

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019536-17.2011.404.7100/RS

RELATOR : **CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ**
REL. ACÓRDÃO : **Juiz Federal NICOLAU KONKEL JUNIOR**
APELANTE : **PAULO BONIFACIO SEMPE BALADAO**
ADVOGADO : **LINDA ELEM UFLACKER LUTZ**
APELADO : **UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO**
MPF : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. DESCRIÇÃO DO FATOS. CIÊNCIA DA IMPUTAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. ARQUIVAMENTO. ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA.

1. A portaria de abertura de processo administrativo disciplinar não precisa conter toda a descrição dos fatos imputados ao servidor, sendo plenamente aceitável que faça remissão a outros documentos, desde que sejam entregues ao interessado, inexistindo qualquer ilegalidade nesse procedimento.

2. Hipótese em que há precisa indicação, na conclusão do relatório da comissão de sindicância que opinou pela instauração do PAD, da circunstância investigada, sendo certo, ademais, que inexistiu prejuízo à ampla defesa do servidor, que, inclusive, foi ouvido durante a sindicância acompanhado por advogado.

3. O arquivamento, por atipicidade penal da conduta, do inquérito policial instaurado para investigar os mesmos fatos apurados no âmbito administrativo em nada prejudica o seguimento do PAD, presente a independência entre as esferas criminal e administrativa, notadamente pela inexistência de negativa de autoria e declaração de inocência do imputado.

4. Não configura hipótese de nulidade a indicação de "acusado" na notificação do servidor se a própria Lei n.º 8.112/90 contempla essa denominação em seu artigo 143, *in verbis*: *A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

5. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o Relator, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 01 de agosto de 2012.

NICOLAU KONKEL JUNIOR
Relator para Acórdão

Documento eletrônico assinado por **NICOLAU KONKEL JUNIOR, Relator para Acórdão**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5334983v3e**, se solicitado, do código CRC **2B9FCE0A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Nicolau Konkell Junior
Data e Hora: 12/09/2012 22:55

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019536-17.2011.404.7100/RS
RELATOR : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
APELANTE : PAULO BONIFACIO SEMPE BALADAO
ADVOGADO : LINDA ELEM UFLACKER LUTZ
APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

É este o teor da r. sentença recorrida, evento 41 no processo originário, *verbis*:

"Trata-se de mandado de segurança em que se requer a concessão da segurança '[...] para declarar nulo e sem nenhum efeito o dito Inquérito Administrativo nº 11080.001715/2011-14 que está sendo realizado pela Comissão de Inquérito instituída pela Portaria Escor10 nº 8, de 20 de maio de 2011 da Corregedoria Geral da Receita Federal.' (INIC1), com pedido de liminar.

Nos dizeres da inicial, o impetrante recebeu uma notificação com a comunicação de que foi instaurado o Processo Administrativo Disciplinar nº 11080.001715/2011-14 para a apuração de possíveis irregularidades referentes aos atos e fatos constantes na sindicância nº 11080.004531/2010-25 que passou a constar como apenso do referido inquérito.

Fundamenta sua pretensão, em síntese, afirmando cerceamento de defesa em razão de que está sendo chamado a acompanhar o procedimento, na condição de acusado, sem que fossem especificados os fatos que lhe estão sendo imputados e quais os dispositivos legais ou regulamentares que foram infringidos por sua conduta. Refere decisão proferida nesta subseção judiciária em caso em tudo e por tudo similar ao trazido a juízo.

Após a determinação de emenda da inicial para atribuição de valor à causa e juntada da íntegra do expediente administrativo, atendida pelo impetrante (evento 6), o pedido de liminar foi parcialmente deferido (evento 8).

A União peticiona requerendo seu ingresso no feito (evento 15) e apresentando embargos de declaração contra a decisão que apreciou o pedido de liminar ao argumento da existência de omissão já que não constou expressamente a suspensão do curso do prazo prescricional durante o período no qual o PA nº 11080.001715/11-14 estiver suspenso em virtude da decisão judicial.

A autoridade apontada como coatora presta as informações (evento 16) dizendo que a utilização do termo 'acusado' está de acordo com os ditames legais e que não houve por parte da comissão processante formação de juízo a respeito da culpabilidade do ora impetrante.

Afirma que o servidor teve ciência das irregularidades e condutas suspeitas de ter praticado e que é praxe em todos os processos administrativos disciplinares instaurados pelo Escritório de Corregedoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil na 10ª Região Fiscal a colocação dos fatos de forma genérica, pois quando da notificação são fornecidas cópias das peças do processo. Sobre o tema colaciona pareceres da Advocacia Geral da União e precedentes judiciais.

Por fim, informa sobre o cumprimento da decisão judicial e que, com vistas a suprir as omissões apontadas por este juízo na fundamentação da liminar foi editada nova Portaria (Portaria Escor10 nº 12/2011).

O impetrante apresenta impugnação aos embargos da União (evento 17) que é solucionado nestes termos, verbis: 'Desse modo, é de ser integrada a decisão embargada com a declaração de que o prazo para a conclusão do processo disciplinar n.º 11080.001715/11-14 estará suspenso pelo período em que vigorar os efeitos da liminar concedida nestes autos.' (evento 19).

As partes juntam novos embargos de declaração, eventos 24 (União) e 25 (Impetrante) cuja decisão foi proferida em conjunto e que ora transcrevo, literis:

'Examino os embargos de declaração opostos pela União (evento 24) e pelo impetrante (evento 25)

A União sustenta que a decisão que revogou a medida liminar (evento 19) foi omissa porque desconsiderou que a edição da Portaria Escor10 nº 12, que revogou a Portaria Escor10 nº 8, levou à perda do objeto desta ação.

Sem razão. O objeto deste feito, conforme descrito na inicial, é '[...] declarar nulo e sem nenhum efeito o dito Inquérito Administrativo nº 11080.001715/2011-14 que está sendo realizado pela Comissão de Inquérito instituída pela Portaria Escor10 nº 8, de 20 de maio de 2011 da Corregedoria Geral da Receita Federal.' (INIC1)

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração apresentados pela União.

O impetrante, por sua vez, alega que houve omissão na decisão embargada (evento 19) uma vez que continua a não existir fundamento legal na nova portaria editada, mesmo depois de instada a autoridade a regularizá-la, e contradição porque, mesmo sem a capitulação legal dos supostos fatos puníveis, a decisão embargada considerou que o procedimento administrativo estava em condições de prosseguir.

Melhor sorte não assiste ao impetrante.

Está assentado na jurisprudência (MS 7748/DF - Rel. Min. Vicente Leal - Terceira Seção - DJ: 10/03/2003 - p. 00083 ; MS 7736/DF - Rel. Min. Felix Fischer - Terceira Seção - DJ: 04/02/2002 - p. 00277) de que a ausência de fundamentação legal na portaria de instauração de processo administrativo disciplinar não propicia nulidade, até porque a exigência da exposição minuciosa é imposta na fase de indiciamento na forma do artigo 161 da Lei nº 8.112/90, verbis:

'Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.'

Assim, regularizada a situação inicial, com a referência aos fatos imputados ao servidor, condição suficiente para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não há porque continuar retardando a atuação da administração na apuração das eventuais irregularidades funcionais do impetrante.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos pelo impetrante.

Intimem-se.

Remetam-se os autos ao Ministério Público.

No retorno, voltem conclusos para sentença.' (evento 27).

O Ministério Público Federal opina pela denegação da segurança. (evento 36)

Da decisão do evento 27 o impetrante interpôs agravo de instrumento ao qual foi negado provimento (evento 40).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Considerando que o objetivo do impetrante é a anulação do procedimento administrativo disciplinar levado a efeito pela autoridade apontada como coatora, acolho como razões de decidir neste feito a bem lançada argumentação do Ministério Público Federal no parecer ofertado e que ora transcrevo, nos pontos mais relevantes, como medida de economia, verbis:

'Cinge-se a controvérsia judicializada a avaliar a validade, ou não, do ato que notificou o ora impetrante acerca da instauração do Processo Administrativo Disciplinar em que figura na condição de acusado.

De todo contexto fático trazido nas razões acostadas, analisado à luz da doutrina e jurisprudência, não se verifica a presença de invalidade hábil a nulificar a lide administrativa instaurada.

Ab initio, tem-se que nenhuma mácula existiu em virtude da utilização do termo 'acusado' para designar o ora impetrante na peça inaugural do Inquérito Administrativo, uma vez que a própria lei assim o permite, consoante se percebe da leitura do art. 143, caput, da Lei nº 8.112/91:

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

[...]

'O fato é que após a instauração do processo disciplinar (arts. 148 e seguintes da Lei nº 8.112/91) - através de ato que pode definir de modo genérico os fatos objetos do processo e os indícios de autoria - será iniciada a fase de inquérito, onde dar-se-á a produção das provas pela comissão disciplinar e pelo acusado, tudo isso seguido pelo interrogatório do demandado. Somente após a finalização dessa etapa, se restar indicada a existência de infração é que vai ocorrer o indiciamento, a citação do acusado e, aí sim, o início do período para a apresentação de defesa escrita.

