

PALESTRAS

Visão Prática das Nulidades no Processo Disciplinar

Léo da Silva Alves

(Síntese de conferência do autor na abertura do Encontro Nacional dos Corregedores Regionais da Polícia Federal, na Academia Nacional de Polícia, dia 20 de agosto de 2013.)

O modelo adotado na Administração Pública brasileira, avessa ao pragmatismo, à praticidade e, de certa forma, à eficiência, é confuso e, por conseguinte, abre espaço para cenários de improviso. Isso exige encontros permanentes de estudo, onde são atualizadas as correntes de pensamento e produzidos métodos que reduzam riscos e alcancem resultados úteis.

O início do raciocínio deve partir da Carta Política. A Constituição Cidadã, saudada em festa há um quarto de século, equiparou os processos administrativos aos processos judiciais (e a Constituição não pode ser como a Voz do Brasil, que ninguém liga).

Está na Carta, no artigo 5º, o artigo da cidadania:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Note-se que os processos administrativos foram arrolados no mesmo nível dos processos judiciais. Por conseguinte, no plano do bom Direito, acabaram os processos de segunda categoria. Hoje, há apenas uma balança. No Poder Judiciário e na Administração Pública há simplesmente processos, e todos exigem o mesmo nível de segurança jurídica.



Não há diferença entre funcionário e réu. Essa afirmação, que sinalizamos em livro escrito em 2005¹, foi citada em decisão histórica no Superior Tribunal de Justiça, em 2007, pelo ministro Arnaldo Esteves Lima. Era a mais alta Corte infraconstitucional a recepcionar essa equivalência lógica, que decorre exatamente da equiparação dos processos. Assim, as mesmas garantias que têm os réus nos processos criminais, têm os servidores nas ações administrativas.

PROCESSO X-TUDO

Em face desse quadro de equivalência, a inteligência jurídica, a inteligência esclarecida, não pode admitir o *Processo X-Tudo*. Ou seja, os processos não podem ser produzidos como aquele sanduíche que os ambulantes vendem nas praças públicas com recheio a seu critério. Lastimavelmente, todavia, um quarto de século depois da promulgação da Constituição de Ulisses Guimarães, ainda se veem processos desse jeito: capas com papéis desconexos dentro, como se fossem pães recheados ao gosto do vendedor ou à preferência do freguês. Esses sanduíches de rua, por falta de observância de regras de manipulação ou de higiene, muitas vezes resultam contaminados e levam o consumidor a quadros de graves infecções. Outros apresentam ingredientes em excesso, impressionam pelo volume, mas ninguém consegue digerir.

Quantos processos são montados nesse formato nos balcões da burocracia? São processos enormes, com um recheio posto de maneira desordenada. Literalmente volumosos. Todavia, com 70% de conteúdo que não será aproveitado.

Se o processo for um sanduíche, que seja do *McDonald's*, que adota um padrão. Tem tamanho racional, compatível com a saciedade de uma pessoa normal; o pão tem o mesmo formato, o hambúrguer a mesma gramatura. A superposição dos ingredientes é absolutamente a mesma em cada tipo de sanduíche. É uma receita.

¹ “Processo Disciplinar em 50 Súmulas” – Ed. Brasília Jurídica.

Uma atendente no balcão de uma loja com selo McDonald's recusou-se, certo dia, a colocar uma porção a mais de mostarda. Explicou que estava proibida a acrescentar, porque a franquia somente podia se responsabilizar pela segurança do seu produto se fosse entregue ao consumidor de acordo com a receita original. Assim deve ser o processo: juridicamente seguro. Uma receita. Uma fórmula. Sem invenções. Sem surpresas. Sem sustos. Com instauração lógica, instrução com método e manuseio racional.

É nesse cenário que surge a questão das nulidades.

NULIDADES

A nulidade é uma sanção à desobediência de formalidade essencial. É como se a rede *McDonald's*, que tem critérios rígidos de qualidade, rescindisse o contrato com o franqueado por desobediência à receita. Pois, na mesma linha, o Direito não aceita que a regra seja quebrada. Se um ato deve ser praticado de determinada forma, dessa forma deve ser praticado!

