

Apontamentos sobre a apuração preliminar prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo

Ricardo Kendy Yoshinaga¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Fundamentos; 3 – Características; 4 – Condução da apuração preliminar e elementos constitutivos; 5 – As sindicâncias previstas no Decreto Estadual nº 40.177, de 07/07/1995, e na Resolução PGE nº 7, de 07/02/1996; 6 – Considerações finais; Referências bibliográficas.

1. Introdução

Constatada a ocorrência de ilícito administrativo no serviço público, a Administração precisa se valer de mecanismos que permitam uma rápida e eficaz investigação objetivando a identificação quanto à materialidade e autoria infracionais, quando estas não estiverem caracterizadas.

No âmbito federal, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Corregedor Auxiliar na Corregedoria Geral da PGE (2001 a 2006). Procurador Chefe da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (2011 a 2014). Atualmente em exercício na Corregedoria Geral da Administração do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

União, prevê que a autoridade administrativa, tomando conhecimento de uma irregularidade, deverá promover uma sindicância investigativa para apuração de fatos cujos contornos ainda não estejam perfeitamente delineados.

Já no Estado de São Paulo, a Administração direta promove essa investigação por meio da apuração preliminar prevista no artigo 265 da Lei Estadual nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo –, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Complementar Estadual nº 942, de 6 de junho de 2003:

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

§ 1º - A apuração preliminar deverá ser concluída no prazo de 30 (trinta) dias. (NR)

§ 2º - Não concluída no prazo a apuração, a autoridade deverá imediatamente encaminhar ao Chefe de Gabinete relatório das diligências realizadas e definir o tempo necessário para o término dos trabalhos. (NR)

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

No caso da Administração indireta, alguns órgãos disciplinam essa atividade persecutória em regramento interno próprio; entretanto, boa parte deles acabam se valendo, a título subsidiário, das disposições contidas no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo.

Neste cenário, o foco deste trabalho implicará discorrer sobre a apuração preliminar prevista nas regras estatutárias, apontando os fundamentos que a justificam, suas características, forma de condução, elementos que a compõe, sua similitude com as sindicâncias previstas no Decreto Estadual nº 40.177, de 7/7/1995, e na Resolução PGE nº 7, de 7/2/1996, e, sobretudo, sua relevância para o posterior processo disciplinar punitivo.

2. Fundamentos

Os princípios consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – exigem dos agentes públicos uma atuação correta, em conformidade com os padrões legais e éticos que devem pautar toda e qualquer atividade administrativa. Dessa forma, eventuais desvios reclamam a obrigatória apuração por parte da Administração, de forma a manterem íntegros os princípios constitucionais em apreço.

A obrigatoriedade em se apurar eventual irregularidade é consequência do poder hierárquico da Administração, na medida em que atribui a esta o poder-dever de buscar o esclarecimento do fato ilícito ocorrido em sua seara, responsabilizando o agente público faltoso. Neste sentido, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2-6-92.

Não é sem razão, portanto, que o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo tenha, em seu artigo 264, consignado expressamente a obrigatoriedade na apuração de irregularidade praticada por servidor, *in verbis*:

Artigo 264 – A autoridade que, por qualquer meio, tiver conhecimento de irregularidade praticada por servidor é obrigada a adotar providências visando à sua imediata apuração, sem prejuízo das medidas urgentes que o caso exigir.

A propósito, o preceito em questão é praticamente repetido nos diversos regramentos normativos relacionados aos servidores públicos, a revelar uma convergência de entendimento quanto à natureza obrigacional

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. Atlas, 2011. p. 95.

a que se sujeita o agente público detentor de poderes para realização de investigação administrativa. A título exemplificativo, a Lei Federal nº 8.112/90 possui comando muito semelhante ao dispositivo estadual paulista:

Artigo 143 – A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata mediante sindicância ou processo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa.

3. Características

A apuração preliminar é dotada de algumas características próprias, tais como a sua natureza inquisitorial e averiguatória. Neste contexto, trata-se de procedimento prévio, que objetiva a colheita de informações e elementos de prova que possam trazer esclarecimentos quanto aos fatos. É muito comum a sua comparação com o inquérito policial, na medida em que se constitui em expediente que poderá anteceder um procedimento de natureza punitiva; neste compasso, e por não implicar responsabilização do agente público, mas mero expediente de colheita de informações que poderá ensejar instauração de processo disciplinar, não está sujeita às regras relativas à ampla defesa e contraditório. Neste sentido, é pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO QUE ANTECEDE A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCINDIBILIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 5.

1. O Supremo Tribunal Federal já assentou ser dispensada a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa no decorrer da sindicância, procedimento que antecede a instauração do processo administrativo disciplinar. Precedentes.