No caso dos autos, a notificação se referia ao início dos trabalhos e não ao momento posterior ao inquérito.

Não bastasse, revela a peça informativa ofertada que os fatos que deram azo à instauração do PAD já haviam sido objeto de sindicância, tendo sido, inclusive, o ora impetrante, notificado, recebido cópia do processo, constituído advogado e interrogado, pelo que ressaí clara a ausência de prejuízo à esfera jurídica do servidor investigado.' (evento 36 - PARECER I)

Acrescento por fim que, especificamente neste processo, por força da decisão que deferiu parcialmente o pedido de liminar, a situação trazida à juízo originariamente foi regularizada,

através da edição de nova Portaria, razão que se soma ao entendimento de que não houve prejuízo suficiente a acarretar a nulidade do procedimento administrativo.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido e denego a segurança, extinguindo o feito com julgamento de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Custas pelo impetrante.

Sem condenação em honorários, a teor do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/09, bem como das Súmulas nº 105 do STJ e 512 do STF.

Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se."

Interposta a apelação, evento 51 no processo originário, alega o recorrente, *verbis*:

"A punição, nas relações disciplinares do direito administrativo, e nas contendas do direito penal em geral, não pode ter o caráter vingativo, de desforço, desforra ou vindita. No ato de punição o Estado de Direito tem a oportunidade rara de proclamar seu império. É a possibilidade de expressar a soberania dos princípios de Justiça e também de justiça (no sentido popular de exatidão, precisão, certeza).

Assim, quando o apelante bate às portas da instância superior, pedindo a reforma da sentença apelada, não quer se ocultar, se subtrair à punição, nem suplicar clemência por eventuais erros que possa ter praticado. Não se quer brandura, nem amenidade no cumprimento da Lei.

A benevolência que se suplica, na verdade, deveria ser a oferta espontânea do Príncipe: é a benevolência do rigor. O rigor no exato cumprimento do Texto Constitucional e da Lei.

Mas isso, infelizmente não ocorre no caso presente, porque a sentença recorrida chancelou um inquérito que nasceu com o câncer incurável da indigência jurídica, da malícia da acusação fluida e vaga, da astúcia esquiva das imputações nebulosas. Só um Marco Antonio diante do cadáver desfigurado de Cesar teria o engenho e a mistura exata de repugnância, ardor, frieza e senso de justiça para não atolar no pântano das contradições, armações e fragilidades deste feito.

O rigor formal, eterno refúgio dos perseguidos e desvalidos, deixou de ser a garantia tranquilizadora de quem pune com Justiça, para se transformar num estorvo obsoleto. "Vamos deixar o formalismo de lado"... dizem certas autoridades, nostálgicas do formulismo. O formulismo tem a facilidade, mas também tem os perigos e armadilhas dos atalhos ...

No presente MS denuncia-se o fato de - já na portaria inaugural - o impetrante ser referido como acusado - embora não fossem mencionados nem os fatos imputados, nem os dispositivos legais que teriam sido ofendidos. Ou seja: o A. seria um acusado sem acusação formalizada. Dizia-se na petição inicial que o A. "não sabe precisamente do que se defender".

Recorda-se que foi deferida parcialmente, pelo MM. Juízo a quo, a Liminar requerida, nos seguintes termos:

Ante o exposto, defiro parcialmente o pedido de liminar para determinar a suspensão do processo administrativo disciplinar nº 11080.001715/2011-14, no estado em que se encontra, até que a autoridade apontada como coatora supra as omissões apontadas na fundamentação desta decisão, Informando nos autos.

Depois disso, a parte ex-adversa veio aos autos, pretendendo questionar aspectos formais da impetração e pretendendo suprir as falhas gravíssimas, verdadeiros atentados à ampla defesa denunciados na inicial.

No "Despacho/Decisão" que foi embargado, a ilustre magistrada afirmava, como razão de decidir, que teria sido "oferecida efetiva defesa e que as omissões apontadas foram supridas".

Respeitosamente, pondera-se que tal não ocorreu. Embora se possa considerar que acusações ao A. tenham sido apontadas na nova portaria, a autoridade coatora deixou de fazer constar uma parte essencial: o apelante continua sem saber "que artigos de lei, por ação ou omissão, exatamente, teria ofendido" - como foi reclamado na petição inicial.

Recorda-se que no próprio "Despacho/Decisão", a magistrada de primeiro grau, de certa forma acolheu a irrisignação do A., ao fundamentar sua ilustre decisão com uma decisão do STJ onde se lê, entre outros sugestivos princípios de Direito e de Justiça:

"A instauração do processo disciplinar é efetuada mediante ato da autoridade administrativa em face ele irregularidades funcionais praticadas pelo servidor público, o qual deve conter a descrição e qualificação dos fatos, a acusação imputada e seu enquadramento legal, além da indicação dos Integrantes da Comissão de Inquérito". [grifei]

"A acusação imputada e seu enquadramento legal" - fundamentos basilares de qualquer inquirição que honre o direito à ampla defesa assegurado na Constituição - entretanto, continuaram ausentes do presente feito!

A providência essencial - de explicitar o fundamento legal da perseguição - não foi trazida aos autos pela autoridade coatora, que não identificou o artigo ou artigos de Lei ou de regulamento que teriam sido feridos pelo ora apelante. Na falta do fundamento legal, a perseguição a um suposto faltoso, incontornável dever estatal de implacável combate ao iníquo, fica reduzida à pior acepção registrada pelos dicionários: tratamento injusto e cruel infligido com encarniçamento

Instado a enfrentar essa omissão, o respeitável e sempre brilhante MM. Juízo a quo, entretanto, silenciou.

Insiste-se, com a devida vênia, reiterando o que já foi enfatizado nestes autos, que, como fica bem destacado nessa decisão citada do STJ, não basta que a Portaria traga a vaga alusão ao fato punível ou da possível infração; é inarredável a exigência da capitulação legal ou seja: os dispositivos de lei que teriam sido infringidos pelo "acusado".

Que não seja recebida como ofensa, mas como respeitosa lembrança a referência de Louis Begley, em sua primorosa biografia intelectual de Franz Kafka: a informação precisa da capitulação legal era respeitada até nos tribunais nazistas, que sempre, ciosamente, capitulavam as tábuas do Reich que teriam sido ofendidas pelos judeus enviados aos campos de concentração ("não informar às autoridades sua condição judaica"; "acolher judeus clandestinos não cadastrados", etc., etc., figuras legais daqueles tempos de horror que eram previstas nos artigos tais e tais das leis vigentes, caprichosamente capituladas).

No filme Imortal de Stanley Kramer, Julgamento em Nuremberg (Judgment at Nuremberg, 1961), uma das testemunhas trazidas pela acusação, o pobre Rudolph Petersen (Montgomery Clift) revelou, diante dos seus algozes sentados no banco dos réus, que fora preso e levado a um hospital, onde veio a ser submetido a esterilização numa cirurgia. O advogado de defesa dos criminosos nazistas Hans Rolfe (vivido de forma emocionante por Maximilian Schell, Oscar

de melhor ator por essa atuação) num interrogatório diabólico fez a testemunha reconhecer que tinha problemas mentais, sugerindo que, por isso, não poderia, segundo a Lei do Reich, casar e ter filhos. O crime da esterilização, não seria crime,

mas sim uma previsão legal. E diante do pasmo Juiz Dan Haywood (Spencer Tracy) o Dr. Hans Rolfe provou que os carrascos nazistas seus clientes não eram criminosos, apenas aplicavam a Lei: durante todo o tempo o advogado garantiu - e provou - que seus constituintes apenas cumpriam ordens, apenas obedeciam à Lei.

Begley, na biografia de Kafka, sublinha essa horrorosa ironia: os nazistas nunca desrespeitaram a lei. Nunca seria possível invocar uma preliminar de desrespeito àquelas leis imundas. Em Nuremberg, foi preciso que um dos réus, o Dr. Ernst Janning (Burt Lancaster, magnífico), que era o pior de todos os criminosos, dissesse que a Lei era criminosa. e que todos os réus ali presentes eram criminosos pela cumplicidade com as leis imundas.

Felizmente, vivemos num tempo em que as leis não são imundas e que enfrentamos os embates diante de um Poder Judiciário, de magistrados, de uma Advocacia Geral da União, dignos de suas posições. Vivemos numa sociedade democrática, governada por valores péticos de Liberdade e Justiça. Temos leis que governam e nos orgulham. É justamente por litigar nesse cenário límpido que o peticionário empenhada mente reitera o seu direito incontornável de SABER EXATAMENTE QUE ARTIGOS DE LEI É ACUSADO DE TER TRANSGREDIDO.

