

(In)Comunicabilidade da Sentença Penal no Processo Administrativo Disciplinar

Elbert da Cruz Heuseler

Mestre em Direito da Administração Pública pela UGF. Professor de Direito Administrativo do CEPAD e no Curso de Pós-Graduação em Direito Público e Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

PROCEDIMENTO OU PROCESSO ADMINISTRATIVO?

Ao pretendermos estudar o tema acerca do processo administrativo disciplinar (PAD), deparamos com uma primeira necessidade, que é estabelecer o conceito de processo administrativo, de modo que possamos ter uma noção inicial de como se situa o tema na doutrina, estabelecendo uma principiologia necessária ao nosso estudo.

Entretanto, ao tentarmos conceituar o processo administrativo *lato sensu*, nos deparamos com várias linhas de pensamento, principalmente no sentido de não aceitar a definição do tema como processo, mas como procedimento. A controvérsia de conceitos no direito brasileiro já é muito antiga. No entanto, tomando uma ou outra linha de conceituação, não podemos nos furtar de admitir que, em ambos os casos, busca-se estabelecer a apuração de fatos que têm relevância para a Administração.

Processo e procedimento são termos que remontam ao direito romano. O termo processo advém do latim *procedere*, que significa seguir adiante, ou seja, é o exercício efetivo de uma atividade

destinada a um determinado fim. Juridicamente, é a obtenção da proteção jurídica, mediante a intervenção de órgãos do Estado, para a pacificação das relações jurídicas já estabelecidas pelo direito material.¹ Por outro lado, o procedimento é a maneira e a forma com que são desenvolvidos os atos do processo, conforme se pode depreender do conceito firmado por Moreira Neto.²

O tema da caracterização do processo e de sua distinção dos institutos afins, como o procedimento, é objeto da Teoria Geral do Processo. Esta, a partir da noção do monopólio da jurisdição (pressuposto do Estado de Direito), durante um certo período, considerou interdependentes as noções de jurisdição e processo, pelo que não concebia jurisdição sem processo e vice-versa. Com isso, tinha-se como conclusão necessária a idéia de que fora do exercício da função jurisdicional, ou seja, do Poder Judiciário, não poderia haver processo, apenas procedimentos³.

A concepção publicista do processo, em que a ação é tida como direito independente do direito material, permitiu o deslocamento da preocupação científica com foco na jurisdição para a preocupação político-social centrada na função estatal. De outro lado, a noção de processo como relação jurídica, no qual são exercidos poderes, ônus, deveres e faculdades, libertou-o da perspectiva estreita de simples sucessão ordenada de fatos. Essa nova postura teve acolhida no Direito Administrativo, pois este, já liberto da visão dicotômica: Administração x Administrado, passou a atentar para a necessidade de aproximação entre sociedade e Estado. Também percebeu que é necessário controlar o processo de realização dos atos administrativos, para que estes respeitem efetivamente as garantias e direitos dos cidadãos.

¹ Segundo DINAMARCO, "o processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder)". (DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 279).

² "Procedimento é um encadeamento de atos, em que o antecedente é condicionante do conseqüente, convergentes para um fim comum, guardando, embora, cada um deles, sua autonomia, conformando um processo no seu todo". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 114).

³ Processo é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 11)

O processo é um mecanismo de garantia, por isso sua noção é essencialmente teleológica, vinculada ao fim de todas as funções estatais, que é o interesse público. Assim, em sentido amplo, abrange os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado - Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins, conforme ensina Di Pietro⁴. Cada qual, desempenhando funções diversas, se utiliza de processo próprio, cuja fonte criadora é a própria Constituição, sentido este que lhe confere a Teoria Geral do Processo e, por isso mesmo, é o que deve ser levado em conta pelas demais áreas da técnica jurídica. Pois é importante que exista no meio jurídico rigor conceitual. Até porque muitas são as impropriedades do uso do termo "processo", tanto pela legislação, como pela própria doutrina, um exemplo é seu uso referindo-se aos autos processuais.

Visto que o processo está presente em todos os poderes do Estado, não está nele a nota distintiva entre as funções estatais, mas nas próprias peculiaridades de cada função. Desse modo, cabe ao Direito Administrativo o estudo das peculiaridades da processualidade administrativa, que se mostram na função administrativa, não no processo. A distinção da mesma com relação à função legislativa é pacífica, pois a esta cabe editar leis e àquela cabe sua execução. No entanto, com relação ao Judiciário e à Administração existem algumas dificuldades, pois diz-se que ambos cumprem a lei. Inclusive, diz-se que a Administração cumpre a lei de ofício e o Judiciário, mediante o processo. Mas, se ambos atuam através deste, não está nele, como visto, a nota distintiva.