2. ‘A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição’. (Súmula Vinculante 5)

3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento.³

MANDADO DE SEGURANÇA - LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA - LEGITIMIDADE

PASSIVA AD CAUSAM - DIREITO ADMINISTRATIVO - SINDICÂNCIA INVESTIGATIVA OU APURATÓRIA DE SUPOSTA INFRAÇÃO COMETIDA POR SERVIDORES PÚBLICOS - NATUREZA INQUISITORIAL - DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES DO PROCESSO.

1. Distintos os atos combatidos no presente writ em relação aos tratados no MS 19.242/DF, não se configura a litispendência aduzida pela autoridade impetrada.

2. Sendo o Ministro Chefe da Controladoria-Geral da União signatário das respostas oferecidas aos questionamentos feitos pelos impetrantes, evidencia-se sua legitimidade passiva ad causam.

3. Tratando-se a **sindicância** investigativa ou apuratória de procedimento com natureza inquisitorial e preparatória, prescinde ela da observância dos princípios constitucionais do **contraditório** e da ampla defesa, os quais serão devidamente respeitados se desse processo sobrevier formal acusação aos servidores públicos. Precedentes.

4. À luz dos arts. 7º, § 3º, e 23, VIII, da Lei 12.527/2011, bem como do art. 6º da Portaria CGU nº 335/2006, considerando o caráter sigiloso do conteúdo do procedimento apuratório, não se vislumbra direito líquido e certo dos impetrantes ao acesso às informações constantes do processo, notadamente as relativas à pessoa do denunciante.

5. Segurança denegada.⁴

3 STF – AgReg.RE nº 715790/DF, relator o Ministro ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, publicado no DJe de 6/8/2015.

4 STJ – MS nº 19243/DF, relatora a Ministra ELIANA CALMON, 1ª Seção, publicado no DJe de 20/9/2013.

Outra característica da apuração preliminar consiste no fato de se tratar de procedimento facultativo. Com efeito, se a autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de uma irregularidade ocorrida no âmbito da repartição em que atua, já possuir elementos quanto a materialidade e autoria do ilícito funcional, deverá, imediatamente, promover a instauração do processo disciplinar punitivo em desfavor do servidor faltoso; não se revela necessária, nesta hipótese, a realização de uma apuração prévia, uma vez que as informações que estas deveriam obter, na realidade, já são de conhecimento da Administração.

Aqui, e a fim de se dissipar qualquer dúvida quanto uma eventual incompatibilidade entre o caráter facultativo da apuração preliminar e a obrigatoriedade da Administração apurar as irregularidades, deve-se mencionar que se tratam de situações distintas. O poder-dever estatal de se apurar as irregularidades, com a responsabilização do agente faltoso, estará presente sempre que a Administração promover a instauração de procedimento tendo por objeto a apuração dos fatos, seja ele na investigação preliminar, como no processo disciplinar. Em dada situação, por já haver elementos que permitam, de imediato, o início do processo disciplinar, mostra-se dispensável o expediente antecedente – a apuração preliminar – já que, conforme ventilado, o escopo deste já foi atingido.

Questão que envolve alguma controvérsia naqueles que militam na área disciplinar diz com eventual natureza sigilosa das apurações preliminares. Durante os anos de 2013 e 2014, a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (PPD)⁵ realizou encontros com servidores das Secretarias da Educação e Saúde incumbidos de conduzir as apurações preliminares em suas respectivas Pastas, ocasião em que uma das dúvidas que mais se destacou foi justamente sobre o sigilo desses expedientes.

Sobre esse tema, nos parece que os tempos atuais reclamam cada vez mais uma maior transparência e publicidade nos atos da Administração Pública. Não à toa, a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro

5 Órgão de execução da área da Consultoria Geral da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) e que possui, dentre outras atribuições, a realização de procedimentos disciplinares punitivos, não regulados por lei especial, em face de servidores da Administração Direta e Autárquica, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.183, de 30/8/2012, e no artigo 42, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25/8/2015 (Lei Orgânica da PGE/SP).

de 2011, ao regulamentar o acesso à informação previsto no inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, estabeleceu que a diretriz a ser seguida pela Administração consiste na observância do princípio da publicidade como regra geral e do sigilo como exceção⁶, o que, inclusive, vai ao encontro do comando contido no artigo 37, *caput*, da Lei Maior, que impõe aos órgãos públicos a publicidade dos atos administrativos por eles praticados.

Em que pese este panorama normativo, há quem defenda o sigilo absoluto da apuração preliminar, considerando-se, principalmente, a regra contida no artigo 64 da Lei Estadual nº 10.177, de 30/12/1998, e que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Diz o referido dispositivo:

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

Com a devida *venia*, a norma em apreço refere-se ao procedimento sancionatório, sujeito ao contraditório e ampla defesa, e onde já se encontram delimitadas a materialidade e autoria da conduta ilícita. A sua extensão às apurações preliminares não se afigura possível, pois, nos moldes do que já foi apontado neste texto, trata-se de procedimento prévio, onde não se tem imputação definida, e cuja autoria ainda se mostra desconhecida.