Depois de uma extensa Sindicância, ou a autoridade coatora tem uma idéia mais ou menos clara de que artigo ou artigos de Lei foram infringidos (de forma a justificar um Processo Administrativo), ou confessa que não tem elementos para instaurar um Processo Administrativo. É exatamente essa a questão: a autoridade pública que não tem condições indicar os supostos artigos de Lei ou de regulamento que foram infringidos por um "acusado", por certo não tem condições legais de instaurar um inquérito (processo administrativo).

Insiste-se que, por óbvio, não é preciso que os fatos que justificam o inquérito sejam expostos de forma minuciosa e detalhada, como numa denúncia criminal.

Mas é necessário que sejam minimamente referidos, dando conta das irregularidades ou condutas suspeitas que teriam sido praticadas ou seriam imputadas ao servidor, bem como os resoectivos atos legais ou regulamentares que teriam sido infringidos.

É impossível produzir "ampla defesa" sem conhecer, além dos fatos supostamente faltosos, também os precisos dispositivos legais ou regulamentares que teriam sido infringidos.

Por isso, reiterando o que já se fez na petição inicial, o impetrante denuncia e prequestiona a violação do artigo 5º, inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal. "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes."

Durante a instrução, antes mesmo da ilustre sentença recorrida, o apelante denunciou - e reafirma com a máxima vênia essa respeitosa irresignação - que se caracteriza, além da ilegalidade, também omissão e contradição.

Omissão porque o ilustre "Despacho/Decisão" de fls., dos embargos de declaração, interpostos depois de a liminar ter sido parcialmente negada, deixou de considerar a flagrante ilegalidade, caracterizada pela inexistência, na portaria que instituiu o Processo Administrativo, de fundamento legal. A nova portaria exarada por ordem judicial, continuou, ilegalmente, a não delimitar a acusação, continuou a não indicar os dispositivos legais ou regulamentares que teriam sido ofendidos pelo apelante - mesmo depois que a autoridade coatora foi instada a regularizar os termos da portaria.

Contradição porque, mesmo sem a capitulação legal ou regulamentar do suposto fato punível, o ilustre "Despacho/Decisão" embargado considerou - ilegalmente, data venia - em condições de prosseguir o dito Processo Administrativo.

Quando se vê o esmero da parte ex-adversa em pugnar pela exata definição dos prazos prescricionais, também o apelante participa dessa justa preocupação: como qualquer acusado, precisa saber, - tem o direito de saber - de que infração legalmente punível, de que crime é acusado, para poder se defender. Também por isso, quer conhecer os exatos inconvenientes e benefícios que os prazos prescricionais lhe podem proporcionar - prazo que derivam da exata capitulação legal.

DIANTE DO EXPOSTO, respeitosamente, pede o apelante que seja dado provimento ao presente recurso para reformar a sentença recorrida declarar nulo e sem nenhum efeito o dito inquérito Administrativo nº 11080.001715/2011-14 realizado pela Comissão de inquérito instituída pela Portaria Escor10 nº 4 de 20 de maio de 2011 da Corregedoria Geral da Receita Federal.

Prequestiona a violação do dispositivo constitucional acima apontado - artigo 5º, inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal, - assim como a contrariedade em relação à decisão do STJ, no julgamento do RMS 1999/0009395-0 publicado no DJ - 22/11/1999, pg. 00194."

A União apresentou contrarrazões.

Manifestou-se o MPF, evento 5, pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Peço dia.

VOTO

A autoridade administrativa ao proferir a sua decisão no processo administrativo disciplinar dispõe, como não poderia deixar de ser, de certo poder discricionário no exame da prova e do próprio fato imputado ao servidor.

Nesse sentido, é tranquilo o entendimento da melhor doutrina, consoante o magistério de SERGE SALON, *verbis*:

"Il est de règle que le chef de service dispose, sous le contrôle du juge, de l'entière liberté d'apprécier si le comportement d'un subordonné est effectivement contraire à ses obligations et, s'il en est ainsi, de définir lui même l'incrimination". (In Délinquance et Répression Disciplinaires dans la Fonction Publique, Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 47).

Identicamente, entre outros, os seguintes autores: SANTI ROMANO, *in* Scritti Minori, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1950, v. II, p. 115, n. 22;

ROGER BONNARD, in Précis Elémentaire de Droit Administratif, Recueil Sirey, 1926, p. 138.

Por conseguinte, não é concebível - como muitas vezes se pretende - a substituição do critério adotado pela autoridade administrativa competente para julgar o processo disciplinar pelo do servidor investigado, uma vez que tal poder não dispõe sequer o Poder Judiciário ao apreciar, na via judicial, decisões proferidas em processos disciplinares, pois, caso contrário, estaria o magistrado investindo-se nas atribuições, seja da Comissão de Sindicância, seja a do Administrador a quem compete o julgamento do processo disciplinar, em clara violação ao princípio da Separação dos Poderes, insculpido no art. 2º da Magna Carta.

A respeito, precioso o ensinamento de CARLOS S. DE BARROS JR., em conceituada monografia, *verbis*:

"Essa discricionariedade do poder disciplinar, em tese de reconhecimento unânime pela doutrina, surge não só no que diz respeito à iniciativa e atuação, como no que tange ao conceito da infração, sua apreciação e certa latitude na escolha da pena."
(In Do Poder Disciplinar na Administração Pública, Editora Rev. dos Tribs., São Paulo, 1972, p. 205, n. 109).

Por outro lado, sob pena de violação à garantia do art. 5º, LV, da CF, a instrução do processo administrativo disciplinar deve ser realizada no local onde está lotado o servidor.

Ao julgar o RE nº 87.152-PB, deliberou a Suprema Corte, *verbis*:

"Funcionário autárquico estável. Demissão fundada em inquérito administrativo. Nulidade consequente do manifesto cerceamento de defesa quando a Constituição impõe que seja ampla. Efeitos.

II. Realizado o inquérito fora da sede e em capital distante da repartição onde o servidor exercia sua atividade e cabia a coleta das provas, obstando que pudesse acompanhar todos os termos do procedimento, acarretando-lhe o cerceamento de sua defesa, invocado em vão, certo não pode prevalecer tal inquérito, que culminou com a aplicação da pena máxima.

III. RE conhecido pela manifesta contrariedade no art. 189, II, da Constituição de 1946, mantido pela de 1967, art. 103, II, e repetido na vigente, art. 105, II, e provido."

(In RTJ 92/1.228)

Em seu voto, salientou o eminente Relator, o Ministro THOMPSON FLORES, *verbis*:

"(...)

5. Com efeito.

São fatos certos que as ocorrências que motivaram o inquérito e serviram de base à demissão do recorrente se passaram todas na cidade de João Pessoa, na Delegacia Regional do IAA, chefiada então, por ele.

Todavia, o inquérito foi instaurado na cidade do Recife, onde funcionou a respectiva Comissão, do princípio ao fim, colhendo todas as provas.

Desde o primeiro instante reclamou o recorrente, além de faltas outras que apontou, como se vê do próprio relatório da Comissão, fls. 26/8, não logrando, todavia, ser atendido.

Tal proceder como anotaram os próprios votos vencedores do aresto impugnado importaria em virtual nulidade pela presunção de prejuízo que causaria.

Por ela não deram porque não testemunhado o mal que tivesse originado.

Não tenho por fiel dita conclusão, à garantia assegurada, de forma expressa, por todas as Constituições ao dispor, também, expressamente sobre a amplitude da defesa do indiciado.

O qualificativo que aí se atribui à defesa não se concilia com a que pudesse ser produzida pelo indiciado em outro Estado, distante da sede onde os fatos deveriam ser investigados, notadamente o servidor que por falta de recursos não dispôs de meios para acompanhar todas as provas produzidas, melhor instruindo seu defensor; (...)

Acho que não é preciso, num caso desses, demonstrar a efetividade do prejuízo. Este é evidente por si mesmo. São desses fatos que a própria experiência da vida está a demonstrar, o funcionário que reside, que praticou atos em João Pessoa, ter examinados os fatos de sua gestão com depoimentos e outras provas feitas em Recife, constitui forte detrimento de defesa" (In RTJ 92/1.233)

Ademais, na composição da Comissão Disciplinar não pode figurar servidor com posição hierárquica inferior a do servidor sindicado.

A matéria também já foi objeto de apreciação pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 75.159-BA, em que foi relator o eminente Ministro THOMPSON FLORES, *in* RTJ 68/491.

Em seu voto conclui o ilustre Ministro THOMPSON FLORES, após referir a tranquila jurisprudência a respeito da Suprema Corte, pela nulidade de processo administrativo do qual participaram servidores de inferior hierarquia a do acusado, independentemente de qualquer impugnação na via administrativa (*In* RTJ 68/493).

Ora, na ordem constitucional em vigor, a Administração Pública, nos termos do art. 37 da CF/88, submete-se ao princípio da legalidade, não lhe sendo permitido a prática de atos administrativos em manifesta violação à letra e ao espírito da Magna Carta, incumbindo aos seus agentes a observância estrita dos ditames da Constituição.

Nesse sentido, a lição de CHARLES DEBBASCH e MARCEL PINET, *verbis*:

"L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution."