A Administração é a estrutura profissional do Estado. Os seus agentes têm que cumprir as regras. Não podem apurar uma irregularidade, praticando outra.

As comissárias da empresa aérea Gol, no final da década de 2010, eram obrigadas a ler um discurso: “Senhores passageiros, algumas normas devem ser respeitadas...”. Por que **algumas** normas? Ora, todas as normas são de segurança e, portanto, devem ser respeitadas na sua totalidade. O Processo Administrativo Disciplinar exige a mesma cautela, pois se há regras, **todas** precisam ser obedecidas pelos agentes do Poder Público, que têm compromisso com a legalidade e a eficiência.

A Lei do Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 – traz a armadilha:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. (grifo do autor).

Na leitura apressada, tem-se a ideia de que os atos nos processos podem ser praticados ao livre arbítrio. Percebe-se, todavia, que a liberdade somente está autorizada para aqueles atos em relação aos quais a lei não exige expressamente uma forma peculiar. Ocorre que quase todos os atos têm previsão de forma específica. Ou essa forma está no estatuto, ou está na Lei do Processo Administrativo; ou está no Código de Processo Penal, ou está no Código de Processo Civil. O certo é que os responsáveis pela instrução estão proibidos de inventar.

Então, se há receita, deve ser seguida, tanto no rito, quanto no conteúdo. Ou seja, o processo tem uma sequência lógica, que é o método. O posicionamento dos ingredientes. O momento certo de adicionar cada um. A estética. E cada ingrediente, por sua vez, precisa ter qualidade.

No *X-tudo* não é assim. É possível que o organismo rejeite. Uma pessoa com o metabolismo sensível, para impressionar ou fazer graça, come um sanduíche gigante e passa mal. Pois o direito formal é assim: exigente. Não admite gracinhas. Não aceita a improvisação. Rejeita aquilo que não é feito de acordo com uma boa receita.

Desta forma, há sanduíches e sanduíches. Da mesma maneira, há processos e processos.

A ESTRUTURA DO PROCESSO DISCIPLINAR

O Processo Administrativo Disciplinar tem uma estrutura fixa que lhe dá sustentação. Sem esses elementos, o processo não existe como um conjunto de atos que possa se prestar para produzir a vontade jurídica.

Todo processo, necessariamente, deve ter esses componentes:

- Portaria
- Notificação Inicial
- Conhecimento - Instrução

- Interrogatório
- Indiciação
- Citação
- Defesa Escrita
- Relatório
- Decisão

A ausência de qualquer deles é causa de nulidade. Obviamente, pode acontecer de, na fase do interrogatório, a Comissão de Inquérito perceber que não é o caso de indiciar. Nesta hipótese, o processo salta para o relatório e a decisão e deixam de fazer parte da sua estrutura a indicição, a citação e a defesa escrita.

Não basta, entretanto, que esse recheio esteja completo. É preciso aferir a qualidade de cada ingrediente. É possível que se tenha uma portaria, mas inepta. É possível que se tenha a notificação inicial, que, todavia, não informa os direitos do acusado; ou que não é cumprida corretamente. É possível que seja realizado o interrogatório, mas sem obediência às formalidades do art. 186 do diploma processual penal. É possível que exista citação, mas cumprida irregularmente. É possível que exista defesa, mas frágil.

Nesses casos, o processo tem todos os componentes que obrigatoriamente compõem a receita do bom sanduíche. No entanto, um ou outro ingrediente não apresenta a devida qualidade e o resultado pode ser igualmente desastroso.

Vejamos, a propósito, a principais cautelas com essas partes estruturais do processo.

Portaria

A portaria é o ato instaurador, que exige, evidentemente, que a autoridade seja competente. “Quem não tem competência não se estabe-

lece”, eis a regra do comércio português, que entrou para o Direito. Mas o zelo pela boa técnica exige mais: o ato instaurador deve dizer quem é o acusado e qual é a acusação.