Por outro lado, e em que pesem tais circunstâncias, também entendemos que a publicidade em questão deve ter balizamentos, mormente em se tratando de apurações administrativas de atos potencialmente lesivos ao interesse público. Não se vislumbra ser adequado que o princípio da publicidade obrigue a Administração divulgar informações que possam acarretar prejuízos às investigações administrativas em curso, tornando-as ineficazes e violando, neste contexto, o princípio da eficiência também consagrado na Constituição Federal e assim definido por Diógenes Gasparini:

6 Artigo 3º, inciso I.

o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade⁷.

A própria Lei Federal nº 12.527/11 prevê a possibilidade de sigilo de dados e informações sempre que houver riscos à apuração destinada à repressão e à prevenção de infrações:

Artigo 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

[...]

VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Além disso, a Constituição Federal, bem como a Lei Federal nº 12.527/11, estabelecem a proteção das informações pessoais, atinentes à intimidade, vida privada, honra e imagem⁸, cominando, inclusive, responsabilização ao servidor que, indevidamente, promover sua indevida divulgação. Neste contexto, mostra-se necessária a decretação de sigilo nas apurações que contenham informações protegidas pelo ordenamento jurídico vigente.

Considerados esses elementos é que entendemos que a autoridade administrativa deverá avaliar, de forma fundamentada e com a razoabilidade necessária aos atos administrativos, se determinada apuração preliminar tramitará de forma sigilosa ou não, devendo promover a harmonização entre os balizamentos acima ventilados com as normas relativas à publicidade dos atos da Administração.

José Cretella Jr, ao definir a sindicância administrativa – correspondente à apuração preliminar prevista no Estatuto Paulista – admite tratar-se de procedimento que pode se revestir tanto de natureza sigilosa

⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. Saraiva, 2005. p. 21.

⁸ Vide artigo 5º, X, da Constituição Federal e artigo 31, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei Federal nº 12.527/11.

como pública, a corroborar o entendimento de que nem sempre o expediente será revestido pelo manto do sigilo, desde que não haja informações ou documentos que ensejem a restrição de acesso:

Sindicância administrativa ou, abreviadamente, sindicância, é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a abertura do processo administrativo contra o funcionário público responsável; não confirmadas as irregularidades, o processo sumário é arquivado.⁹

4. Condução da apuração preliminar e elementos constitutivos

A Lei Estadual nº 10.261/68 trata da apuração preliminar em seu artigo 265, anteriormente transcrito. Pela leitura do dispositivo legal, verifica-se que inexistente um rito previamente estabelecido para a condução das apurações, já que naquele é estabelecido: (i) o prazo para sua conclusão; (ii) a possibilidade de prorrogação deste; (iii) e, por fim, quais providências serão adotadas pela autoridade ao concluir sua investigação.

Muito embora seja desprovido do formalismo procedimental destinado à sindicância punitiva¹⁰ e ao processo administrativo disciplinar¹¹, é recomendável que a apuração tenha uma sequência lógica de atos instrutórios, a fim de se permitir uma melhor compreensão da investigação realizada pela autoridade instrutora.

Neste sentido, e conforme já ventilado neste trabalho, a autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de irregularidade praticada por servidor, deverá adotar providências objetivando sua apuração. Aqui cabe abrir um parêntese, no sentido de que a ciência da anomalia no serviço pode se dar, na dicção do artigo 264 da Lei nº 10.261/68, “por qualquer meio”,

9 CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2006. p.64-65.

10 Artigo 269 da Lei Estadual nº 10.261/68.

11 Artigo 270 da Lei Estadual nº 10.261/68.

seja por meio de representação, notícias veiculadas em meios de comunicação, constatação através de atividade correcional, denúncias etc.

Em relação às denúncias, uma questão que pode acarretar alguma controvérsia reside na possibilidade de denúncia anônima dar início a uma apuração administrativa, diante da regra contida no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, que veda o anonimato, e sua aparente incompatibilidade com o poder-dever da Administração em apurar as irregularidades de que tiver conhecimento.

Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal tem admitido que denúncia anônima é capaz de desencadear investigação preliminar para colheita de subsídios quanto à irregularidade noticiada. Neste sentido, vale a transcrição de trecho de voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, ao abordar a questão naquela Corte:

Nessas situações, deve-se realizar um exame prévio de admissibilidade da denúncia, da idoneidade dos documentos que a acompanham, da coerência da narrativa e da presença de elementos que evidenciem não se tratar de mera tentativa de macular a idoneidade do servidor. Assim, como meio de preservar a imagem e a honra do servidor investigado, a Administração deve agir de forma cautelosa e discreta e realizar investigações preliminares em busca de outros elementos que corroborem a denúncia e confirmem a autoria e a materialidade das infrações, para, apenas aí, instaurar o processo administrativo disciplinar. Esse procedimento investigatório preliminar pode ter a forma de sindicância, como se deu na espécie. Não se quer, com isso, incentivar a prática do denunciismo contra servidor público, o que é reprovável, mas apenas afirmar que a denúncia formulada por pessoa não identificada não pode ser sumariamente descartada sem um juízo prévio sobre a plausibilidade das imputações. Fosse isso possível, diversas condutas ilegais e abusivas praticadas por servidores públicos jamais seriam conhecidas e combatidas. Não pode a Administração, como é óbvio, instaurar o processo administrativo disciplinar contra servidor com base única e exclusiva nas imputações feitas em denúncias anônimas, sendo exigível, no entanto, conforme enfatizado, a realização de um procedimento preliminar que apure os fatos narrados e a eventual procedência da denúncia.¹²

12 STF - RMS no 29198/DF, relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, 2ª Turma, publicado no DJe de 28/11/2012.

