

# Problemas pertinentes ao enquadramento jurídico da conduta do servidor público acusado em processo administrativo disciplinar à luz da doutrina e da jurisprudência

Antonio Carlos Alencar Carvalho\*

No processo administrativo disciplinar, uma vez encerrada a fase de instrução, a comissão processante, após concluir pela aparente responsabilidade do agente público acusado, lavra peça acusatória de indicição, embasada em fatos e enquadramentos jurídicos precisos, como exigido pelo capitulado pelo art. 161 da Lei 8.112/1990, contra a qual é articulada a peça defensoria escrita do servidor indiciado.

Questão tormentosa que se tem verificado, todavia, concerne ao prejuízo ocasionado para a defesa do servidor em virtude de o conselho disciplinar, depois de ofertada a defesa por escrito contra as razões acusatórias postas na indicição, resolver modificar a tipificação jurídica da conduta, recomendando pena mais grave do que a decorrente da peça indiciatória.

De grande calado pontuar que, apesar de o acusado se defender de fatos, não de enquadramentos jurídicos, cumpre que a comissão processante respeite a tipificação estabelecida no despacho de indicição, sem se valer de ardis ou surpresas no relatório final, procedendo a uma indevida e incongruente tipificação da conduta do acusado em face dos fatos e provas hauridos do processo, porquanto, se promovida modificação gravosa para o servidor imputado, deve ser aberto prazo para a defesa se pronunciar.

É o quanto enuncia o egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região: “*O acusado em processo administrativo não se defende da tipificação das infrações, mas da prática dos atos que lhe são atribuídos. Todavia, se da modificação advém agravamento da pena, impõe-se sua fundamentação, sob pena de nulidade do ato.*”<sup>1</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho abraça esse juízo quando demarca que, no sistema da Lei 8.112/1990,

o relatório representa as alegações finais do órgão instrutor acusador (Comissão de Inquérito), sujeitas a rígidas exigências legais de motivação (art. 165 da Lei 8.112/1990), porque, em razão da garantia do contraditório, as alegações finais do Estado-acusador devem ser devidamente motivadas, a fim de possibilitar a resposta da defesa.<sup>2</sup>

Evidente que a garantia do contraditório abrange, também, a possibilidade de o acusado rebater a interpretação de fatos contra ele articulados, no que se compreende, portanto, o enquadramento legal da conduta, que pode assumir a posição de tipificar as irregularidades em hipóteses legais de incidência diversas, as quais podem capitular infrações mínimas passíveis de advertência ou graves, sujeitas à demissão.

Não é segredo que as autoridades julgadoras, comumente, adotam, como razão de decidir os processos administrativos disciplinares, o teor do relatório formulado pelo conselho processante, motivo pelo qual não é secundário nem irrelevante deferir ao servidor processado a chance de expor suas razões acerca da tipificação dos fatos, se ela foi modificada, sem seu conhecimento, depois da indicição, no relatório, porque a medida pode acobertar ardid ou expediente astucioso do colegiado disciplinar voltado a prejudicar o funcionário e agravar-lhe a situação, quando do julgamento, sem permitir o exercício da reação defensoria prévia pertinente. Cuida-se de ação temerária, vedada pela lei às partes do processo administrativo (art. 4º, III, L. 9.784/1999).

Com efeito, a Lei Federal 9.784/1999 reza que, no processo administrativo, a Administração Pública, na pessoa de autoridades e servidores dela, deve atuar segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé (art. 2º, parágrafo único). Trata-se do princípio da lealdade processual (art. 4º, II, L. 9.784/1999), imposto

\* Procurador do Distrito Federal, Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, pós-graduando em Direito Público e Advocacia Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (antonioscarlos.direito@click21.com.br).

<sup>1</sup> AC 96.01.02558-8 /DF; relator o Desembargador Federal Aloisio Palmeira, 1ª Turma, DJ de 15/10/1998, p. 12.