(*In Les Grands Textes Administratifs*, Sirey, Paris, 1970, p. 376)

Pertinente, ainda, o ensinamento de PAUL ROUBIER, *verbis*:

"La non-observation des conditions de validité possées par la loi à la confection de cet acte aurapour sanction une action de nullité ou en rescision, c'est-à-dire une action qui n'entrait aucunement dansles vues de l'auter (ou des auteurs) de l'acte juridique.

Ici encore cette action n'est pas fondée sur la violation d'un droit antérieur, elle est fondée sur une infraction à un devoir, le devoir d'observer les conditions légales de validité de l'acte posées par la loi."

(*in Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, pp. 74/5)

Cabe ao Poder Judiciário o exame da alegada violação ao direito assegurado pela Carta Magna, ou seja, o princípio da legalidade previsto no art. 37 da CF/88.

A respeito, leciona BERNARD SCHWARTZ, in Commentary on the Constitution of the United States - The Rights of Property, the Macmillan Company, New York, 1965, pp. 2/3, *verbis*:

"The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section 1, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed.

The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power."

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de JOHN RANDOLPH TUCKER, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, *verbis*:

"All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are "irritum et insane" - null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits."

(In The Constitution of the United States, Callaghan & Co., Chicago, 1899, pp. 66/7, § 54)

Outro não é o ensinamento de DANIEL WEBSTER, *verbis*:

"The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution."

(In The Works of Daniel Webster, Little, Brown and Company, Boston, 1853, v. I, p. 331)

No regime do Estado de Direito não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da Administração Pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual.

Nesse sentido, também, a já citada lição de CHARLES DEBBASCH e MARCEL PINET, *verbis*:

"L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution."

(In Les Grands Textes Administratifs, Sirey, Paris, 1970, p. 376)

In casu, trata-se de caso típico de exame da legalidade da ação da Administração pelo Poder Judiciário, ou seja, a existência ou não de nulidade do processo administrativo disciplinar.

A respeito, anota o saudoso Min. VICTOR NUNES LEAL, em sua obra Problemas de Direito Público, 1ª edição, Forense, Rio, 1960, p. 264, *verbis*:

"A "legalidade" do ato administrativo compreende, não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dêle constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente."

Impõe-se destacar, pela sua importância, expressivo voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro LAUDO DE CAMARGO no julgamento da Apelação Cível nº 6.845, onde assinalou o ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"Não é isenta de censuras a proposição de que o juiz só tem a ver com a existência ou não do processo administrativo, sendo-lhe defeso perquirir do que vai por seu merecimento. Não é assim. O preceito de lei não pode ser de tal modo sacrificado.

Seria frustrar a ação do judiciário. Cada poder tem vida autônoma, age com independência e se move em esfera própria.

Mas si o executivo pratica um ato, que é dado como irregular, ao interessado cabe recorrer à justiça e pedir a esta que o aprecie.

Na apreciação, o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado.

Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinaram.

Se houve processo e pelas provas dadas nada se concluir contra o acusado e não obstante isso, veio êle a padecer demissão, poderá assim dar a esta como legítima, só pelo fato de deparar com um processo?

Melhor fôra então que o ato demissionário não ficasse dependente de processo algum, se só pelo exterior fosse o ato julgado, contrariando o que êle contivesse.

O judiciário é chamado para dizer se há ou não algo ilícito, capaz de originar reparação.

Como saber se o ato foi ou não lícito sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos?"

(In Revista Forense, v. 78, p. 494)

Ademais, na Sindicância impende ouvir o sindicato, sob pena de ser comprometido o seu direito de defesa e o próprio rumo a ser tomado pela investigação.

A respeito, pertinente o magistério do Prof. MARCEL WALINE acerca da importância da ouvida do servidor no processo administrativo disciplinar, bem como a sua presença na inquirição das testemunhas, *verbis*:

"G) La présence de l'inculpé ou de ses défenseurs n'est pas nécessaire lors de l'audition des témoins par l'enquêteur, pourvu que le compte rendu de cette audition lui soit communiqué en temps utile.

Il est à remarquer que la solution contraire est imposée, si l'audition se fait devant le conseil de discipline lui-même, tant par le texte applicable au personnel hospitalier (art. 43 et 45 du décret du 20 mai 1955; l'arrêt le rappelle expressément), que par la jurisprudence applicable à l'ensemble des fonctionnaires et agents publics (15 janvier 1943, Fortuné, p. 9; 30 novembre 1949, de Saint-Thibault, p. 516; 2 juin 1954, Peyrethon, p. 325).

On peut se demander pourquoi le Conseil d'État n'exige pas, lorsque les témoignages sont produits devant un enquêteur unique (qui peut être, rappelons-le, l'instigateur de la poursuite lui-même), ce qu'il exige lorsque les témoins sont entendus par tout le conseil. Sans doute a-t-il pensé (la rédaction de l'arrêt le laisse clairement entendre) que cette présence n'est exigée par un texte que si les témoins sont entendus par le conseil et qu'il n'appartient pas à la jurisprudence d'étendre sans texte cette obligation. A l'objection que les droits de la défense risquent de ne pas être sauvegardés, il répond que le respect des droits de la défense exige seulement que le rapport analysant les déclarations des témoins soient communiqués à l'agent inculpé suffisamment tôt avant la réunion du conseil, pour qu'il puisse discuter le rapport.

Cette argumentation ne nous convainc pas. S'il est permis, pour une fois, au commentateur d'évoquer un souvenir personnel - pour la première fois dans une longue carrière d'annotateur - il nous a été donné, en 1945, de présider une commission d'épuration. Entendant des témoignages accablants pour les agents poursuivis, nous avons régulièrement invité les témoins à renouveler leurs déclarations en présence de l'"inculpé". Le résultat était, dans la grande majorité des cas, une rétractation spontanée du témoignage. Aussi pensons-nous que, bien plus que l'adage Testis unus, testis nullus s'impose, dans toute procédure tendant à la recherche de la vérité sur des faits, la règle qu'un témoignage donné hors de la présence de l'inculpé est de bien peu de valeur, comparativement à un témoignage fait devant lui. Les juges d'instruction le savent bien, qui recourent presque régulièrement à des confrontations.

Nous pensons donc que si rien n'obligeait strictement, en l'absence de textes, le Conseil d'État à étendre aux témoignages recueillis par l'enquêteur, la règle de l'audition en présence de l'inculpé, que les textes n'exigent que devant le conseil de discipline lui-même, rien non plus ne l'empêchait de juger que ce caractère contradictoire de l'audition des témoins était seul susceptible de garantir efficacement les droits de la défense, et qu'il aurait été mieux inspiré en jugeant ainsi.

Cela nous paraît d'autant plus vrai, que la jurisprudence du présent arrêt va permettre de tourner facilement la règle posée par les articles 43 et 45: il suffira de renoncer systématiquement aux auditions de témoins par le conseil de discipline et de les renvoyer à une enquête. Ainsi, la présence obligatoire de l'agent poursuivi se trouvera-t-elle ipso facto éludée. C'est pourquoi nous regrettons cette solution."

(In Revue du Droit Public et de la Science Politique, L.G.D.J., 1964, pp. 443/4)

Da mesma forma, impõe-se a indicação na Portaria de instauração do processo disciplinar das infrações a serem averiguadas.

Não se trata de mera formalidade, mas de pressuposto essencial para a concretização da garantia da plena defesa do acusado, insculpida na

Constituição (art. 153, § 15, da CF de 1969; art. 5º, LV, da CF de 1988). Impende, pois, que a Portaria descreva o ato ou atos a apurar, indicando-se as infrações a serem punidas.

Realmente, ao fixar o alcance do art. 5º, LV, da CF, não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não o faz (CARLOS MAXIMILIANO, *in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, p. 306, n. 300), notadamente quando se trata de interpretação constitucional.

A respeito, pertinente o magistério sempre autorizado de PONTES DE MIRANDA, *verbis*:

"Na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fito proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido; é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética. Com isso não se proscreve a exploração lógica. Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufla a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras jurídicas consideradas em conjunto, o de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição, portanto, é excepcional."

(In Comentários à Constituição de 1967 com Emenda nº 1 de 1969, 3ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, t. I, p. 302, n. 14).

Outra não é a lição de HENRY CAMPBELL BLACK, em obra clássica, *verbis*:

"Where the meaning shown on the face of the words is definite and intelligible, the courts are not at liberty to look for another meaning, even though it would seem more probable or natural, but they must assume that the constitution means just what it says."

(In Handbook of American Constitutional Law, 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 68)

Ademais, recorde-se antigo aresto do saudoso Ministro HANNEMANN GUIMARÃES ao julgar o RE nº 9.189, *verbis*:

"Não se deve, entretanto, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica." (In Revista Forense, v.127/397).