O Superior Tribunal de Justiça endossa esse posicionamento, não vislumbrando vícios na instauração de apuração preliminar em razão de denúncia anônima recebida pela Administração:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENGENHEIRO DO DNIT. DEMISSÃO POR GERÊNCIA DE SOCIEDADE PRIVADA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. REALIZAÇÃO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...]

3. Não há falar em nulidade se o processo administrativo disciplinar é instaurado somente após a realização de investigação preliminar para averiguar o conteúdo da denúncia anônima. Nesse sentido: STJ - MS 12.385/DF, 3ª Seção, Min. Paulo Gallotti, DJe 05/09/2008; MS 13.348/DF, 3ª Seção, Min. Laurita Vaz, DJe 16/09/2009; MS 15.517/DF, 1ª Seção, Min. Benedito Gonçalves, DJe 18/02/2011; STF - RMS 29.198/DF, 2ª T., Min. Cármen Lúcia, DJe 28/11/2012.¹³

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, o entendimento prevalente igualmente admite a possibilidade de que a apuração preliminar tenha origem em denúncia anônima, conforme assentado no parecer PA nº 205/2008¹⁴:

Ademais, incabível a argumentação trazida pela Interessada em seu recurso, de que a Administração não pode investigar “denúncia anônima”, sob pena de nulidade de todo o procedimento, uma vez que a apuração preliminar prestou-se, exatamente, para colheita de “dados mais precisos e específicos” a respeito do assunto levado ao conhecimento da Diretoria de Ensino da Região de Bragança Paulista e acabou sendo confirmada no decorrer dos trabalhos averiguatórios e, posteriormente, no presente processo administrativo disciplinar, repita-se, com as declarações da própria Interessada, à qual assegurou-se a ampla defesa e o contraditório.

13 STJ - MS No 18664/DF, relator o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, 1ª Seção, publicado no DJe de 30/04/2014.

14 Parecerista Dra. Marisa Fátima Gaieski; peça opinativa aprovada em 05/11/2008.

Logo, não pode a Administração abdicar de seu *múnus* correicional sob argumento de que a notícia da prática de conduta irregular não é nominalmente identificável. Aliás, neste aspecto, inexistente nos autos qualquer menção de que tenha sido anônima a denúncia constante do protocolo nº 2893/0041/03, conforme indicado à fl. 5 do processo em apenso. Mesmo que assim não fosse, o artigo 264, da Lei nº 10.261/68, alterada pela Lei Complementar nº 942/03, é clara em autorizar a conduta adotada pelo administrador no caso em exame, *verbis*:

‘Artigo 264 - A autoridade que, **por qualquer meio**, tiver conhecimento de irregularidade praticada por servidor é **obrigada** a adotar providências visando à sua imediata apuração, sem prejuízo das medidas urgentes que o caso exigir. (g.n.)’

Ultrapassada a questão relativa à possibilidade de denúncia apócrifa ensejar a instauração de apuração preliminar, cabe, na sequência, tratarmos dos atos procedimentais que deverão compor o expediente investigativo, malgrado, repita-se, a inexistência de previsão legal quanto ao rito a ser seguido.

Neste compasso, recomenda-se que a apuração seja instaurada mediante portaria administrativa, a ser expedida pela chefia da repartição onde ocorreram os fatos; nada impede, por outro lado, que autoridades superiores do órgão avoquem a atribuição para a expedição da portaria, na medida em que estamos diante de uma atribuição concorrente.

A portaria administrativa deverá, sucintamente, indicar: (i) os motivos que ensejaram a instauração da apuração¹⁵; (ii) os fatos/condutas que deverão ser objeto de investigação; (iii) servidor ou comissão encarregado da apuração.

Em relação à autoridade encarregada pela apuração, deve-se esclarecer que esta pode ser conduzida por um servidor, não sendo obrigatória a instituição de uma comissão. Evidentemente que nos casos que envolvam fatos de maior complexidade ou que demandem apuração de diversas condutas, é razoável que a instrução das apurações seja

15 Aqui está se referindo à circunstância pela qual a Administração teve conhecimento da irregularidade: representação de terceiros, denúncia, atividade de fiscalização, notícia em órgãos de comunicação etc.

realizada por uma comissão, de modo a permitir uma maior agilidade e divisão dos trabalhos de investigação.