<sup>2</sup> FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 256.

pelo diploma legal na sede administrativa tanto para Administração Pública como para os administrados, de sorte que uma parte não deve agir sorrateiramente, para surpreender a outra, inclusive agindo em sentido contrário ao daquele previamente manifestado no feito (*venire contra factum proprium*), modificando a linha acusatória de forma fortuita e como expediente desleal, para dificultar a defesa.

Servidores integrantes de comissão disciplinar e autoridades administrativas devem facilitar o exercício dos direitos do acusado e lhe tratar respeitosamente (art. 3º, I, L. 9.784/1999), o que termina negado com o ardil do conselho instrutor de criar surpresas processuais, armadilhas, inovações no relatório, tendentes a prejudicar a atividade defensiva, sem oportunidade de reação do indiciado.

### Enquadramento jurídico errôneo na indicição

Conquanto se anime de aparente justeza o velho entendimento jurisprudencial de que o acusado se defende contra fatos, não contra enquadramentos jurídicos, a realidade é que a garantia de ampla defesa muitas vezes é comprometida pelo expediente de a comissão processante proceder a uma indevida tipificação legal da conduta do servidor indiciado, agravando-lhe as conseqüências no campo disciplinar, especialmente porque a discricionariedade na aplicação do direito administrativo material punitivo não pode redundar em abusos no que concerne a interpretações jurídicas.

Não é possível que os idênticos fatos pertinentes a uma mesma conduta sejam tipificados, aleatoriamente, como incursos no delito disciplinar resultado do desacato ao dever de exercer com zelo e dedicação as atribuições funcionais (art. 116, I, L. 8.112/1990), passível de advertência (art. 129, L. 8.112/1990), ou no de proceder de forma desidiosa (art. 117, XV, L. 8.112/1990), apenado com demissão (art. 132, XIII, L. 8.112/1990).

Os pressupostos de fato das infrações funcionais em comento são diferenciados, de maneira que o servidor tem o direito de rechaçar as conclusões, derivadas do componente fático de seu comportamento, que considere indevidas, sob a ótica da respectiva tipificação legal, que pode fazer a diferença entre a perda ou não do cargo público do acusado ou de sua aposentadoria.

Tanto que A. A. Contreiras de Carvalho censura a imprecisão no enquadramento da conduta ilícita do servidor público e a série de divergências de propostas de julgamento que se contemplam nas diversas opiniões manifestadas nos autos quando se ouvem vários órgãos consultivos, como a comissão processante, a autoridade administrativa originária, o serviço de pessoal, o órgão jurídico e o antigo Dasp, em que um mesmo caso teve a proposição desde a absolvição até a demissão do acusado por igual fato.<sup>3</sup>

A opinião é endossada por Miguel Seabra Fagundes, o qual sentencia que *a violação da lei se consuma por meio da má interpretação dos preceitos normativos e pela conseqüente indevida aplicação do direito*.<sup>4</sup>

Demais, é fundamental lembrar que amiúde a autoridade julgadora se embasará nos motivos de fato e de direito apresentados pela comissão processante para julgar o processo administrativo disciplinar, notadamente nos autos com centenas e às vezes milhares de páginas.

### Lançamento de fatos novos acusatórios na indicição, não compreendidos no conjunto das provas até então produzidas

A indicição deve ser formulada com a descrição dos fatos e das provas que respaldam o juízo acusatório formulado, de modo que, se ela se baseia em novos elementos não reunidos ao longo da instrução processual originária, mas produzidos posteriormente como uma prova testemunhal ou pericial emprestada, um documento inédito surgido e posto à disposição da Administração Pública, dentre outras hipóteses, deve ser deferida, previamente, a garantia de ampla defesa e de desforço instrutório em favor do acusado, como o confirma Romeu Felipe Bacellar Filho ao sentenciar que, se forem ventilados fatos ou argumentos novos na peça de indicição que não foram objeto da instrução anterior, deverá ser reaberta a fase instrutória, com a

<sup>3</sup>CARVALHO, A. A. Contreiras de. *Estatuto dos funcionários públicos interpretado*. 2ª ed., São Paulo e Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, vol. II, 1961, p. 223.