Por acaso o Ministério Público denuncia alguém pelos fatos constantes do inteiro teor do inquérito policial? Não! O *parquet* assume a acusação e pontua os fatos. Aponta a ferida. Não fica a dar voltas, para, ao fim, dizer nada. Imagine-se a denúncia que requer abertura de ação penal *para apurar possíveis irregularidades constantes nos autos do processo nº...* Qual é a segurança do juiz? Qual é a segurança da defesa?

Se os processos administrativos foram equiparados aos processos judiciais, precisam seguir a regra de todos os processos: que começam com o fato, a indicação da parte contrária e a razão do pedir. Esta é uma fórmula que está presente na técnica dos processos desde as famosas ordenações, que vigoraram no período colonial do Brasil.

Como é possível instaurar um processo contra não se sabe quem, por um motivo que ainda será apurado? Isso é contra o método. É contra a inteligência jurídica. Cícero disse: “Direito é inteligência”. Se não é inteligente, não é do Direito.

Em processo, não se apura. Em processo, se depura. Para apurar fatos, o Direito tem expedientes específicos, que podem ser informais: averiguação, inspeção, investigação preliminar, verificação prévia de informação, investigação policial prévia. Ou, administrativamente, são reconhecidos como instrumentos formais a sindicância investigativa, a sindicância patrimonial e as auditorias operacionais.

O processo, por sua vez, é instrumento de depuração:

- Entrega-se uma acusação objetiva a uma comissão.
- A comissão repete a prova acusatória, para verificar a consistência. Produz provas de ofício, para eliminar dúvidas e colhe as contraprovas do acusado.

- Interroga, para que a pessoa de viva voz apresente as suas explicações em relação a cada prova produzida contra si.
- Com isso, tem os fatos depurados.
- Com a depuração, confirma a acusação ou não.
- Se confirmar, indícia. Se não confirmar, a comissão propõe o arquivamento.

Esta é a manipulação correta dos ingredientes na fase inicial de preparação do sanduíche – na primeira fase da ação disciplinar – a fase de conhecimento. É preciso ordem. É preciso higiene. É preciso método. Mas para isso a comissão deve partir de uma acusação objetiva contra alguém. E o acusado deve acompanhar a instrução sabendo objetivamente do que se defende. Por isso, sustenta-se que a portaria, como todo ato deflagrador de processo, deve apontar o acusado e trazer a acusação pontuada.

Não sendo assim, tem-se uma portaria inepta. Como a petição inicial, como a reclamatória trabalhista, como a denúncia. A inépcia ocorre por falta de elementos essenciais. E inepto é algo que não presta. Que não tem valor.

O STJ já sinalizou nessa linha:

A portaria inaugural, no processo administrativo, deve explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado, sob pena de nulidade, por inépcia (...). (Acórdão MS 5316/DF - Min. FERNANDO GONÇALVES Fonte DJ - DATA: 03/11/1998 - PG: 00012). (grifo do autor).

Mas há no Judiciário, sabidamente, outras posições conflituosas. No Poder Executivo Federal, o entendimento é de que não se consignam na instauração nem os ilícitos e nem os autores. Esta é a posição expressa no Parecer AGU. WM-13/94. Todavia, em que pesem os argumentos então bem postos, deve-se considerar agora que se trata de uma visão de época: do milênio passado. Era de uma época (1994) em que o Direito não admitia no Brasil a união formal entre pessoas do mesmo sexo; não se tinha implantada a figura da transa-

ção penal. Estávamos entrando na era da telefonia celular. Era outro tempo. E as coisas mudam. Inclusive o Direito.

Vários estatutos estaduais e normas internas do Poder Judiciário já revisaram esse formato e se alinharam à lógica dos processos, como o fez o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso pelo Provimento nº 05 CMTJ-MT:

Art. 16. *O processo administrativo será instaurado por Portaria, que indicará:*

I – a autoridade instauradora e o fundamento legal da instauração;

II - a descrição dos fatos e a identificação do arguido;

III – se for o caso, a aplicação da medida prevista no artigo 174 da L.C. nº 04/90, fixando-se o prazo da suspensão preventiva e a possibilidade de sua prorrogação, nos termos da referida Lei;

IV – os componentes da comissão processante. (grifo do autor).