Ainda no tocante à autoridade apuradora, deve-se apontar que ela não deverá, necessariamente, ter condição hierárquica superior à do investigado.¹⁶ Igualmente, não há óbice normativo para que as apurações sejam conduzidas por ocupantes de cargos em comissão, não sendo obrigatória a sua composição por funcionários efetivos.

Há que se ter o cuidado, entretanto, de se observar o preceito contido no artigo 275 da Lei nº 10.261/68 que, embora previsto no capítulo referente ao processo administrativo disciplinar, entendemos deva também ser aplicado às apurações preliminares:

Artigo 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.

As providências instrutórias necessárias à colheita de elementos de informação basicamente consistem nas mesmas previstas para a sindicância punitiva e para o processo administrativo disciplinar. Elas envolvem: (i) a oitiva de pessoas que, de alguma forma, tenham conhecimento dos fatos investigados, onde se incluem o autor da denúncia/representação e servidores investigados; (ii) requisição de documentos relevantes à elucidação dos fatos; (iii) realização de perícia; (iv) vistorias; (v) outros meios de prova admissíveis no ordenamento jurídico. Essa atividade norteia-se pelo princípio da oficialidade, assim definido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios

16 O artigo 273 da Lei nº 10.261/68, em sua redação original, previa que “a sindicância, como meio sumário de verificação, será cometida a funcionário, comissão de funcionários, de condição hierárquica nunca inferior à do indiciado”. Com o advento da Lei Complementar nº 942, de 6/6/2003, foram promovidas diversas alterações na Lei nº 10.261/68, excluindo-se, inclusive, a exigência em apreço. (g.n.)

atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.¹⁷

Durante a tramitação da apuração, é indispensável que os atos procedimentais realizados sejam devidamente consignados no expediente; muito embora não se revista este de uma formalidade maior, é imprescindível que tenha forma escrita, contendo todos os registros que identifiquem as diligências investigativas realizadas pela autoridade apuradora.

Promovidas as diligências necessárias à instrução da apuração preliminar, deverá a autoridade elaborar relatório conclusivo, contendo avaliação dos elementos probatórios colhidos e, motivadamente, elaborar proposta de: (i) arquivamento; ou (ii) instauração de processo disciplinar punitivo, seja na forma de sindicância¹⁸ ou processo administrativo disciplinar¹⁹. Este é o mandamento abarcado no parágrafo terceiro do artigo 265 da Lei nº 10.261/68:

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

O relatório final elaborado pela autoridade apuradora constitui-se numa das mais relevantes peças que compõem a apuração preliminar. Isso porque, via de regra, é esse documento que servirá de fundamento para a decisão da autoridade superior do órgão, conferindo a esta sua validade em razão do princípio da motivação dos atos administrativos, assim definido por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípio da motivação. Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada.²⁰

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 629.

18 Nas hipóteses previstas no artigo 269 da Lei nº 10.261/68.

19 Nas hipóteses previstas no artigo 270 da Lei nº 10.261/68.

20 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 17. ed. Malheiros, 2004. p. 57.

Ainda sobre a necessidade de os atos administrativos serem motivados, pedimos *venia* para transcrever lição de Antonio Carlos Alencar Carvalho, ao acenar que a motivação decorre dos fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito, evitando-se práticas de atos que sejam movidos por interesses outros que não aqueles de natureza pública:

A ideia de motivação decorre dos próprios fundamentos do Estado democrático de direito, no qual as decisões administrativas proferidas por órgãos estatais não podem ser produto da vontade pessoal casuística e arbitrária, movida por força de oculta proteção de partidários, amigos ou familiares, ou perseguição de adversários, nem há espaço para a adoção de medidas decisórias injustificadas, cujas razões não são expostas nem são racionalmente explicáveis, inteiramente discricionárias, ditadas pelo supremo desígnio das autoridades competentes.

Não, antes cumpre à Administração Pública justificar suas ações de forma congruente, lógica, objetiva e imparcial, sobretudo os atos administrativos que impliquem punição sobre particulares e servidores públicos.²¹

Desta forma, deverá o relatório indicar o objeto da apuração preliminar, histórico das investigações realizadas, efetuar avaliação sobre as informações e documentos anexados ao expediente e, apresentando as razões que formam a convicção da autoridade apuradora, formular uma das propostas previstas no parágrafo terceiro do artigo 265 anteriormente transcrito.