Para a distinção entre função administrativa e jurisdicional igualmente foram propostos vários critérios: a) do *fim*, pelo qual a jurisdição busca satisfazer o interesse das partes, enquanto a Administração o interesse público. Porém o caráter público da primeira demonstra que este também é seu fim; b) *orgânico*, pelo qual jurisdição é a atividade do Judiciário e administração do Executivo. Todavia, não existe separação absoluta entre as funções dos três Poderes; c) da *unilateralidade*, que existe na Administração, aliada à desigualdade dos sujeitos, enquanto que na jurisdição há bilateralidade

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1992, p. 343.

e igualdade entre os mesmos. Entretanto a Administração também pode figurar como parte interessada, quando terá tratamento paritário com relação ao particular, tendo ônus e deveres no processo; d) o da *inércia*, que diz atuar a Administração de ofício e a jurisdição, não. Porém, aquela também atua por provocação.

Presentemente, considera-se que a distinção reside em dois pontos básicos, que caracterizam a função jurisdicional, quais sejam: o caráter substitutivo da mesma e seu escopo jurídico de atuação do direito, os quais não estão presentes na Administração⁵.

A relação processual estabelecida no exercício da jurisdição é de natureza triangular, pois nela atuam as partes e o juiz. Aquelas em condição de igualdade entre si, mas não com relação ao juiz, que é estranho aos interesses das partes. O juiz atua sempre com poder de sujeição sobre as partes, que é legitimado pelas garantias do devido processo legal, especialmente as do juiz natural, de independência e imparcialidade. Porém, o caráter público da jurisdição aponta a existência de um interesse público no seu exercício e esse é o escopo de atuação do direito, de conferir eficácia e obrigatoriedade ao ordenamento jurídico do Estado. Isso especificamente para que os conflitos sejam pacificados de modo justo, pois sem justiça não se sustenta a paz.

Na Administração a pacificação de conflitos não é uma questão central, o é a prestação de serviços, a ordenação de atividades privadas mediante o poder de polícia, o fomento de atividades que realizem o interesse público e outras, mas não de forma à pacificação de conflitos. Por isso a Administração não é imparcial como o juiz; é gestora do interesse público e atua na defesa deste, embora obedeça ao princípio da igualdade ou isonomia. Desse modo, maior é a importância da adoção do processo no campo administrativo.

Dessa noção segue-se a de que partes são aqueles que estão em estado de sujeição perante o juiz. Por isso, tem-se evitado usar no processo administrativo o termo "parte". De forma específica utiliza-se termos como licitantes, candidatos e contribuintes e, de modo

⁵ A jurisdição pode ser conceituada como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça" DINAMARCO, Cândido Rangel e outros. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129).

genérico empregam-se as expressões sujeitos ou interessados. Como o primeiro vocábulo remete à noção de sujeito de direito subjetivo, preferiu-se o segundo, que, aliás, foi adotado pela Lei federal 9.784 de 1999.⁶

Diante de tais considerações, concluímos que no Direito Administrativo o conceito de processo, tal qual é colocado pelos processualistas, não poderia ter aplicabilidade, uma vez que a administração não detém jurisdição. Todavia, não nos parece difícil aceitar que a expressão processo administrativo está amplamente aceita e difundida no meio acadêmico e no jurisprudencial, de tal sorte que o próprio legislador adotou essa denominação ao tratar especificamente da matéria. Ademais, o próprio constituinte fez referência expressa ao processo administrativo em alguns dispositivos, por exemplo: art. 5º incisos LV, LXXII, "b", e 41 § 1º, inciso II, da CRFB.

Feitos estes esclarecimentos iniciais, optamos por adotar a expressão processo administrativo, com todo respeito aos processualistas, de modo a desenvolvermos o tema em consonância com a nomenclatura adotada na Constituição da República e na legislação infraconstitucional.

Isto posto, podemos conceituar o processo administrativo, em sentido amplo, como "uma série de operações jurídicas que preparam a edição do ato administrativo, permitindo que o Estado atinja seus fins através da manifestação da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por iniciativa do administrado, funcionário público ou não"⁷.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

Apresentado o primeiro conceito fundamental - de processo administrativo - devemos agora ampliar o assunto, de forma que alcancemos, por fim, o conceito do processo administrativo disciplinar. Para tanto, há necessidade de superarmos um primeiro *step*, a questão disciplinar. Neste desiderato, há algumas ponderações a serem apresentadas.

⁶ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe na sua ementa: "Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal".

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. II, p. 271.

A fim de manter a ordenação adequada do serviço público e para assegurar o cumprimento das obrigações por parte dos seus agentes, é assegurado à Administração o Poder Disciplinar, que vem a ser o poder conferido à Administração para organizar-se internamente, aplicando sanções e penalidades aos seus agentes por força de uma infração de caráter funcional.

O Poder Disciplinar tem origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público⁸, assegurando a ordem interna, a conduta de seus agentes e o regime hierárquico.