Se o estatuto federal, por exemplo, não traz a estrutura da portaria, não traz também autorização para inventar. O que não está na norma, está no método. E o método que se impõe é o do processo acusatório, substancialmente diferente do vetusto processo inquisitório.

Notificação

Outro ingrediente fundamental no sanduíche – no processo – é a notificação. Nenhum ato processual pode ser produzido sem que o arguido seja previamente notificado². A ausência dessa peça ou o não cumprimento adequado é causa de nulidade absoluta. A qualidade da notificação, por sua vez, também deve ser aferida, para que não seja queijo estragado no meio do hambúrguer. Para isso, a notificação deve informar:

- A instauração do processo e o respectivo ato.
- A origem da acusação.

² *Notificar significa dar conhecimento.*

- Os direitos do arguido. Como ele pode reagir.
- Onde os autos se encontram.
- Como se comunicar com a comissão.

Instrução

A instrução obviamente se faz com atos processuais, que somente podem ser praticados de acordo com as leis do Processo, que são quatro, nesta ordem:

- Estatuto de regência;
- Lei do Processo Administrativo;
- Código de Processo Penal;
- Código de Processo Civil.

Como a instrução é feita ao crivo do contraditório, é preciso consideração às garantias de quem se defende. Por exemplo, ao se recepcionar o laudo pericial nos autos, é preciso dar conhecimento à parte, ainda que, antes, ela tenha apresentado quesitos; quando se designa audiência, a comunicação também deve ser feita a advogado se constituído nos autos.

É certo que na instrução, ocorrem irregularidades. São muitos os detalhes que, não raramente, passam ao largo da atenção até mesmo de magistrados experientes. No entanto, nem todas as irregularidades geram nulidade. *Não há nulidade sem prejuízo*, é mantra que se repete a partir das luzes do Direito francês.

Todavia, se a autoridade processante perceber um prejuízo real, que possa de alguma forma atingir a amplitude da defesa, precisa ter a humildade de reconhecer a falha e não avançar contra a segurança jurídica. Entra aqui um princípio da administração pública da União Europeia, usado especialmente em questões de saúde e meio ambiente, que, desde os anos 1990, trabalhamos no Brasil, com os devidos ajustes, na matéria disciplinar: **o Princípio da Precaução**.

Interrogatório

O interrogatório é outro ato com formalidades expressas nos artigos 185 a 187 do Código de Processo Penal. Comparamos as exigências legais associadas a esse ato com aquelas que orientam o procedimento de prisão pelas autoridades policiais. Estas devem dizer o motivo da detenção, além de informar ao preso que tem direito ao silêncio, que pode avisar a família e que pode comunicar-se com advogado.

O interrogatório é igual. Tem formalidades que devem ser cumpridas. E uma delas, frequentemente desconsiderada, é o dever de informar ao interrogado sobre a acusação. Ele não sabe? Sabe. Assim como a pessoa que é presa sabe. Mas a autoridade tem que dizer. É formalidade essencial do ato. Veja-se o Código de Processo Penal, de aplicação supletiva:

*Art. 186. Depois de devidamente qualificado e **cientificado do inteiro teor da acusação**, o acusado será informado (...) (grifo do autor).*

A lei não tem palavras inúteis. O poeta, ao colocar a palavra na composição do poema, o faz para completar a métrica, ou pela sonoridade ou pela rima. A técnica legislativa é diferente. A palavra compõe o texto da lei porque ela necessariamente produz um comando. Então o arguido tem que ser:

- **cientificado** – dar ciência é ordem legal;
- **do inteiro teor** – não é algo genérico. O arguido tem que saber objetivamente do que se defende, na integralidade, para que não se limite a responder sobre o ponto **A** e resulte indiciado pela questão **B**;
- **da acusação** – é aquilo que objetivamente e formalmente existe em desfavor da pessoa.