<sup>4</sup>FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4ª ed. atual, Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 154.

oitiva do acusado e com o deferimento a ele do direito de propor a realização de novas provas.<sup>5</sup>

## Punição do indiciado por fatos não descritos na indicição

Sendo a indicição o momento processual em que a comissão, depois de colher as provas, formula um juízo acusatório contra o servidor, apontando-lhe os fatos e fundamentos probatórios pertinentes, inequívoca a finalidade da peça indiciatória de facilitar o exercício do direito de defesa pelo funcionário processado, permitindo-lhe ofertar razões contra as conclusões em torno de sua culpabilidade e de propor provas e contraprovas para ilidir a censura que lhe foi lançada pelo conselho instrutor, o que nada mais reflete senão o dever de respeito às garantias constitucionais do contraditório e da defesa ampla na sede do processo administrativo disciplinar.

Ora, se o servidor vem a ser punido por fato acusatório nem sequer retratado na peça de indicição, as garantias de defesa ampla e de contraditório que lhe assistiam restam prejudicadas, na medida em que, apesar de poder ter apresentado peça escrita defensiva por si, por seu procurador constituído ou por defensor dativo, o desforço defensivo gravitou sobre outros fatos, enquanto a pena disciplinar veio a ser imposta por fundamentos fáticos desconhecidos do acusado, sobre os quais não se lhe deferiu, na verdade, a oportunidade de reação processual, de refutar as razões desfavoráveis, de propor provas e contraprovas no sentido da sua inocência, relativamente aos efetivos elementos fáticos que vierem a ser o substrato do juízo condenatório.

Uma situação como essa não passa de simulacro de ampla defesa e contraditório, como espécie de um “drible” da Administração Pública à exigência constitucional de conceder efetiva chance de o servidor acusado se defender dos fatos e conclusões acusatórias que vêm a respaldar a punição imposta.

Não é de balde que a Lei 8.112/1990 exige que a indicição minucie, especificamente, as provas e fatos argüidos em desfavor do funcionário indiciado (art.

161, *caput*, L. 8.112/1990), senão em vista de lhe permitir o conhecimento do libelo e seus fundamentos, a fim de que possa contra-agir processualmente.

Nesse sentido julgou o e. Tribunal Regional Federal da Primeira Região: “Os princípios da legalidade e da ampla defesa exigem que a indicição, em processo administrativo disciplinar, descreva, exatamente, os fatos imputados e a falta cometida, a fim de que o acusado deles tome ciência e nele concentre a sua defesa. Punida a autora por fato não constante de sua indicição formal, no processo administrativo disciplinar, o respectivo processo e punição dele decorrentes restam inquinados de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, assegurado constitucionalmente (art. 5º, LV, da CF/1988). Inexistindo prova suficiente dos fatos objeto da indicição da autora, impõe-se a conclusão de que impossível aplicar-lhe, seja a pena de cassação do exercício profissional, seja a pena de censura”.<sup>6</sup>

Sebastião José Lessa cita julgado do colendo Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> que anulou demissão, imposta a servidor público acusado de se valer do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública, devido ao apontado uso de métodos e índices supostamente incorretos quando da elaboração de cálculos de atualização de dívida, objeto de acordo extrajudicial celebrado entre autarquia federal e construtora particular. O feito foi anulado porque reconhecido cerceamento de defesa, visto que, no curso do feito disciplinar, fora discutido apenas o fato de o acusado ter ou não agido com desídia, sem se questionar se a empresa teria ou não logrado proveito, sendo este o motivo do ato demissório.<sup>8</sup> O mesmo autor ainda invoca acórdão do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup> em que se anulou a penalidade imposta a servidor público, consumada por fato diferente do exposto na indicição, porquanto esta foi lastreada nas faltas funcionais diversas das invocadas no ato de punição disciplinar<sup>10</sup>, aí residindo nulidade: “Tem o réu o direito de saber qual é a nova acusação,

<sup>5</sup> FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 324.