A expressão "servidor público" abrange três pessoas: a) o funcionário público, que é o servidor que titulariza um cargo, sob regime estatutário; b) o empregado público, que é o servidor que titulariza um emprego, sob um regime celetista diverso daquele empregado na iniciativa privada; e o c) contratado em caráter temporário, que é aquele contratado diante de uma situação excepcional de interesse público. Atualmente se tem optado por nominar de Agentes Administrativos os antigos funcionários públicos.

Todas as pessoas envolvidas na expressão "agentes públicos", portanto, estarão sujeitas ao poder disciplinar da Administração. Só serão submetidas a sanções, entretanto, quando a infração for funcional, ou seja, infração relacionada com a atividade desenvolvida pelo agente público.

O exercício do poder disciplinar é um ato discricionário, visto que o administrador público, ao aplicar sanções, poderá fazer um juízo de valores⁹. No entanto, não há discricionariedade ao decidir pela apuração da falta disciplinar, sob pena de cometimento do crime de condescendência criminal¹⁰, o que não obriga, necessariamente, a aplicação de uma punição disciplinar ao servidor. Sempre

⁸ CAETANO, Marcello. *Do poder disciplinar no direito administrativo português*, 1932, p. 25, *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro. Forense: 1987, v. II, p. 283.

⁹ Artigo 128, da Lei nº 8.112/90 - Estatuto do Servidor Público da União: "Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais".

¹⁰ Artigo 320, do Código Penal: "Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: pena - detenção, de 15 dias a 1 mês, ou multa".

que o administrador for decidir se será ou não aplicada a sanção, deverá motivá-la de modo que se possa controlar a regularidade de sua aplicação. Da mesma forma, o administrador que deixar de aplicar sanção deverá motivar a não-aplicação da mesma.

Para a consecução desses objetivos a Administração se vale do processo administrativo disciplinar ou, mais comumente chamado, processo disciplinar, que é o instrumento pelo qual se busca a tutela da hierarquia e disciplina no serviço público.

AS FINALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Para que ocorra uma perfeita simetria com os ditames da Constituição, na apuração das transgressões disciplinares, devem ser observadas quatro finalidades básicas:

Em primeiro lugar, a punição é a nota característica da norma jurídica, haja vista que não há que se falar em violação de obrigação sem se falar em sanção. A sanção talvez seja o traço diacrítico quando confrontamos a norma de comportamento jurídico com a norma de comportamento ético. É na realidade com a efetividade da sanção que se faz concretizar a norma jurídica à situação ética de fato. Então a punição é a própria sanção que está disposta na norma jurídica e a primeira realização da conduta, como a conseqüente punição, é a concretização da norma jurídica. O desejável é que ela funcionasse.

O desafio para o estudioso do direito era que a punição funcionasse sem que a norma jurídica fosse aplicada, sem precisar ser lembrada; que os homens vivessem harmonicamente; e que as soluções dos conflitos, em especial aquelas heterônomas, próprias ao mundo do direito, não fossem necessárias. Mas, na realidade, as coisas não se passam assim. E é por isso que a forma mais excelsa de manifestação da norma jurídica é a aplicação da sanção e, no nosso caso em particular, a aplicação da punição disciplinar, que é a primeira finalidade do processo administrativo disciplinar punitivo, ou seja, ensejar a incidência da sanção que está, como natural, na própria preconização da norma jurídica.

Em segundo lugar, a punição também preenche uma outra finalidade, a da satisfação social. Sabemos que as normas jurídicas

devem representar anseios da sociedade. A sociedade cria em determinados momentos, em determinados espaços, padrões de comportamento aos quais faz com que sejam aderidas determinadas reações do ordenamento. A sanção ou a punição surge exatamente como a satisfação que se dá ao corpo social do qual foi emergente aquela norma jurídica. Assim, a segunda finalidade da apuração disciplinar reside exatamente na satisfação que se dá ao jurisdicionado, ao administrado, aquele que é objeto da atividade da Administração.

Em terceiro lugar, a sanção deve também, no mundo da psicologia, com reflexo no mundo do direito, funcionar como um preventivo. A própria existência da sanção deve servir de lição para que o comportamento ilícito não aconteça. É uma finalidade muito mais recomendatória do que sancionatória, muito embora para a sua infelicidade há de ser muito mais sancionatória.

E, por último lugar, a aplicação da sanção tem que haver com o efeito que se pode denominar como educativo ou recuperador. Deseja-se que com a aplicação da pena se crie naquele que cometeu a lesão e naqueles que ao seu lado gravitam, a idéia de que aquela conduta foi inadequada e que ele deve se adequar a um padrão social e que, conseqüentemente, determinado padrão de comportamento deve ser evitado.

Essas são as quatro finalidades básicas de todas as apurações de transgressões disciplinares. O que efetivamente se conclui é que a aplicação de qualquer que seja a natureza da punição, se constitui em uma constrição em direitos fundamentais da individualidade.