Indiciação

O próximo ingrediente do sanduíche é o Termo ou Despacho de Indiciação. Em processo disciplinar, significa confirmar a acusação. É um ato processual que também tem requisitos essenciais.

O primeiro requisito é o momento: depois do interrogatório e antes da citação. Depois, exige o claro apontamento dos fatos e das respectivas provas e impõe que se faça com técnica a classificação jurídica da infração. Em Portugal, leva-se a sério a *teoria do controle da qualificação jurídica dos fatos*. Verifica-se se a classificação jurídica corresponde aos fatos; e, em instante seguinte, examina-se se a pena corresponde àquela classificação jurídica.

Tome-se em conta que, aqui, marca-se o início da segunda parte do processo. Com efeito, podemos didaticamente dividir a ação disciplinar na forma seguinte:

- **Primeira parte** – da instauração ao interrogatório. Nesta parte, trabalha-se com a matéria de fato.
- **Segunda parte** – da indicição ao julgamento. Nessa fase, trabalha-se, sobretudo, com a matéria de direito.

Assim, depurados os fatos e comprovada a conduta ilícita, indiciava-se. Com a indicição, virá a classificação jurídica, o que permitirá à defesa apresentar a tese de direito. Por isso, não é lícito e não é decente que depois da indicição seja alterada a classificação jurídica. Se isso for feito, tem-se evidente prejuízo à defesa. Mas não é raro, nos processos burocráticos, não jurídicos, a comissão indiciar e relatar por **Y** e, depois, o funcionário resultar condenado por **X**.

Ora, o contraditório e a ampla defesa implicam na possibilidade de o arguido rebater não apenas os fatos, mas as razões de direito: os argumentos jurídicos. O cidadão gasta trinta laudas para explicar em defesa escrita que aquela conduta não caracteriza improbidade administrativa; e, lá adiante, o relatório ou parecer jurídico mudam a classificação e o acusado acaba demitido por conduta desidiosa. O Direito puro, ético, não admite cilada.

Se no controle da qualidade da classificação jurídica impuser outro enquadramento, é preciso restabelecer a oportunidade de mani-

festação da defesa. Pronunciamentos judiciais que tutelam essa armadilha são, com a devida vênia, produzidos em desarmonia com a ciência e prestam enorme contribuição para a desorganização ainda maior do sistema processual administrativo.

Citação

A citação é outro momento sensível. A citação sem as formalidades legais não gera efeito. Seria o caso da citação circunduta, que não produziu seus efeitos por haver sido promovida em transgressão aos princípios instituídos na lei processual.

Na citação ocorrem incidentes. Os mais comuns são os seguintes:

- **Recusa** – neste caso, expressa ou tacitamente, o acusado demonstra que não quer receber o mandado. O responsável pela citação, então, deve lavrar certidão circunstanciada, que será confirmada por duas testemunhas do fato.
- **Ocultação** – aqui a pessoa é escorregadia. Foge sem ser avistada. Nunca é encontrada nos lugares onde reside, trabalha ou frequenta. A citação por hora certa é a solução.
- **Acusado em lugar incerto e não sabido** – exige que o responsável pelo ato cumpra diligências reais na tentativa de localizar o acusado, até considerar, de fato, a impossibilidade de encontrá-lo. O momento seguinte será a citação por edital.

Defesa escrita

Como consequência da citação necessariamente deverá ser apresentada a defesa escrita. Ou o funcionário a entrega nos autos, ou nomeia advogado para fazê-lo. Não vindo essa defesa por um desses meios, a comissão de inquérito declarará a revelia e encaminhará para a nomeação de defensor dativo.

O funcionário se defende de duas formas e uma não substitui a outra: defende-se oralmente, no interrogatório; defende-se por escrito. Portanto, a defesa escrita é indisponível. De alguma forma deverá vir aos autos.