<sup>6</sup> AC 94.01.16951-9/DF, relatora a Desembargadora federal assuete magalhães, 2ª Turma, DJ de 06/11/1995, p. 75.776.

<sup>7</sup> RMS 24.699/DF, relator o Ministro Eros Grau, DJ 01/07/2005.

<sup>8</sup> LESSA, Sebastião José. *Temas práticos de direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 73-74.

<sup>9</sup> MS 22.939-8/CE, relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 06/04/2001.

<sup>10</sup> Idem, *op. cit.*, p. 46-47.

pois pode defender-se dela e lograr absolvição quanto à nova imputação" [...] na ocorrência da *mutatio libelli*, o acusado deve ser chamado a defender-se sobre a nova imputação."<sup>11</sup>

*Lamentavelmente, ainda se vê na Administração Pública a praxe de a acusação formulada na indicição ser modificada, nos seus fundamentos fáticos e jurídicos, quando elaborado o relatório, ou em pareceres e informações posteriormente lançados por órgãos de assessoramento jurídico ou corregedorias, sem a correspondente abertura de prazo para a defesa se pronunciar sobre os fatos e libelos novos argüidos em caráter de surpresa, o que caracteriza odioso cerceamento de defesa e expediente atentatório da boa-fé que deve pautar as ações dos servidores que intervêm em processos administrativos disciplinares.*

Simplemente se afirma que o servidor teve o direito de falar na defesa escrita. E que se cale depois. Mas a Administração Pública, a seu turno, contudo, poderia supostamente inovar nas acusações, provas e fatos mais tarde invocados para a imposição da penalidade disciplinar, ainda que não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, garantias fundamentais que nada mais seriam do que velhas letras no papel da Constituição aos olhos de certos órgãos administrativos corregedores e comissões processantes, facilmente contornados por expedientes inaceitáveis como o descrito acima.

Não raro, ainda, o servidor público se vê forçado a enfrentar novas interpretações jurídicas, em sentido diferente, dos mesmos fatos, agravando-lhe a situação, quando não simplesmente extraídas conclusões acusatórias sem respaldo nas provas dos autos, simplemente para permitir a punição do acusado.

Se o advogado do servidor não acompanhar a tramitação posterior ao oferecimento de defesa contra a indicição, é provável que expedientes ofensivos às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como as narradas, somente sejam descobertas depois da publicação da penalidade disciplinar, às vezes uma demissão ou uma cassação de aposentadoria indevidas, quiçá lastreadas nessa burla cometida pelos órgãos corregedores ou comissões disciplinares. Ainda mais quando se trata de feito com 2.000, 3.000, 4.000

folhas ou mais, cujo teor nem sequer é lido pela autoridade julgadora.

É para essas situações gravosas ao direito do funcionário acusado que se aconselha a via do recurso administrativo hierárquico cabível, além das petições ou memoriais às autoridades julgadoras ou a seus órgãos de consultoria jurídica, com vistas a invocar o reconhecimento do cerceamento de defesa. Se não admitido o gravame processual, deve o acusado recorrer ao Poder Judiciário para propor a nulidade do processo administrativo disciplinar viciado.

Destaque-se. A abertura de processo administrativo disciplinar pressupõe um juízo favorável à existência de aparente responsabilidade administrativa de determinado servidor, de forma que a portaria ou decreto de instauração envolve uma acusação inicial, todavia formulada quando ainda não esclarecidos ou mais bem complementados aspectos dependentes das provas que serão produzidas na fase processual instrutória, acompanhada e por ele fiscalizada e da qual o funcionário acusado poderá tomar parte, aduzindo suas razões e justificativas, quiçá ponderáveis, propondo a realização de novas provas ou de contraprovas, a fim de refutar as conclusões que lhe são desfavoráveis.