Todos esses quatro objetivos são socialmente relevantes, mas todos eles individualmente são dolorosos. A cada dia verificamos que a realidade do mundo do direito não está na realização do bem-estar social, mas sim do bem-estar individual. É na virtualidade das nossas realizações e de nossas aptidões individuais que se situa o ordenamento jurídico. A busca da felicidade de cada um de nós é mais importante do que a felicidade de todos em conjunto. Nesse sentido, falta a sensibilidade de entender a natureza, anteriormente apresentada, da necessidade de impor um castigo a um dos nossos semelhantes.

A SANÇÃO DISCIPLINAR

A sanção no direito penal incide num dos bens, que ao lado do direito à vida - direito supremo -, situa-se quase como tal, que é o da liberdade. A liberdade do indivíduo tem a sua origem na própria origem do homem. Conseqüentemente, toda e qualquer medida de restrição à liberdade se apresenta de forma dolorosa e o direito penal foi bastante sensível a esse tema. Daí as escolas terem se apresentado no curso do tempo sempre muito preocupadas em propor soluções jurídicas que funcionem como alternativas à aplicação de penalidades restritivas de liberdade.

Sem nos alongarmos nessa temática, é importante considerar que a preocupação do operador do Direito Penal deve ser olhada pelos estudiosos do Direito Administrativo da mesma forma, até porque, se considerarmos a hipótese de que só há uma Ciência do Direito, de que ela é única, devemos ver que aquilo que é sustentáculo do Direito Penal deve ser também verificado aqui no Direito Administrativo.

Nesse sentido, devemos considerar que parece ser imprescindível que tenhamos sempre a aplicação da sanção como exceção. O ideal é que o aparato sancionatório estatal não precise ser acionado. A partir dessa consideração básica, podemos sugerir quatro linhas de princípios que poderiam ser observados nos processos punitivos.

A insignificância da ofensa, que é uma realidade no Direito Penal, deve coexistir no Direito Administrativo, de maneira que o administrador se convença, neste caso, de que não compensa pôr a máquina estatal em funcionamento. É claro que a primeira indagação que se faz é em relação ao afastamento do princípio da legalidade, princípio este que é fundamental, cardeal, de toda a atividade da Administração Pública e como então não aplicar todos os rigores da lei pela simples razão da insignificância da ameaça ou da lesão? No mesmo sentido, como deixar de observar os princípios da disciplina e da hierarquia em todos os ramos do serviço público e, em especial, em relação aos militares, os quais, por oportuno, têm tratamento diferenciado na Constituição da República?¹¹ Pensamos que

¹¹ HEUSELER, Elbert da Cruz. *Processo Administrativo Disciplinar Militar à luz dos Princípios Constitucionais e da Lei nº 9.784*, de 1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

os princípios, também fundamentais, da razoabilidade e da proporcionalidade que regem a atividade administrativa podem e devem ser levados em consideração.

O funcionamento da máquina estatal é um cometimento indeclinável e vinculativo, mas, ainda assim, observada a razoabilidade e a proporcionalidade. Se o funcionamento punitivo da máquina estatal ultrapassa em seus cursos ou em seus efeitos aquilo que é a provocação, é insensato deflagrar toda uma atividade persecutória que é o processo administrativo disciplinar para a pacificação de um pequeno dano à administração, seja ela civil ou mesmo militar.

FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Os estatutos dos servidores, de uma maneira geral, prevêm a submissão do servidor ao processo administrativo disciplinar em razão do cometimento de uma conduta atentatória aos deveres, proibições, e genericamente do desrespeito a preceitos de natureza ética decorrentes, inclusive, de fatos apurados em processo penal. Por isso, a hipótese de que um servidor acusado de ato que atente, por exemplo, contra a lealdade à instituição em que serve¹², fato apurado implicitamente em processo penal, não poderia ser submetida ao respectivo PAD, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, o que implicaria admitir uma revogação parcial da legislação específica disciplinar ou estabelecer uma incoerência e uma contradição.

Conforme exposto, nesse raciocínio, um ato que não é antiético antes de uma sentença é antiético depois da sentença ou se admite o raciocínio como ilógico ou a conclusão atingirá os fundamentos da instituição dos Processos Administrativos Disciplinares.

Primeiro: o raciocínio é ilógico porque contraria o princípio da Lógica de não contradição, segundo o qual uma coisa não pode ser e não ser, ao mesmo tempo. Segundo: atingirá os fundamentos da instituição dos Processos Disciplinares porque, para tornar-se lógico

¹² Art. 116, inciso II, da Lei nº 8.112/1990.

terá de admitir que não cabe ao Processo Disciplinar julgar o aspecto ético de condutas criminosas, mas ao juízo penal. Desse modo, fica o juiz com a tarefa de dizer, pela gradação da pena, o que é e o que não é ético. E, isso confirma a contradição essencial de impor limites à instituição dos Processos Disciplinares, limites estes que não estão previstos nas normas que os fundamentam.