Ora, inobservada tal formalidade, resta comprometida a garantia constitucional prevista no art. 5º, LV, da CF/88.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula, não produzindo

qualquer efeito jurídico, sendo a declaração de inconstitucionalidade ex tunc (in RTJ 102/671; 143/859; 146/461 e 147/985-6).

A respeito, pronunciou-se o eminente Ministro THOMPSON FLORES, quando Presidente da Suprema Corte, ao votar no julgamento da Rp. Nº 1.014-RJ, *verbis*:

'A lei ou o ato atingido, porque inconstitucionais são nulos desde o nascedouro; são eles, como afirmava Ruy, como se nunca tivessem existido; seu efeito dessarte, pelo nosso sistema, é sempre ex tunc. E esta é a jurisprudência indiscrepante e reiterada do Supremo Tribunal Federal.'

(in RTJ 91/776)

Da mesma forma, manifesta-se a melhor doutrina, *verbis*:

"The general rule is that an unconstitutional statute, though having the form and name of law, is in reality no law, but is wholly void, and in legal contemplation is as inoperative as if it had never been passed. Since an unconstitutional law is void, it imposes no duties and confers no power or authority on any one ; it affords protection to no one, and no one is bound to obey it, and no courts are bound to enforce it.

When a judgment of any court is based on an unconstitutional law, it has been said that it has no legitimate basis at all, and is not to be treated as a judgement of a competent tribunal, and courts of other states are not required to give to it the full faith and credit commanded by the provisions of the United States constitution as to the public acts records and judicial proceedings of other states."

(in Constitutional Law - Ruling Case Law, The Lawyers Co-operative Publishing Company, Rochester, N. Y. 1915, v. 6, pp. 117-8, n. 117)

"An unconstitutional act is not a law. It confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office. It is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed."

(HENRY CAMPBELL BLACK, in Handbook of American Constitutional Law., 2ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1897, p. 66, n. 46).

A respeito, ainda, deliberou o Pretório Excelso que é nulo o processo administrativo disciplinar que omitir a substância de fato das acusações na portaria de sua instauração (RE nº 120.570-BA, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, in RTJ 138/658).

No mesmo sentido, inclina-se a doutrina, consoante o magistério de CINO VITTA, em obra clássica, *verbis*:

"La giurisprudenza ha ripetutamente affermato che l'imputato deve conoscere tutti i punti essenziali sui quali poggia l'accusa, e l'aver trascurato di notificargliene taluno è motivo di nullità del procedimento;" (CINO VITTA, in Il Potere Disciplinare Sugli Impiegati Pubblici, Società Editrice Libreria, Milano, 1913, p. 477).

Da mesma forma, entre outros, o ensinamento de MARCEL WALINE, in Traité Élémentaire de Droit Administratif, 6ª edition, Sirey, Paris, 1952, p. 348, 4º, bem como o de HELY LOPES MEIRELLES, in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª edição, Rev. dos Tribunais, 1989, p. 591.

Concluindo, podemos afirmar, com fulcro na melhor doutrina e na jurisprudência: I) o art. 172 da Lei nº 8.112/90 - que corresponde ao art. 231 da Lei nº 1.711/52 - não viola qualquer dispositivo da Carta de 1988; II) para resguardar a garantia inculpada no art. 5º, LV, da CF, a portaria que instaurar o processo administrativo disciplinar deve conter todos os fatos pelos quais é investigado o servidor; III) na composição da Comissão de Sindicância não pode figurar servidor com posição hierárquica inferior a do sindicado; IV) a instrução do processo administrativo disciplinar deve ser realizada no local onde está lotado o servidor; V) e, finalmente, enfatizar a importância da ouvida do servidor no processo administrativo disciplinar, bem como a sua presença na inquirição das testemunhas, consoante assinalado pelo Mestre WALINE na lição antes transcrita. A respeito, ainda, é de todo pertinente recordar o magistério do saudoso Ministro CARLOS THOMPSON FLORES acerca do direito de defesa no processo administrativo, expresso em palavras lapidares, *verbis*:

"9.2 É lamentável que a Egrégia Corte tenha procedido contra a lei, realizando o ato impugnado, deslembada de assegurar o direito de defesa à concorrente, máxime nas circunstâncias em que o fez. Dito direito é inato à criatura humana.

O próprio Deus, o mais sábio e justo dos juizes, assim o entendeu, apesar do seu poder total, desde o princípio do mundo. Externou-o ao ser cometido o primeiro homicídio ocorrido sobre a Terra, quando Caim, levado pela inveja, matou seu irmão Abel.

São palavras do Senhor, segundo a Bíblia Sagrada, Genesis, cap. 4, n. 9:

"E o Senhor disse a Caim: onde está teu irmão Abel ao que Caim respondeu. Eu não sei. Acaso sou eu guarda do meu irmão?"

E consta do mesmo livro e capítulo, n. 10:

"Disse-lhe o Senhor: Que é o que fizeste? A voz do sangue de teu irmão clama desde a terra até mim."

E, só então, o Senhor o puniu. Não se animou, o maior Juiz, a aplicar-lhe a sanção, como o fez, sem ouvi-lo para que se defendesse.

E assim seguiu-se na marcha das gerações.

Entre nós, o direito de defesa jamais foi ignorado e deixou de ser reconhecido. Desde o regime republicano, conforme a Constituição de 1891, resultou expresso, art. 72, § 16. Integrou, ele, as demais Constituições que àquela se seguiram: 1934, 1937, 1946, 1967 e Emenda nº 1/69, art. 153, § 15, em pleno vigor.

9.3 Por certo os fatos mais comuns ocorrem nos procedimentos criminais. Mas sempre se reconheceu a necessidade de observar-se o direito de defesa nos processos administrativos, quando do seu exame se imputa falta grave ao servidor. No presente procedimento, a toda evidência, ele é de aplicar-se, eis que trata de processo semelhante ao qual incidem normas decorrentes do Direito Administrativo.

9.4 Cabe assinalar que mesmo no regime revolucionário instaurado no País em 1964, os Atos Institucionais, embora sobranceiros à própria Constituição, reconheceram o direito de defesa, deixando-o expresso. Assim ocorreu com o primeiro deles, AI n. 1/64, art. 7º, § 4º, com a regulamentação que lhe atribuiu o Decreto nº 53.897, de 27.04.1964, art. 5º (in R.F., v. 206/434), ao impor graves sanções.

No S.T.F. concorri com meu voto para anular diversas sanções impostas com base no citado art. 7º, § 4º. E o fundamento central das nulidades dos procedimentos referidos assentou na falta de audiência dos imputados, como o impunha a citada legislação. Destaco de tais julgamentos os primeiros deles, publicados na R.T.J., v. 47/211; v. 50/67; e v. 53, ps. 120 e 379. Inegavelmente o princípio em comentário, direito de defesa, aplica-se ao procedimento do concurso quando, é certo, ocorre acusação sobre o concorrente já admitido em definitivo, depois de procedido o seu respectivo exame, discricionariamente, pelo Tribunal. Certo ele não

vem expresso, apesar dos detalhes introduzidos na regulamentação do concurso, seja, no edital, seja em leis outras a ele referentes.

Dito direito, que o Padre Vieira acentuava em seus "Sermões" ser "sagrado", está implícito na sua disciplinação, eis que a Constituição sobre ele incide, projetando-se com toda a força e intensidade."

(In Revista de Direito Administrativo, v. 225, pp. 420/5)

Ora, no caso em apreço, a portaria que inaugurou o processo administrativo disciplinar não descreveu os fatos de maneira que permitisse a ampla defesa ao apelante, comprometendo a garantia insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal, sendo, pois, nulo o processo disciplinar.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação, concedendo a segurança postulada.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Relator

Documento eletrônico assinado por **Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5169164v13** e, se solicitado, do código CRC **3624213D**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Data e Hora: 02/08/2012 14:18

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019536-17.2011.404.7100/RS

RELATOR : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

APELANTE : PAULO BONIFACIO SEMPE BALADAO

ADVOGADO : LINDA ELEM UFLACKER LUTZ

APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO DIVERGENTE

Dirirjo do Eminentíssimo Relator, pois não vislumbro a demonstração de abuso ou ilegalidade contra direito líquido e certo do autor a ser amparado pelo presente mandado de segurança.

Inicialmente, ressalto que o alegado "fato novo" trazido nos memoriais em nada influi no presente julgado pois aqui se trata mandado de segurança onde é alegado violação ao direito líquido e certo de defesa do autor, quando foi notificado da abertura do processo administrativo disciplinar. Inexiste, portanto, neste momento, qualquer relevância em decisões de mérito na instância penal de primeiro grau quanto à eventual inexistência de fato típico penal, considerando-se a independência das instâncias penal e administrativa, em vista da diversidade das penas aplicadas nestas instâncias. Isto é, o fato de inexistir crime não significa inexistir a infração administrativa disciplinar. A imputação administrativo disciplinar difere da imputação penal e desta não depende.