Por esse motivo que o rito processual estipula uma fase própria, em que um colegiado independente e imparcial, que terá colhido as provas, apreciará todo o conjunto fático e probatório dos autos para confirmar ou alterar, no todo ou em parte, a acusação inicialmente estabelecida, agora com elementos ainda mais sólidos de convencimento, de maneira que não só é possível como compatível com a sistemática do processo administrativo disciplinar, no modelo da Lei Federal 8.112/1990, que ocorra eventual modificação do libelo inicialmente articulado, ajustando-o aos elementos hauridos da instrução, possivelmente com novos dados desconhecidos quando da abertura do feito apenador.

Romeu Felipe Bacellar Filho, a propósito, nota que a comissão detém a prerrogativa de formular novo juízo acusatório, diverso do inicialmente apresentado, depois do término da instrução processual.<sup>12</sup>

<sup>12</sup>FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 239.

Igualmente, Léo da Silva Alves defende a possibilidade de a comissão indiciar o acusado por fato não previsto na portaria inicial.<sup>13</sup>

O Superior Tribunal de Justiça também solidificou o juízo pela possibilidade de o enquadramento da conduta do servidor, quando elaborado o despacho de indicição, ser diverso daquele formulado na portaria inicial.<sup>14</sup>

A única ressalva, porém, é de que deve ser respeitada, com rigor, a garantia de ampla defesa e contraditório, como o estabeleceu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao decidir que, *na hipótese de mudança da acusação inicial (no caso concreto embasada na prática de abandono de cargo e inassiduidade habitual), a punição por fato diverso (improbidade administrativa) será nula se não reaberta oportunidade para defesa pertinente*<sup>15</sup>, medida confirmada por Romeu Felipe Bacellar Filho ao sentenciar que, promovida mudança da antiga acusação no despacho de indicição, em que se retipifique o ilícito administrativo ou se gradue de forma diversa a penalidade proposta, fica deferida ao acusado ocasião de justificar pleito pela reabertura da fase instrutória e proposição de novas provas.<sup>16</sup>

Forçoso epigrafar que não se pode aceitar o expediente desleal da comissão disciplinar de, depois de apresentada a defesa pelo acusado em face do teor das acusações formuladas na indicição, serem argüidas imputações e fatos irregulares inéditos, no corpo do relatório final, com imediata remessa para julgamento pela autoridade competente, sem prévia oportunidade de defesa para o servidor imputado.

<sup>13</sup> ALVES, Léo da Silva. *Processo disciplinar em 50 questões*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 107.

<sup>14</sup> “Conforme dispõe a unissona jurisprudência deste Tribunal, o indiciado defende-se dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação legal na qual restou incursionado. Despicienda a tentativa de macular o compêndio, ao argumento de que no despacho de instrução e indicição a comissão alterou o enquadramento constante na portaria inaugural, incursionando o servidor em outro dispositivo legal. De acordo com o artigo 161 da Lei 8.112/1990, somente após a fase instrutória é que a infração deve ser tipificada, devendo ser formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e respectivas provas.” (MS 7157/DF; DJ de 10/03/2003, p. 82, relator o Min. GILSON DIPP, 3ª Seção).

<sup>15</sup> AC – 171093, Processo 9604564285/RS, 4ª Turma, decisão de 12/09/2000, DJU de 10/01/2001, p. 260, relator o Desembargador federal a. a. ramos de oliveira.

<sup>16</sup> Obra citada, p. 255.

Reside aí cerceamento de defesa incontestável, haja vista que é direito do processado, decorrente das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, rebater fatos e argumentos desfavoráveis que lhe sejam opostos, inclusive para o fim de requerer a produção de novas provas ou de contraprovas pertinentes.