Nesta contradição fundamental, considera-se o PAD subordinado ao processo penal. Em tal concepção, uma conduta criminosa que atente contra dispositivo estatutário disciplinar, não é um fato para o processo administrativo, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória.

Pressupõe-se como inválida a prova produzida no processo administrativo acerca de fato típico penal. O fato não é visto em sua materialidade, mas na sua formalidade processual penal, o que corresponde à generalização do princípio de que há sentenças penais que podem repercutir no processo administrativo.

Contudo, mesmo nas hipóteses em que se admite a repercussão de uma sentença judicial no processo administrativo, isto não é feito para considerá-lo ilegítimo e sim para temperar seus resultados, como se vê das próprias regras do processo penal. Em tal entendimento, a juízo da autoridade competente, pode-se sobrestar a decisão final no processo administrativo, mas isto não serve de causa para declarar improcedente a instauração e conclusão do processo.

Nesse sentido, vejamos o que Cretella Junior nos apresenta:

"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 o caso, contra o responsável civil". (Art. 64 do Código de Processo Penal); "Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela." (Parágrafo único do Art. 64 do CPP); "Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato". (Art. 66 do CPP). "Se o fato imputado ao funcionário for um só e o julgado criminal negar a existência desse fato, ou negar a autoria atribuída

ao funcionário, forçoso será reconhecer o efeito daquele julgado no cível, até mesmo em obediência à regra do art. 1.525 do Código Civil" (RF 142/142); porque "não pode subsistir a demissão que teve por causa fato apurado em inquérito administrativo e negado no processo penal" (RDA 27/79); "se o fato que constitui ilícito administrativo é, ao mesmo tempo, ilícito penal, a decisão do juiz criminal que declara inexistente o fato, ou que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa" (RDA 51/189 e 94/281).¹³

SUBORDINAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

Não se pode subordinar a instauração do PAD a fatos em apuração em processo criminal, ou, ainda, aguardar a confirmação da condenação penal do acusado pelo trânsito em julgado da sentença, pois se estaria subordinando o processo administrativo ao processo penal.

Os Processos Administrativos Disciplinares são independentes de ações penais, podendo, entretanto, tornarem-se peças a serem utilizadas nas instruções de processos criminais na Justiça Criminal, caso as acusações provadas e consideradas procedentes constituam ilícito penal. Então, como será possível conciliar a afirmação de que acusações que constituam ilícito penal possam ser provadas e consideradas procedentes em PAD, com a tese de que o ato criminoso só existirá para os mesmos processos após condenação do acusado no processo criminal?

A resposta à questão acima poderá nos levar à formalidade de admitir que se instaurando uma ação penal antes ou durante o funcionamento de um PAD, nomeado para apurar o mesmo fato, o Disciplinar anula-se e deve-se aguardar pela prova do processo judicial. Pois, isto, à míngua de disposição legal, revela uma subordinação política do processo administrativo ao processo penal e considera

¹³ (Apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999, p. 129).

previamente inválida a prova que os Processos Disciplinares podem produzir.

Não será por um atributo de verdade, real ou presumida, que a prova processual penal terá supremacia sobre a prova do processo administrativo.¹⁴

Como não há subordinação legal¹⁵ e não há subordinação lógica, a subordinação terá de ser política. Mas, a possibilidade desta subordinação deve ser examinada com atenção ao pressuposto de que o Processo Disciplinar, na maior parte dos casos, é um tribunal ético.

O que atesta a vigência de um código ético é a probabilidade de executar-se a reprovação de condutas convencional ou estatutariamente indesejadas no grupo social:

(...) Toda ética efetivamente "vigente"- no sentido da Sociologia - costuma estar garantida, em considerável grau, pela probabilidade da reprovação, no caso da transgressão, isto é, de maneira convencional. Por outro lado, nem todas as ordens convencional ou juridicamente garantidas pretendem para si (ou pelo menos não necessariamente) o caráter de normas éticas. As segundas, que muitas vezes têm caráter puramente racional referente a fins, geralmente o fazem ainda muito menos do que as primeiras. O problema de se uma representação de vigência normativa difundida entre muitas pessoas

¹⁴ A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso, por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E, a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros. MALATESTA, Nicola Framariano dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 1996, p. 21).