O fundamento apontado pelo Eminentíssimo Relator para anular **todo** o processo administrativo disciplinar já havia sido eficazmente saneado, não se justificando a anulação de todo o procedimento administrativo disciplinar. Aliás, como bem asseverado pelo MPF nesta instância: "*... a única possibilidade fática de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, foi, no momento oportuno, corrigida pelo autoridade administrativa.*"

É que foi editada nova Portaria nos termos em que determinada pela parcial liminar deferida pelo juízo de primeiro grau, em que foi constituída Comissão de Inquérito para averiguar possíveis irregularidades cometidas pelo impetrante, bem como os fatos imputados a ele foram especificados, situação que possibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa.

A bem da verdade dos fatos, é que em nenhum momento houve qualquer dificuldade ao exercício da ampla defesa do autor, que teve total ciência dos fatos que lhe eram imputados ao ser devidamente notificado.

Veja-se que, inicialmente, foi instaurada uma sindicância para apuração dos fatos tendo o relatório desta sindicância após oitiva de vários depoimentos, inclusive do impetrante, concluído que seria necessário a instauração de procedimento administrativo disciplinar tendo em vista a gravidade dos fatos. Veja-se:

"Os elementos trazidos nos autos revelam fortes indícios de que, ... havia uma orientação e/ou determinação do servidor Paulo Bonifácio Sempe Baladão, Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), matrícula nº 65087, enquanto Inspetor-Chefe da IRF/PXR-RS, aos servidores públicos a ele subordinados para, nesta condição, agirem, durante o curso dos despachos aduaneiros de importação, de modo a concretizar interesses de entidade privada (ASSIMPEX), mediante o uso de seus cargos e daquela Inspetoria da Secretaria da receita Federal do Brasil, como instrumentos de coerção e controle do pagamento de valores de interesse daquela associação.

Pelo que foi possível apurar durante os trabalhos de instrução e dada a gravidade dos indícios de irregularidades imputados ao servidor Paulo Bonifácio Sempe Baladão, vislumbrando-se, em tese, caso se confirmem os indícios, a possibilidade de aplicação de penalidade mais severa que a prevista

no art. 145, inc. II da Lei nº 8.112/90, entende-se reatar inviabilizada a continuidade deste procedimentos de sindicância, apresentando-se, como forma mais adequada, o uso da modalidade de Processo Administrativo Disciplinar *stricto sensu*, ordenada pelos arts. 148 c/c 149, da Lei nº 8.112/90, observando-se o disposto no art. 154, da mesma Lei (Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução). Tal procedimento também devesse apurar a suposta ocorrência de falta de urbanidade e **assedio** moral constante dos autos."

Verifico, assim, que nenhuma ilegalidade ou abusividade foi perpetrada pela autoridade apontada como coatora.

Além disso, a jurisprudência do STJ é clara:

"É firme o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que, tão-somente, na fase seguinte - o termo de indiciamento - que se faz necessário especificar detalhadamente a descrição e a apuração dos fatos. Com maior razão, portanto, não implica em nulidade a ausência de descrição dos elementos relativos à culpa ou ao dolo quando da prática da conduta infracional." (STJ; ROMS 24138; Relator(a) LAURITA VAZ; QUINTA TURMA; DJE DATA:03/11/2009).

Quanto à alegação de que o impetrante teria sido notificado erroneamente como "acusado", igualmente não se vislumbra qualquer mácula ao procedimento disciplinar, na medida em que a própria lei prevê tal denominação, como se vê no art. 143 da Lei 8.112/90: "A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao **acusado** ampla defesa."

A utilização do termo que a própria lei prevê, de forma alguma caracteriza prejulgamento da comissão disciplinar.

Bem examinou a questão o MPF no primeiro grau: "À toda evidência, traçou o impetrante um paralelo com a nomenclatura utilizada no Processo Penal, onde a designação do agente como acusado pressupõe o regular oferecimento de denúncia e seu recebimento pelo Poder Judiciário, o que não se aplica na seara administrativa, onde termo se refere simplesmente ao indivíduo a quem se imputa a prática de quaisquer irregularidades, graves ou de pouca monta."

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso, mantendo a bem lançada sentença que denegou a segurança.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5219972v7** e, se solicitado, do código CRC **6BAF22D0**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Maria Lúcia Luz Leiria

Data e Hora: 17/09/2012 16:21

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019536-17.2011.404.7100/RS

RELATOR : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

APELANTE : PAULO BONIFACIO SEMPE BALADAO

ADVOGADO : LINDA ELEM UFLACKER LUTZ

APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO DIVERGENTE

Com a vênia do Eminentíssimo Relator, voto no sentido de manter a sentença.

Na inicial, o impetrante sustenta não haver acusação formalizada, haja vista que a portaria de instauração do PAD não menciona os fatos imputados e nem os dispositivos legais que teriam sido ofendidos.

No entanto, por dois motivos, entendo não haver razão para amparar a pretensão do impetrante.

A uma, porque na notificação entregue ao impetrante havia a advertência de que ele estava sendo comunicado acerca da "instauração do Processo Administrativo Disciplinar nº 11080.002091/2005-12, para apurar possíveis irregularidades referentes aos atos e fatos constantes do citado processo", seguindo, em anexo, "cópia integral dos autos que conta com 115 (cento e quinze) folhas, para que V. Sa. Tenha ciência de seu inteiro teor, sem prejuízo do direito de vistas aos autos, que lhe é assegurado".

Ora, é evidente que a portaria de abertura não precisa conter, formalmente, nela, toda a descrição dos fatos imputados ao servidor, sendo plenamente aceitável que ela faça remissão a outro documento, desde que ele seja entregue ao interessado. No PAD nº 11080.002091/2005-12, mais especificamente na conclusão do relatório da comissão de sindicância consta:

*Os elementos trazidos aos autos revelam fortes indícios de que, sem qualquer permissivo em convênio, ato normativo, lei ou nas disposições constantes no regulamento aduaneiro, e à revelia dos princípios norteadores dos atos da Administração Pública, em especial os princípios da legalidade e da impessoalidade estatuídos no caput do art. 37 da Constituição Federal, bem como os da finalidade e do interesse público estabelecidos no art. 2º da Lei nº 9.784/99, havia uma orientação e/ou determinação do servidor Paulo Bonifácio Sempe Baladão, Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB), matrícula nº 65087, enquanto Inspetor-Chefe da IRF/PXR-RS, aos servidores públicos a ele subordinados para, nesta condição, agirem, durante o curso dos despachos aduaneiros de importação e exportação, de modo a concretizar interesses da entidade privada (ASSIMPEX), mediante o uso de seus cargos e daquela Inspeção da Receita Federal do Brasil, como instrumentos de coerção e controle do pagamento de valores de interesse daquela associação. (...) Tal procedimento também deverá apurar a suposta ocorrência de falta de urbanidade e **assédio** moral constante dos autos.*

Como se vê, a descrição dos fatos é bastante clara, ao que deve ser somado o fato de que o impetrante foi ouvido na sindicância, contando, inclusive, com a assistência de advogados.

Da mesma forma, é importante destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica, no sentido de que "não é necessária a descrição minuciosa dos fatos, tampouco de eventual capitulação legal na portaria de instauração e, logo, sua ausência não viola a amplitude de defesa. Precedente: MS 15.786/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.4.2011, DJe 11.5.2011" (RMS nº 35.208/DF, 2ª Turma do STJ, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 27/02/2012). Neste mesmo sentido:

*A ausência de descrição minuciosa dos fatos no ato de instauração do processo administrativo não acarreta a nulidade do processo administrativo disciplinar, visto que tal formalidade somente é imprescindível no ato de indiciamento, quando deverão ser especificados os fatos e o respectivo enquadramento legal das condutas, além de se indicar as provas colhidas, a fim de propiciar o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. E essa a regra contida no art. 161 da Lei 8.112/90.
(MS nº 16.567/DF, 1ª Seção do STJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 18/11/2011)*

A duas, porque, mesmo admitindo eventual violação à ampla defesa - que não ocorreu - houve saneamento do vício pela edição de nova portaria, em atendimento à medida liminar deferida pelo juízo de primeiro grau. Não há razão, pois, para se determinar a anulação de todo o procedimento administrativo disciplinar.

Por fim, quanto à alegação de que o impetrante teria sido notificado equivocadamente na qualidade de "acusado", é evidente que daí não pode

decorrer nenhuma nulidade, tendo em vista que a própria Lei nº 8.112/90 se utiliza dessa denominação em seu art. 143: "A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao **acusado** ampla defesa."

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

NICOLAU KONKEL JUNIOR

Documento eletrônico assinado por **NICOLAU KONKEL JUNIOR**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5220692v2** e, se solicitado, do código CRC **7683696E**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Nicolau Konkel Junior

Data e Hora: 12/09/2012 22:55

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 01/08/2012 **APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019536-17.2011.404.7100/RS** **ORIGEM: RS 50195361720114047100**

RELATOR : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ

PRESIDENTE : Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

PROCURADOR : Dr(a) Maria Hilda Marsiaj Pinto

SUSTENTAÇÃO ORAL : Adv. José Antonio Gomes Pinheiro Machado por Paulo Bonifácio Sempe Baladão

APELANTE : PAULO BONIFACIO SEMPE BALADAO

ADVOGADO : LINDA ELEM UFLACKER LUTZ

APELADO : UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 01/08/2012, na seqüência 162, disponibilizada no DE de 18/07/2012, da qual foi intimado(a) UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO. DETERMINADA A JUNTADA DE NOTAS TAQUIGRÁFICAS.