Se a autoridade decide o feito com fulcro em fatos e acusações novas, sobre os quais não se deu ensejo de manifestação defensiva ao acusado, porque deduzidos somente no relatório final da comissão, restará nula a penalidade imposta, salvo se for comprovado que se cuida de acervo fático sobre o qual já houve expresso pronunciamento do servidor imputado nos autos do processo administrativo disciplinar, o que afastaria o prejuízo para a defesa.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *“Descabido o alegado cerceamento de defesa pela ausência de manifestação do acusado quanto aos pareceres lançados após o relatório final da Comissão Processante pois a Portaria de demissão não se baseou em tais peças, mas fundamentou-se nas provas colhidas na ação disciplinar.”*<sup>17</sup>

Agora, é deferido à comissão processante formular novas acusações, depois do relatório, desde que elabore um aditamento ou alteração da indicição anterior, deferindo prazo legal para apresentação de nova defesa escrita e posterior lavra de relatório conclusivo. O que descabe é suprimir a garantia de o processado responder a acusações inovadoras articuladas depois da resposta do acusado ao teor da indicição originária.

A propósito, já advertia José Armando da Costa que constitui causa de nulidade absoluta do processo disciplinar o julgamento estruturado com base em fatos ou alegações inexistentes no despacho de instrução e indicição<sup>18</sup>, pois este, *“articulando os fatos e as provas contra o indiciado, estabelece os limites possíveis de sua condenação [...] nem a comissão poderá extravasar do contexto das acusações articuladas, nessa peça formal*

<sup>17</sup> MS 9719/DF, relator o Ministro Gilson Dipp, 3ª Seção, julgamento de 24/11/2004, DJ de 06/12/2004, p. 190.

<sup>18</sup> COSTA, José Armando da. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 3ª ed. rev. atual. e ampl., Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 341, 343.

*indiciatória, contra o servidor imputado. Se o servidor indiciado deve direcionar o seu esforço de defesa ao derredor das acusações que lhe são feitas no despacho de instrução e indicição, não será legítimo o julgamento da autoridade que o condene por fato não previsto em tal instrumento de conclusão indiciatória. Podemos, por conseguinte, elucidar que é nulo o processo disciplinar que contenha condenação que se funde em fato não sintetizado nessa peça acusatória.*"<sup>19</sup>

Rememore-se que é direito do acusado formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais deverão ser objeto de consideração pelo órgão julgador (art. 3º, III, c.c. art. 69, Lei Federal 9.784/1999).

Romeu Felipe Bacellar Filho consigna que: "*Abre-se a fase de defesa, momento em que se propicia a contestação da acusação formulada pela Comissão. No entanto, se a acusação for alterada (nova tipificação ou mudança na graduação da pena), dependendo da análise dos fatos nela contida, será necessária a reabertura da fase probatória. Assim, a fase probatória estende-se tanto à fase legal de instrução como a de defesa.*"<sup>20</sup>

## Conclusões

---

Do exposto, conclui-se que: 1) em nome das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deve ser respeitado o direito do acusado em processo administrativo disciplinar de previamente se pronunciar sobre a retipificação jurídica da conduta na hipótese de mudança das teses acusatórias no relatório ou em pareceres e informações lavrados após a indicição, reabrindo-se, se o caso, a oportunidade até mesmo de produção de provas pela defesa, sob pena de nulidade por cerceamento da atividade defensiva, se o julgamento se embasar em fatos ou interpretações mais gravosas ao servidor sem lhe deferir ensejo de pronunciamento anterior; 2) o controle jurisdicional pelos Tribunais pátrios tem avançado no rigoroso controle do exercício real do contraditório e da ampla defesa no processo sancionador desenvolvido pela Administração Pública, no qual não se admite o manejo

de expedientes divorciados dos mandamentos de lealdade e boa-fé processual, com a surpresa prejudicial ao acusado em face de novas teses acusatórias e fatos após elaborada a peça de defesa escrita diante dos termos precisos da indicição.

---

<sup>19</sup> Idem, *op. cit.*, p. 241.

<sup>20</sup> FILHO, Romeu Felipe Bacellar. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 238.