Em se tratando de relatório concluindo pela necessidade de se instaurar procedimento disciplinar punitivo em desfavor de agente público, é indispensável que determinadas circunstâncias estejam devidamente mencionadas, notadamente aquelas envolvendo a individualização da conduta considerada irregular, sendo que a deficiência na sua indicação inviabilizará a instauração do procedimento disciplinar que exige, para seu válido processamento, a imputação de fatos concretamente

21 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar, *Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública*, 2. ed. Fórum, 2011. p. 180.

delineados, sob risco de se ter acusação genérica que tornará viciada a relação processual por impossibilidade de se permitir a defesa por parte do acusado. Esclarecedoras, neste aspecto, as considerações de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari sobre o tema:

O primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso, é essencial que qualquer processo – particularmente o de cunho punitivo – comece pela informação, ao acusado ou interessado, daquilo que, precisamente, pesa contra ele. Não basta, por exemplo, publicar um edital dizendo que determinada pessoa cometeu uma infração de trânsito, sem especificá-la; é preciso efetivamente fazer chegar ao acusado a informação exata sobre qual específica infração teria sido cometida, com todos os detalhes necessários ao exercício da defesa.²²

Não é sem razão que no âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, foi editada a Ordem de Serviço PPD nº 3, de 31/7/2015, divulgada no âmbito da Administração Pública Estadual por meio da e-Orientação SubG.-Cons. 01/2016, estabelecendo os elementos necessários à regular instauração do processo disciplinar. Da leitura de seu artigo 1º, verifica-se que o relatório conclusivo da apuração preliminar deve necessariamente conter as circunstâncias mencionadas no referido ato normativo, a seguir reproduzido:

Art. 1º - A descrição sucinta dos fatos a que se refere o art. 277, § 1º, da Lei Estadual nº 10.261/68, deverá conter o tempo, o local, o modo de execução e a expressão financeira do prejuízo, caso haja, além da precisa delimitação da natureza da falta disciplinar.

Inc. I – Entende-se por tempo da falta disciplinar o dia e a hora em que foi praticada. Na impossibilidade de delimitar com precisão o momento de sua prática a portaria deverá referir-se ao tempo aproximado em que deu sua falta.

Inc. II – Quando necessário, a descrição do local deverá possibilitar que se avalie com precisão onde estava o investigado no momento da prática da infração, devendo ser indicado o prédio, andar, sala e, se o caso, a posição em relação ao denunciante ou às testemunhas.

22 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. Malheiros, 2012. p. 110.

Inc. III – O modo de execução é a conduta concretamente realizada pelo investigado, com todas as suas circunstâncias, sendo vedada a simples transcrição do dispositivo legal em que previsto o dever ou proibição violado.

Reportando-nos novamente aos encontros ocorridos entre as autoridades apuradoras das Secretarias da Educação e da Saúde e integrantes da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, interessantes as ponderações lançadas naqueles eventos²³, no sentido de que, para que uma apuração preliminar atinja seus objetivos e permita uma válida e regular instauração de processo disciplinar punitivo, muito valiosa a aplicação da ferramenta do 5W2H, comumente utilizada em ambientes corporativos²⁴. Valendo-se dessa ferramenta, a apuração deverá detectar: (i) o fato; (ii) quem o praticou; (iii) onde foi praticado; (iv) quando ocorreu; (v) os motivos de se tê-lo praticado; (vi) como foi praticado; (vii) qual o valor do prejuízo causado.

Muito embora o parágrafo terceiro do artigo 265 da Lei nº 10.261/68 nada fale sobre o assunto, não vislumbramos qualquer óbice a que a autoridade apuradora, ao elaborar seu relatório final, também proponha outras medidas de interesse da Administração, sejam essas de natureza preventiva ou corretiva. A atividade apuradora se insere dentro da esfera do controle interno da Administração que tem, justamente, a função de auxiliar o gestor público na realização das atividades administrativas dentro das diretrizes da probidade, economicidade e eficiência; dessa forma, e uma vez verificada a necessidade de se aprimorar ou mesmo corrigir uma dada situação envolvendo o serviço público, deverá a autoridade apuradora sugerir providências que possam sanear os problemas detectados ou aperfeiçoar as práticas públicas.

Da mesma forma, e uma vez constatada, em tese, a prática de ilícito penal ou de ato de improbidade, não vislumbramos óbice para que a

23 Exposições dos Drs. Clayton Alfredo Nunes e Norberto Oya, Procuradores do Estado em exercício na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares.

24 O 5W2H, basicamente, é um *checklist* de determinadas atividades que precisam ser desenvolvidas com o máximo de clareza possível por parte dos colaboradores da empresa. O nome desta ferramenta foi assim estabelecido por juntar as primeiras letras dos nomes (em inglês) das diretrizes utilizadas neste processo: *what, who, where, when, why, how e how much*.

autoridade apuradora comunique imediatamente a ocorrência dos fatos às autoridades competentes – inclusive por estar em curso o prazo prescricional tanto da ação penal como a de improbidade – sem prejuízo do que estabelece o artigo 302 da Lei nº 10.261/68.²⁵

Uma circunstância que nem sempre vem merecendo a devida atenção nas apurações preliminares refere-se à necessidade de se apurar o efetivo prejuízo que uma dada conduta irregular causou aos cofres públicos. Efetivamente, além de ter seus olhos voltados para a questão envolvendo a responsabilização do agente público faltoso, a autoridade apuradora igualmente deverá atentar para a análise quanto ao desfalque que a prática irregular promoveu ao erário, buscando colher informações, documentos, depoimentos que permitam uma identificação de valores, requisito essencial não só para que se possa ter uma melhor dimensão do ilícito e do grau de reprovabilidade da conduta irregular, mas, sobretudo, para que o Estado possa, futuramente, buscar a recomposição de seu patrimônio, persecução essa de natureza cogente, diante do princípio da indisponibilidade dos bens públicos.