RELATOR ACÓRDÃO : Juiz Federal NICOLAU KONKEL JUNIOR
VOTANTE(S) : Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
: LENZ
: Juiz Federal NICOLAU KONKEL JUNIOR
: Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Letícia Pereira Carello
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado por **Letícia Pereira Carello, Diretora de Secretaria**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5228788v1** e, se solicitado, do código CRC **21098D20**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LETICIA PEREIRA CARELLO:11005
Nº de Série do Certificado: 1E85262BF605B450
Data e Hora: 02/08/2012 13:13:44

NOTAS DA SESSÃO DO DIA 01/08/2012 **3ª TURMA**

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5019536-17.2011.404.7100/RS (162P)
RELATOR: Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ

Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
(RELATOR):

Sra. Presidente:

Primeiramente gostaria de esclarecer, inclusive ao eminente advogado, que, no relatório que já alcancei aos ilustres colegas, transcrevi a íntegra da sentença, bem como a íntegra da apelação interposta por V. Exa., que,

diga-se de passagem, é uma bela peça, não só literária como jurídica, e, quando fizer a leitura do voto, farei os comentários a respeito.

RELATÓRIO (no Gabinete)

Dr. JOSÉ ANTÔNIO GOMES PINHEIRO MACHADO (TRIBUNA):

Boa tarde ilustre Desembargadora-Presidente, Srs. Desembargadores, Sr. Desembargador-Relator, Representante do Ministério Público Federal, as minhas homenagens costumeiras, porque é sempre um consolo saber que existe o Poder Judiciário atento para um reclamo como este. Eu queria, se me permitem, começar com uma lembrança do meu pai, do qual eu tive a honra inesperada e indesejada de substituí-lo como titular do Escritório Pinheiro Machado. Houve uma ocasião em que nós tínhamos um processo muito complexo e certa noite ele me acorda às 2h da madrugada e disse assim: "Encontrei uma preliminar que liquida o assunto." Aí eu mal esperei que começasse o dia e ele me disse que realmente era uma preliminar fantástica que destruía os argumentos da outra parte em nosso favor. E ele disse assim: "Mas antes de apresentar, eu quero ouvir o Des. Pedro Soares Munhós." Presidente do Tribunal, homem muito sábio, meu pai tinha uma relação muito boa com ele, e, embora fosse um homem muito severo, muito austero, ele tinha um fino senso de humor. Aí ele examinou todas as questões e disse para o meu pai: "Doutor Pinheiro, capriche na preliminar, porque o mérito é brabo." E eu começo lembrando isso porque aqui nós estamos discutindo uma preliminar. Mas o mérito não é brabo.

O meu cliente está muito bem no mérito, porque ele foi o início de tudo, ele era responsável por uma unidade da Receita Federal em Porto Xavier, um homem muito dinâmico, um homem com incensuráveis assentamentos funcionais e ele imprimiu uma série de alterações, modificações que estabeleceram uma dinâmica totalmente nova no Porto Xavier, que é o local onde ele funcionava. E isso, naturalmente, é um crime incontornável. Há uma passagem do grande escritor francês Gustave Flaubert, quando lançou sua Madame Bovary, que quase dois séculos depois ainda emociona gerações, e ele foi duramente criticado pela imprensa porque era uma obra que por um lado era pornográfica, por outra era mal escrita e tal. Disseram que ele tinha de se defender, ele disse: "Não, não." Isso é a inveja leprosa da imprensa.

E aqui, *data venia*, trata-se de um caso, na substância, do mérito, de inveja leprosa. Mas quem é que está dizendo isso? É o advogado da defesa? É o advogado? Não, quem dá substância ao que se diz é uma decisão judicial, porque todas essas conversas, essas coisas, essas pequenas vilanias que nós conhecemos bem desaguaram em um inquérito policial, que deixa claro que não houve nenhum ilícito, ele não auferiu nenhuma vantagem, porque o ilícito que eventualmente ele teria feito seria capitulado como crime, não praticou nenhum crime, e o despacho-decisão da Juíza Federal é um trunfo lembrado muito bem pelo ilustre Relator, que o próprio Ministério Público requereu o arquivamento do inquérito dizendo que não foi demonstrada nos autos a existência de atos que configurem com a necessária justeza os citados ilícitos penais.

Então se coloca aquela questão e o porquê da impetração. Porque há na jurisprudência uma matéria muito discutida - V. Exas. sabem muito melhor do que eu - que é esta questão: Será que quem instaura um inquérito precisa estabelecer que está respondendo por isso ou por aquilo como se fosse uma denúncia criminal? É claro que não é isso que exige, e a irresignação do apelante não é essa, quer-se apenas saber minimamente do que é que ele vai defender-se, porque senão houve uma longa sindicância, longa e extensa sindicância, que está nos autos do processo e que trouxe todos os fatos, ou possíveis fatos, os detalhes que pudessem fundamentar uma punição. Quando se questionou o que ele queria saber, o que tinha feito, está lá que os fatos e imputações dos quais o impetrante tinha que se defender estavam em algum lugar: "Entre as fls. 97 e 303 do processo número tal." Quer dizer, como se defender dessa forma? E o rigor da jurisprudência, inclusive eu me louvo de um artigo do ilustre Relator em que ele trás um fato muito significativo, além de ser um artigo escrito de forma magnífica, com muita lucidez, com muita clareza, ele trás um fato que para mim é absolutamente relevante e que me surpreendeu quando li, eu não chegava a tanto. Trata-se de um voto de seu ilustre avô, Min. Thompson Flores, em um inquérito, em um processo em que ele anulou o processo, não foi por nenhuma questão formal, mas porque o advogado agiu mal, o advogado defendeu mal, foi mais longe do que se possa imaginar. Ele questiona quando diz assim: "É nulo o processo quando a defesa concedida ao acusado foi apenas aparente, formal, sem atingir, no entanto, ao fim colimado pela franquia constitucional e preceitos da legislação processual." Mais adiante, diz o ilustre, o nosso saudoso Min. Thompson Flores: "É flagrante a absoluta ausência de defesa - como ressaltou o relatório e resumiu a lembrança anterior - com a simples investidura de defensor realizada de parte do Doutor Juiz de Direito, iniciou-se apenas uma determinação legal." E por aí vai. Quer dizer, o Desembargador, o então Des. Thompson Flores, quando ele era Desembargador, aqui no Tribunal do Rio Grande do Sul, nesse magnífico voto, nos coloca que a questão penal e a questão em que se vai punir alguém é tudo no mesmo nível. Mesmo assim, trago um precedente do ilustre Des. Cândido Leal Júnior, em que deu uma liminar em um caso absolutamente idêntico a esse e julgou procedente, e a decisão foi confirmada nessa Corte. Quando foi agravada da decisão que deu a liminar, S. Exa. defende a decisão de uma maneira magnífica. Diz assim:

Não se está dizendo que a Portaria que instaura procedimento disciplinar não possa ser genérica nem a acusação possa ser definida apenas depois da instrução probatória do inquérito. O que a liminar disse, e que agora esse juízo mantém é que isso é uma situação excepcional, que não pode prevalecer, quando já existam e sejam conhecidas da autoridade instauradora fatos certos que deram origem à investigação e já são suficientes por si para a instauração do inquérito sem prévia sindicância.

É uma situação muito importante no entender da defesa, que se coloca para um homem que, depois que é inocentado na instância judicial com essa sentença magnífica, tanto que a própria Juíza coloca entre aspas, e o pedido vem do Ministério Público.

Esse homem, quando vi o que passou o delegado, o que foi falado no inquérito, que era algo muito discutível. Esse homem foi acusado de ser um delinquente e foi submetido... E tanto era sua boa fé ou a sua inadvertência que no inquérito policial se apresentou sem advogado. Era tão límpida a sua situação que o resultado está aqui: o reconhecimento do Ministério Público Federal.

Então, o calvário que esse homem passou durante todo esse tempo não vão ser R\$ 10.000,00 ou de R\$ 15.000,00 ou seja que for, não cabe simplesmente para ele, e pensar em uma reparação, mesmo que ao final venha a vencer em todas as instâncias.

Como resumir o que aconteceu? William Shakespeare, ele é quem tem resposta para isto: Tal como mancha de sangue do punhal de Lady Macbeth, nenhuma essência do oriente lavarás essa nódoa infamante.