¹⁵ Independência das Instâncias Administrativa e Penal. A rejeição de denúncia por insuficiência de provas não impede a responsabilização pelos mesmos fatos em instância administrativa, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado por ex-prefeito, que teve rejeitada a denúncia contra ele apresentada por crime de peculato, em que pretendia o arquivamento da tomada de contas especial do TCU sobre os mesmos fatos. Precedente citado: MS 21.708-DF (DJU de 18.5.2001) MS 23.625-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 8.11.2001. (MS-23625-STF). No mesmo sentido: Administrativo. Mandado de Segurança. Policial militar. Processo disciplinar. Instauração. Juízo administrativo. Desvinculação. A instância administrativa não está vinculada ao Juízo Criminal, o que somente ocorre nas hipóteses em que a absolvição criminal reconhecer a inexistência do fato ou negar a autoria do crime, não havendo quebra do princípio de inocência na formação de Juízo Administrativo em face do envolvimento do servidor em crime atentatório à dignidade funcional(...). ROMS 9472/PB; Rel. Min. Vicente Leal, 16.5.2000. 6ª Turma STJ.

pertence ou não ao domínio da "ética" (sendo em caso negativo, "simples" convenção ou "simples" norma jurídica) só pode ser decidido, pela Sociologia empírica, com referência àquele conceito do "ético" que efetivamente é ou era válido no círculo de pessoas em questão. (...) ¹⁶

Logo, se a conformidade formal da imputação penal com a prova processual, atestada na sentença, for requisito para considerar-se uma conduta antiética, então, intrinsecamente, não é mais o desvalor ético que se julga, mas o desvalor jurídico. Nesses casos, os Processos Disciplinares não julgarão o fato em sua conformação ética, mas estarão limitados a homologar decisões judiciais que, formalmente, permitam considerar essa conformação. Do que resultará uma nítida subordinação de instâncias.

Entretanto, a concessão política que se vê no sistema jurídico refere-se à comunicabilidade de instâncias, que é um princípio diverso de subordinação, tratando-se de interdependência e não de sujeição:

"Realmente, se o juízo administrativo decide uma coisa e o juízo penal decide outra, em matéria de crime, tal disparidade de soluções concorre para desacreditar um dos julgadores. Por isso, melhor seria que, tratando-se de crime, o juízo administrativo, sobrestasse seu pronunciamento, aguardando a decisão do Poder Judiciário". ¹⁷

ASPECTOS DA COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

A comunicabilidade de instâncias pode levar à repercussão do processo penal no processo administrativo, quando é negada por aquele a existência ou a autoria do fato, mas não serve para sujeitar e impedir a realização do processo administrativo.

Ainda, a comunicabilidade de instâncias não condiciona o processo administrativo a ponto de anular seus efeitos, exceto quando

¹⁶ (WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, 3a ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 22).

¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p.101.

uma sentença absolutória categoricamente negar a existência do fato ou a autoria imputada ao acusado pelo mesmo fato em processo administrativo:

"somente a decisão, na esfera criminal, sobre a negativa do fato imputado, geraria ao funcionário público, demitido pela denúncia da prática de peculato, o direito de pleitear o ser reingresso no funcionalismo, voltando para o lugar de onde fora alijado" (TJRS, em RT 412/367); "a decisão do juiz criminal que declara que o funcionário não foi seu autor, é válida na instância administrativa" (RF 94/281); "A absolvição por ineficiência da prova não tem influência igual à da absolvição pela inexistência material do fato, ou por não ter sido o funcionário seu autor, no tocante à instância administrativa" (RDA 51/191); "A absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário, contra o qual ficou apurada infração disciplinar" (TFR, em RDA 77/206).¹⁸

De qualquer modo, embora, no intuito de evitar decisões contraditórias do Judiciário e do Executivo, se admita o sobrestamento do processo administrativo no aguardo da decisão judicial que poderá repercutir na decisão administrativa, não há norma legal que o imponha:

(...) Tratando-se de policial excluído da Corporação, a bem da disciplina, e após regular procedimento administrativo, a autoridade que praticou o ato se afigura competente para tal. As instâncias penal e administrativa são independentes entre si, não havendo qualquer razão para sobrestar o feito administrativo no aguardo da decisão criminal. Recurso desprovido. (...) (STJ - ROMS 11315/GO - DJ 11/12/2000)

Resulta que não há motivo legal ou jurídico para que um processo administrativo disciplinar, tenha sua instauração ou seu pros-

¹⁸ (Apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999).

seguimento subordinado a uma decisão de processo criminal. Nem milita em favor de tal tese a suposição de que, quando um fato é objeto de ação penal, a inexistência de sentença condenatória inibe o processo administrativo em razão da presunção legal de inocência do acusado.