A infeliz Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal dispensou os ofícios de advogado. Entretanto, não derrubou o seguinte preceito: defesa frágil é igual à inexistência de defesa. No caso, por exemplo, de o arguido não enfrentar objetivamente os fatos e as provas e limitar-se a narrativas sem consistência, a comissão deverá declará-lo tecnicamente indefeso e propor a nomeação de outro defensor.

Relatório

O relatório, por fim, é praticamente a sentença. Tem a estrutura básica das decisões terminativas dos juízes e, modernamente, exige que se faça em linguagem clara, sem abuso do *juridiquês*.

Não se trata mais de peça simplesmente opinativa. O *julgamento acatará o relatório*, diz o art. 168 da Lei nº 8.112/90. Com isso, privilegia-se o esforço da comissão, cujos membros tiveram contato direto com a prova, olharam nos olhos das testemunhas e perceberam as reações do acusado.

A lei diz, no entanto, que a autoridade pode discordar quando o relatório contrariar a prova dos autos. Acrescentamos outra hipótese: ou contrariar as razões de direito.

O relatório deve expressar a vontade jurídica. É como se a comissão, ao fim da instrução e do exame das razões da defesa, entregasse os autos para o Direito e perguntasse: “E daí?” E o Direito responde. Isso é a vontade jurídica, que é diferente da vontade de quem denuncia, da vontade de quem instaura, da vontade de quem instrui, da vontade de quem se defende, da vontade de quem julga.

CONCLUSÃO

Enfim, esse é o sanduíche. Arrumadinho. Falta nada. Não tem excesso, a não ser de calorias. Se uma pessoa passar trinta dias alimentando-se de sanduíche, ainda que bem feito, terá alteradas todas as suas taxas orgânicas. A química do organismo entrará em efervescência.

Tudo o que é usado em demasia faz mal. Até remédio. Até água. O controle da disciplina deve produzir bons sanduíches, mas não pode viver de sanduíches.

Os processos também são assim. Não devem ser instaurados todos os dias. No dia a dia, o controle da disciplina é realizado com instrumentos da Ciência da Administração³ e não com instrumentos do Direito sancionador.

E mesmo dentro do Direito, há outros instrumentos para resolução de incidentes. Neste sentido, orgulha-nos ter trazido para o Brasil em 2006 o **Princípio da Oportunidade**, do Direito europeu, pelo qual se tornou juridicamente possível substituir processos e aplicação de pena pelo ajustamento de conduta. Sem necessidade de mudar a lei, uma vez que, pelas razões que tantas vezes demonstramos em livros, artigos e palestras, o Direito no seu conjunto já abriga essa solução.

Nossa proposta foi adotada pelas mais importantes estruturas da administração pública brasileira, em um ciclo histórico que se completou em maio de 2013 com a Instrução Normativa nº 01 da Secretaria de Controle da Presidência da República.

Onde foi aplicado corretamente, o ajustamento de conduta reduziu em até 70% o número de processos.

Com efeito, os processos exigem segurança jurídica. São complexos. São onerosos. Para que sejam bem feitos, gastam-se recursos e desgastam-se pessoas.

³ *É dever das chefias ordenar, controlar e corrigir.*

Assim como não se recomenda colocar à mesa sanduíche todos os dias, não se deve banalizar o direito sancionador. Este deve ser reservado para o enfrentamento dos indivíduos com debilidade de caráter: psicopatas corporativos, doentes morais, servidores com inabilidade funcional ou inapetência laboral.

Para esses casos, é preciso fazer sanduíches com os ingredientes certos e manipulação perfeita. Tudo na devida ordem. Tudo na adequada porção. Muito bem servidos! Com os acompanhamentos. Com autos principais e respectivos anexos. Mas para o dia a dia é recomendável avaliar alternativas que são mais leves, mais econômicas e que são mais saudáveis para o organismo estatal.

LÉO DA SILVA ALVES

Especialista em Direito Disciplinar e Processo Penal Especial, autor de dezenas de obras e mais de 1.700 conferências no Brasil, Europa e África.

E-mail: leop/ups@terra.com.br