setembro de 2021. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. p., 1 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 259930/RJ. Sucedâneo do Recurso Ordinário. Inadmissibilidade. Homicídio qualificado. Inquérito policial. Reinquirição de testemunhas. Ausência de intimação da defesa. Nulidade. Inexistência. Natureza inquisitiva. Contraditório e ampla defesa. Observância. Desnecessidade. Impetrante: Dominique Sander Leal Guerra. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 de maio de 2013. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. p., 23 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 18. Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964a. p. 38.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. *In: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1964b. p. 151.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, p. 5929, 10 dez. 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 5. A falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, n. 88, p. 1, 16 maio 2008.

COSTA, José Armando. **Controle judicial do ato disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SÃO PAULO. Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: São Paulo, p. 2, 29 out. 1968.