A presunção de inocência decorre do mandamento constitucional: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória*" (Art. 5º, LVII, CF). Mas, "*culpabilidade*" é a *situação do agente que deve responder pela violação da lei penal*¹⁹. Trata-se de enunciado de princípio do processo penal. Não atenta contra essa garantia a instauração de processo administrativo para apurar responsabilidade diversa que o mesmo fato enseja. Por isso, é falso o entendimento de que, sem uma sentença condenatória, fica impedido o processo administrativo para julgar a repercussão moral de fato típico penal, conforme vem assentando a jurisprudência.²⁰

CONCLUSÕES ACERCA DA COMUNICABILIDADE DE INSTÂNCIAS

Constata-se que o princípio da comunicabilidade de instâncias não motiva a autoridade administrativa a deixar de instaurar o

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, volume I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 536)

²⁰ *Processo administrativo disciplinar. Demissão do Serviço público após regular procedimento administrativo em que suas regras específicas foram observadas. Insubordinação do procedimento administrativo ao processo criminal. Autonomia das responsabilidades civil, disciplinar e criminal e de suas respectivas sanções. Lei nº 1.711/52, art. 20, e Decreto nº 59.310/66, art. 369. (Ementa) (...) "Alega o impetrante que não ficaram provadas a materialidade e autoria da falta disciplinar; que o procedimento administrativo deveria ser suspenso enquanto não formalizada a acusação na esfera criminal já que ele se baseia em "pena de demissão no ilícito penal" e que houve cerceamento da defesa por indeferimento de diligências que requereu." (...) "Indefiro o pedido no sentido de ser oficiado à Polícia Federal para que esta "informe em que fase se encontra o Inquérito Policial instaurado contra o impetrante, distribuído à 2ª Vara Federal da Circunscrição de São Paulo", tendo em vista que são distintas as duas esferas de responsabilidade, disciplinar e criminal." (...) O impetrante subordina o inquérito administrativo ao processo criminal e seu desfecho condenatório, quando são autônomas a responsabilidade disciplinar e a criminal, e independentes as respectivas sanções, que podem coincidir ou não, sem que haja **bis in idem**, no caso da coincidência, Lei nº 1.711, de 1952, art. 200, Decreto nº 59.310, de 1966, art. 369. Não foi apontada eiva de ilegalidade no processo administrativo, nem a autoridade que praticou o ato impugnado incompetente. (Ministro Paulo Brossard- Relator)(...) "Também a alegação, a pretensão de sustar a solução do processo administrativo à espera da solução de eventual processo penal sobre o mesmo fato não encontra nenhum respaldo na jurisprudência; pode vir a ter relevo, segundo decorre a **contrário sensu** da jurisprudência consolidada na Súmula 18, uma eventual absolvição, pelo mesmo fato material, no processo criminal, mas disso se cogitará se e quando sobrevier essa absolvição." (Ministro Sepúlveda Pertence) - MS 20.947/ STF in RDA 178/41-42)*

respectivo Processo Administrativo Disciplinar quando um servidor é acusado de ato criminoso que atenta contra a ética que deve possuir no serviço público. Deve-se entender que não há motivação para protelar a instauração e a conclusão de processo administrativo, mesmo quando aceito como obrigatório o sobrestamento por coincidência de fato.

*"O fato de ser obrigatório sobrestar a decisão até que a autoridade judiciária competente se pronuncie sobre a existência de crime, não significa que o procedimento disciplinar não seja instaurado e não corra todos os seus trâmites normais. O processo administrativo, muito ao contrário, deve ter curso normal, apenas a autoridade administrativa não proferirá a decisão que envolva reconhecimento de crime, antes de ser julgado, pelo poder competente, se realmente houve tal ilícito".*²¹

Daí, também, que a comunicabilidade de instâncias pode levar a sobrestar a decisão final em Processos Administrativos Disciplinares, mas, não motivando os dirigentes de organizações a deixarem de instaurá-los, não motiva a revogação do procedimento iniciado e exaurido.

²¹ Mandado de Segurança. Punição disciplinar. I - Ausência de ilegalidade formal no contexto da punição disciplinar. II - O procedimento disciplinar independe de inquérito de natureza penal. Mandado de Segurança indeferido. (Ementa) "Edson Francisco dos Santos insurge-se contra o ato do senhor Presidente da república, datado de 26 de abril do corrente ano, que o demitiu do cargo de Agente de Polícia Federal, por auferir vantagens e proveitos pessoais, em razão das atribuições exercidas". (...) Pede concessão da segurança, para tornar sem efeito a demissão, sustentando-se o processo administrativo até final da decisão da esfera penal"(...) "Invoca, ainda em seu favor, a presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, bem como garantia constitucional da estabilidade (art. 41, §1º). "O writ não comporta, de qualquer forma, deferimento. Se o descabimento não fosse evidente à vista do trânsito e término exemplares do processo disciplinar, do ponto de vista legal, as teses de mérito por que se bate a impetração têm escassa consistência. Com efeito, proclama-se de modo uníssono a independência dos procedimentos administrativo e criminal, nada havendo que condicione ou desautorize a conclusão disciplinar diante do desfecho - ou falta de desfecho - da questão penal: ainda quando a sentença criminal resulte absolutória, o inquérito administrativo não se vê necessariamente destinado a terminar. O tema do cerceamento de defesa e da presunção de inocência segue a mesma trilha de quanto foi posto até agora: foi dado ao postulante participar do processo, intervindo com advogado, e as diligências tidas como necessárias foram deferidas. Ao final do procedimento, restou clara a incursão do agente policial em transgressão disciplinar. Primando o feito administrativo, na espécie, pela legalidade e pela garantia da ampla defesa, não há como evocar o princípio da inocência, presumida para refutar suas conclusões. (Ministro Francisco Rezek - Relator) (MS 20.948/STF in RDA 178/43-44)