5. As sindicâncias previstas no Decreto Estadual nº 40.177, de 07/07/1995, e na Resolução PGE nº 7, de 07/02/1996

No âmbito da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo, o Decreto nº 40.177, de 7/7/1995, prevê o pagamento de despesas sem cobertura contratual ou decorrentes de contratos posteriormente declarados inválidos, desde que atendidos os requisitos previstos em seu artigo 1º:

Artigo 1º - Os pagamentos, a título indenizatório, de despesas sem cobertura contratual ou decorrentes de contrato posteriormente declarado inválido, em atenção ao princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa, no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica, deverão atender os seguintes pressupostos:

25 “Artigo 302 – Quando ao funcionário se imputar crime, praticado na esfera administrativa, a autoridade que determinou a instauração do processo administrativo providenciará para que se instaure, simultaneamente, o inquérito policial.”

I - comprovação da efetiva prestação de serviços, realização de obra ou fornecimento de bens;

II - demonstração do valor correspondente aos serviços, obras ou bens a serem indenizados, lastreada em ampla pesquisa de mercado;

III - existência de disponibilidade orçamentária no tocante ao órgão ou entidade responsável pela despesa;

IV - realização de sindicância, no intuito de apurar cabalmente as circunstâncias que originaram a prestação de serviços, realização de obra ou fornecimento de bens irregular, com particular atenção à verificação da existência ou não de boa-fé por parte da pessoa física ou jurídica pleiteante da indenização, bem como da existência ou não de responsabilidade disciplinar por parte de autoridade ou servidor;

V - autorização prévia do Secretário de Estado, do Procurador Geral do Estado ou do Superintendente de autarquia, exarada em autos de processo contendo os elementos arrolados nos incisos precedentes e manifestação preliminar do respectivo órgão jurídico, devendo ser observado, ainda, o seguinte:

a) a autorização de indenização, nos termos deste decreto, deverá ser comunicada à Corregedoria Geral da Administração, da Casa Civil²⁶;

b) os processos indenizatórios que envolvam valores acima de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), antes da decisão das autoridades de que trata este inciso, deverão ser encaminhados ao Procurador Geral do Estado para manifestação.

A sindicância prevista no inciso IV corresponde a um procedimento de natureza investigativa, que, além de esclarecer circunstâncias necessárias à análise do pagamento (ou não) de despesas sem o devido lastro contratual, poderá redundar na instauração de processo disciplinar punitivo em desfavor de agente público. A ela, portanto, se aplicam os princípios e regramentos relativos à apuração preliminar prevista no artigo 265 da Lei nº 10.261/68.

26 Atualmente, a Corregedoria Geral da Administração vincula-se à Secretaria de Governo, em razão do advento do Decreto Estadual nº 61.036, de 1/1/2015.

Verifica-se, assim, que a sindicância em apreço não se confunde com a sindicância punitiva prevista no artigo 269 da mesma lei, esta de natureza contraditória e que poderá redundar na aplicação de penalidade administrativa em desfavor de agente público. A primeira, repita-se, é um procedimento prévio, inserido dentro de um contexto onde se objetiva a decisão quanto ao pagamento de uma dada despesa e que poderá, inclusive, servir de fundamento para a instauração de um posterior processo disciplinar.

As considerações acima apontadas aplicam-se igualmente para a sindicância averiguadora prevista na Resolução PGE nº 7, de 2/7/1996. Com efeito, esta prevê orientações direcionadas à Administração nos casos envolvendo decisões do Tribunal de Contas que não imputem multa ou débito, ou indiquem dúvidas quanto a identificação dos responsáveis, dispondo, *in verbis*:

3.1 As decisões do Tribunal de Contas que não imputam débito ou multa ou ensejam dúvidas quanto à identificação dos responsáveis deverão ser encaminhadas à Secretaria de Estado de origem para apuração, através da sindicância, dos eventuais prejuízos causados ao erário e da possível prática de ilícito administrativo ou criminal, comunicando-se oportunamente àquela instituição, e à Procuradoria da Fazenda do Estado, sobre o tratamento dispensado à matéria e as providências adotadas.

3.1.1 No caso das autarquias, fundações e empresas estatais, o expediente também deverá ser encaminhado às Secretarias de Estado, para os mesmos fins.

Verifica-se, aqui também, o nítido caráter preparatório da sindicância em tela, que poderá ensejar desdobramentos em searas diversas. Em que pese tratar-se de procedimento preliminar, a Resolução prevê, em seu item 3.4.1, a necessidade de se conferir o direito ao contraditório e ampla defesa a todos os envolvidos, servidores ou não.