²¹ PEREIRA, Armando. **Prática do processo administrativo**. 2a edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1966 p. 9)

Ainda assim, é de ressaltar que aguardar o trânsito em julgado de sentença penal para declarar os efeitos de um Processo Disciplinar, não é medida que resulte de imposição legal. São usuais decisões judiciais determinando reingresso de funcionários demitidos, após sentença criminal que declara inexistência de fato ou negativa de autoria. Mas, tais decisões judiciais não cogitam de vício de origem do processo administrativo ou do ato demissório, porque uma contradição entre decisões penal e administrativa só tem relevo se e quando sobrevier a absolvição criminal. É o que ensina a Jurisprudência.²²

Daí que não será ilegal ou sequer inaudita a demissão de um servidor a bem do serviço público com base em PAD que apreciou as implicações éticas de fato típico penal. Embora permaneça a possibilidade de reintegração em decorrência de sentença criminal que categoricamente declare a inexistência do fato ou negue a autoria imputada ao acusado, não age ilegalmente ou sem motivo a autoridade que decide pela exclusão, especialmente se é elevada à probabilidade de acerto e são graves os motivos que ensejam a decisão.

Avaliadas as hipóteses de enquadramento de servidor público, previstas nos respectivos diplomas legais, a doutrina e a jurisprudência, confirma-se que é plenamente possível ser instaurado um processo administrativo disciplinar, ainda que o fato em apuração seja objeto de apuração em processo criminal. Constata-se que o julgamento moral pode ser formulado e regularmente processado e concluído, não havendo motivo, via de regra, para aguardar a conclusão de processo criminal ou, ainda, a repetição de processo admi-

²² "Negada a existência do fato, no juízo criminal, não subsiste a pena administrativa"(STF, em RDA 94/86); "somente a decisão, na esfera criminal, sobre a negativa do fato imputado, geraria ao funcionário público, demitido pela denúncia da prática de peculato, o direito de pleitear o seu reingresso no funcionalismo, voltando para o lugar de onde fora alijado" (TJRS, em RT 412/367); "deve ser invalidada, com a conseqüente reintegração do servidor, a demissão fundada em prática de crime que veio a ser considerado inexistente pelo Judiciário"(TFR 221/121)); "A absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário, contra o qual ficou apurada infração disciplinar"(TFR, em RDA 77/206).

(...) Também a alegação, a pretensão de sustar a solução do processo administrativo à espera da solução de eventual processo penal sobre o mesmo fato não encontra nenhum respaldo na jurisprudência; pode vir a ter relevo, segundo decorre a contrario sensu da jurisprudência consolidada na Súmula 18, uma eventual absolvição, pelo mesmo fato material, no processo criminal, mas disso se cogitará se e quando sobrevier essa absolvição."(Ministro Sepúlveda Pertence) - MS 20.947/STF in RDA 178/41-42) (antes citado).

nistrativo eventualmente instaurado antes da decisão penal, de tal sorte a admitir-se a prática de um constrangimento ilegal que, de outra forma, não se vê como ser alegado.

Verificou-se que não é válida a tese de subordinação do processo administrativo ao processo criminal, segundo a qual um processo administrativo não pode instaurar-se para apurar ato criminoso sem prévia condenação transitada em julgado no juízo penal. Verificou-se, mais, que a jurisprudência e a doutrina são fartas em exemplos de processos administrativos iniciados e encerrados antes da conclusão de ações penais, sem cogitar de ilegalidade do ato administrativo.

Constatou-se que é admissível a tese da comunicabilidade de instâncias, mas que isto deve ser detidamente avaliado a fim de não resvalar para a tese da subordinação, a qual pode inviabilizar o julgamento ético de fatos que constituam crime, transformando os processos disciplinares, nestes casos, em meras formalidades homologatórias de decisões judiciais. Nesse sentido, viu-se que a comunicabilidade de instâncias não leva a impugnar a instauração e conclusão de processo administrativo, embora sirva para motivar o sobrestamento de decisões finais em processos administrativos que julgam fatos típicos penais. Mas, viu-se, também, que deixar de sobrestar não constitui anomalia jurídica, sendo legítimo e motivado o ato demissionário. E, de tudo, conclui-se pela possibilidade de submissão de servidor a processo disciplinar, antes do trânsito em julgado da sentença criminal, sem que isso constitua uma ilegalidade, especialmente quando é elevada a probabilidade de acerto da decisão e são graves os motivos que a ensejam. 