6. Considerações finais

Instrumento de especial relevância para a investigação de irregularidades administrativas, a apuração preliminar constitui-se numa das formas de atuação do controle interno da Administração, na busca de evidências que identifiquem a ocorrência de desvio de conduta no

âmbito do serviço público e de seu autor, além de indicar : (i) medidas saneadoras que evitem a repetição de atos que atentem contra os princípios consagrados no artigo 37 da Constituição Federal; (ii) propostas outras para o aprimoramento da atuação estatal.

O presente trabalho procurou expor alguns dos principais aspectos desse procedimento investigativo, notadamente o seu caráter facultativo, preparatório, não sujeito às regras do contraditório e ampla defesa, e que pode se revestir de natureza sigilosa, desde que presentes elementos que justifiquem a restrição de acesso às informações nele contidas.

Uma das principais abordagens efetuadas foi no sentido de realçar que o trabalho desenvolvido pela autoridade apuradora poderá balizar todas as decisões e procedimentos que a ele se seguirem; seja no ato da autoridade administrativa que acolher o relatório conclusivo da apuração, adotando-o como fundamento de sua decisão; seja no ato de instauração – portaria inicial prevista no artigo 277 da Lei nº 10.261/68 – de eventual processo disciplinar que o suceder²⁷.

Efetivamente, o ato de instauração do processo disciplinar punitivo deverá ater-se especificamente à conduta ilícita individualizada na decisão da autoridade que determinar o início da persecução administrativa; e nem poderia ser diferente, na medida em que o princípio da hierarquia impede que o ato de instauração retrate condutas e fatos diversos daqueles apontados na decisão administrativa, sob pena de se iniciar relação processual eivada de nulidade. Daí infere-se que, no fundo, o relatório da autoridade apuradora é quem delimitará o objeto do posterior processo disciplinar, pois, salvo raríssimas exceções, a

27 O sistema disciplinar previsto no Estatuto Paulista diferencia o ato de determinar a instauração do processo disciplinar do ato que efetivamente o instaura. O primeiro é atribuição da autoridade administrativa – artigos 272 e 274 da Lei nº 10.261/68 – que detém o poder hierárquico sobre o agente público investigado; justamente em razão desse poder, é essa decisão que vai determinar sobre quais fatos concretamente indicados deverá o seu subordinado responder no âmbito do processo disciplinar. Já o segundo ato é aquele que – em cumprimento à decisão da autoridade administrativa e dentro da esfera de cognição estabelecida por esta – dá início ao processo disciplinar, materializando-se por meio da portaria inicial prevista no artigo 277 da Lei nº 10.261/68, devendo ser subscrita por procurador do Estado, diante da atribuição fixada no artigo 271 do mesmo texto legal, além do disposto no artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.183/12 e no artigo 42, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15.

decisão da autoridade administrativa adota a referida peça opinativa como seu fundamento.

Neste contexto, revela-se de vital importância que a apuração, além de descrever a conduta concretamente imputada ao agente faltoso, também indique o valor de eventual prejuízo causado ao erário, já que esta circunstância poderá ser necessária à própria caracterização da materialidade infracional, bem como para avaliação quanto a maior ou menor reprovabilidade da conduta apontada como irregular. A propósito, a fixação do *quantum* servirá, também, para a adoção de providências na esfera civil, numa eventual ação judicial objetivando o ressarcimento ao erário.

Por derradeiro, e muito embora seja pacífico o entendimento de que eventual vício da apuração preliminar não é capaz de contaminar o subsequente processo disciplinar punitivo²⁸, é evidente que deve a autoridade apuradora atentar para que o trabalho seja desenvolvido de forma íntegra, com isenção, focando-se para o objeto da investigação e, na medida do possível, dentro dos prazos estabelecidos na legislação de regência. Na grande maioria dos casos, a apuração ocorre na própria origem, o que implica maior proximidade do apurador com os fatos, permitindo, em tese, maior facilidade na investigação e identificação das condutas infracionais; por outro lado, é natural que aquele também tenha um contato maior com os envolvidos – seja denunciante, testemunha, investigado – o que exige uma maior cautela no sentido de que a condução da apuração seja realizada com a indispensável imparcialidade para que os trabalhos sejam dotados da necessária credibilidade, com a colheita de elementos probatórios que permitam a busca da tão almejada verdade material.

28 Nesse sentido, invocam-se os seguintes precedentes do STF: MS nº 22.122, relator o Ministro Celso de Mello, Pleno, DJe de 19/12/2006; RMS nº 24.526, relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJe de 15/8/2008; e MS nº 25.910, relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 25/5/2012.

Referências bibliográficas

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância à Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública*. 2. ed. Fórum, 2011.

CRETELLA JR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. Atlas, 2011.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. Malheiros, 2012.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Malheiros, 2004.