Mas não queria terminar essa manifestação sem uma palavra de esperança, e mais uma vez, na falta de engenho e arte, tomo emprestadas palavras de um autor, o grande escritor brasileiro Carlos Heitor Cony:

Não importa afinal a situação dessa hora, como náufrago perdido nas ondas e em meio da noite negra o que importa é sobreviver até a madrugada, ainda que seja apenas para morrer abençoado pelo calor da aurora. Olhando os horizontes, o náufrago não saberá de que lado surgirá a luz, mas espera. Sabe que a aurora saída das águas de repente ameaçará uma cor de dia. Essa espera justifica a sua luta e a sua sobrevivência.

Muito obrigado, Excelências.

[MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL]

Des. Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ
(RELATOR):

Vou pedir, Sra. Presidente, inclusive notas taquigráficas a título de complementação de voto, o meu voto é muito extenso e vou passar cópia ao eminente Advogado, tão logo termine de proferir.

Sra. Presidente, gostaria de cumprimentar S. Exa., o nobre Advogado, e dizer que inclusive disse isso quando da sua visita em meu Gabinete, como visitou também todos os nossos demais integrantes, e trouxe o memorial, que a apelação por V. Exa. interposta foi uma das - estou no Tribunal há mais de 11 anos - peças mais bem feitas que tive oportunidade de ver, se não foi a mais bem feita, possivelmente a mais bem feita, seja sob o aspecto jurídico, seja sob o aspecto literário, cuja veia V. Exa. deu uma pequena amostra. Fiquei muito contente quando V. Exa. lembrou um Juiz que conheci muito, o saudoso Min. Soares Muñoz, que conheci da casa de meu avô e era um homem exemplar sob todas as virtudes exigidas de um Magistrado. Apenas faço um reparo: V. Exa. não substituiu o seu pai, o sucedeu, sucedeu o seu pai no escritório, foi um grande advogado, e V. Exa. possui um dos sobrenomes mais ilustres do Rio Grande do Sul, é sobrinho bisneto do grande Senador Pinheiro Machado e herdou dele as virtudes, inclusive oratórias.

Sra. Presidente, feito esse registro, estou dando provimento à apelação e concedendo a segurança. Realmente, é inconcebível, como dito da

tribuna, e salientado, seja nas razões de apelo, seja no memorial, que não é possível um processo administrativo disciplinar em que o investigado vai querer saber qual a portaria e o fundamento, e a autoridade diz que está entre as folhas tais e tais.

Essa decisão citada da tribuna do então Juiz Federal Cândido, e hoje nosso eminente colega, é primorosa. É óbvio que uma portaria instaurando um processo disciplinar não há necessidade de que prime pelos rigores de uma denúncia criminal. Isso aí qualquer manual de direito administrativo diz, mas também não pode pecar pelo laconismo.

Cito em meu voto sob esse aspecto, e essa é a questão, em que digo o seguinte, depois de citar a lição do Prof. Marcel Waline, em que S. Exa. na *Revue de Droit Administratif*, de 1964, em que invoca a experiência dele como advogado, Prof. Waline que é um dos maiores administrativistas franceses. Ele foi advogado de várias pessoas que foram acusadas depois que a França foi libertada na 2ª Guerra, e houve vários processos em relação aos funcionários do Governo de Vichy, da época da ocupação, lideradas pelo Mal. Petain. Naquela oportunidade, ele apontava os vícios justamente nesses processos administrativos que às vezes eram instaurados por peças meramente lacônicas. Outras vezes a diferença que ele apontava era que, quando o advogado acompanhava a instrução, as testemunhas se pronunciavam de uma maneira; quando ele não vinha acompanhado ou muitas vezes sequer presente estava o acusado, as testemunhas, no processo administrativo disciplinar, simplesmente, tinham uma outra conduta.

Então, esse aspecto da defesa, e há vários votos do Supremo Tribunal Federal em relação a processo contra Magistrado, que sabemos todos que é um servidor público qualificado até pelas exigências constitucionais, as suas garantias, e exige-se um procedimento todo especial.

Digo em meu voto o seguinte, depois de citar o pronunciamento do Prof. Waline:

Da mesma forma, impõe-se a indicação na Portaria de instauração do processo disciplinar das infrações a serem averiguadas. Não se trata de mera formalidade, mas de pressuposto essencial para a concretização da garantia da ampla defesa do acusado, insculpida na Constituição. Impende, pois, que a portaria descreva o ato ou atos a reparar, indicando-se as infrações a serem punidas.

Nesse sentido, há um voto do nosso eminente Min. Sepúlveda Pertence, em que o Pretório Excelso deliberou que é nulo o processo administrativo disciplinar que omitir a substância de fato das acusações na portaria e sua instauração. Esse processo é o Recurso Extraordinário nº 120.570, da Bahia, relator Min. Sepúlveda Pertence, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 138.658.

Neste caso aqui, o Juiz, primeiramente, defere a liminar em parte, impressionado com isso, e aí a autoridade coatora edita uma nova portaria. Eu acho que isso neste momento não bastou, houve prejuízo da defesa, isso foi dito da tribuna, e até em homenagem ao eminente Advogado, eu me lembro daquela obra imortal de Émile Zola, *J'Accuse...!*, que foi feita em defesa do Capitão

Dreyfus, que na virada do século passado foi objeto de acusações pela Justiça Militar francesa mais ou menos nesse teor. Não se sabia quem o acusava, o porquê, e em que circunstâncias.

De modo que, Sra. Presidente, e é um fator fundamental para mim, que vem a reforço, foi a juntada pelo eminente Advogado dessa decisão do juízo criminal em que ele expressamente diz que a conduta atribuída é atípica. Então, se é atípica, me parece que afastou inclusive até aquele resquício para investigação eventualmente na esfera administrativa, como é o teor, se não me falha a memória, da Súmula nº 38 do Pretório Excelso.

Assim, Sra. Presidente, com essas considerações - e peço a juntada das notas, o meu voto tem mais de 40 laudas, não vou ler todas, vou passar cópia ao advogado, V. Exa. já tem - dou provimento à apelação e concedo o mandado de segurança, e mais uma vez renovo aqui minhas homenagens ao brilhante Advogado.

Peço a juntada de notas.

Juiz Federal NICOLAU KONKEL JUNIOR:

Com a devida vênia do eminente Relator, voto no sentido de manter a sentença.

Na inicial, o impetrante sustenta não haver acusação formalizada, haja vista que a portaria de instauração do PAD não menciona os fatos imputados e nem os dispositivos legais que teriam sido ofendidos. No entanto, por dois motivos entendo não haver razão para amparar a pretensão do impetrante. Um, porque na notificação entregue ao impetrante havia a advertência de que ele estava sendo comunicado acerca da instauração do processo administrativo disciplinar número tal para apurar possíveis irregularidades referentes aos atos e fatos constantes do citado processo. Seguindo em anexo, cópia integral dos autos que consta com 115 folhas para que V. Sa. tenha ciência de seu inteiro teor sem prejuízo do direito de vista aos autos que lhe é assegurado.

Ora, é evidente que a portaria de abertura não precisa conter formalmente nela toda a descrição dos fatos imputados ao servidor, sendo plenamente aceitável que ela faça remissão a outro documento, desde que ele seja entregue ao interessado. No PAD que estamos tratando aqui, mais especificamente na conclusão do relatório da comissão de sindicância, consta:

Os elementos trazidos aos autos revelam fortes indícios de que sem qualquer permissivo ou convênio, ato normativo, lei ou nas disposições constantes no regulamento aduaneiro, e à revelia dos princípios norteadores dos atos da Administração Pública, em especial os princípios da legalidade e da impessoalidade estatuídos no caput do art. 37 da Constituição Federal, bem como os da finalidade e do interesse público estabelecido no art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, havia uma orientação e/ ou determinação do servidor Paulo Bonifácio Sempe Baladão, Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil, enquanto Inspetor-Chefe da Inspeção de Porto Xavier, aos servidores públicos a ele subordinados para nesta condição agirem durante o curso dos despachos aduaneiros de importação e exportação de modo a concretizar interesses da entidade privada chamada ASSIMPEX, mediante o uso de seus cargos e daquela

Inspetoria da Receita Federal do Brasil como instrumento de coerção e controle do pagamento de valores de interesse daquela associação. Tal procedimento também deverá apurar a suposta ocorrência de falta de urbanidade e assédio moral constante dos autos.

Como se vê, a descrição dos fatos é bastante clara, ao que deve ser somado o fato de que o impetrante foi ouvido na sindicância, contando inclusive com a assistência de advogado. Da mesma forma, é importante destacar que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não é necessária a descrição minuciosa dos fatos tampouco de eventual capitulação legal na portaria de instauração, logo sua ausência não viola amplitude de defesa. E faço citação de um outro precedente.

Além desse motivo que eu já coloquei, há dois, então, porque mesmo admitindo eventual violação à ampla defesa, que não ocorreu, no meu entendimento, houve saneamento do visto pela edição de nova portaria em atendimento à medida liminar deferida pelo Juiz de primeiro grau. Não há razão, pois, para se determinar a anulação de todo o procedimento administrativo disciplinar.

Por fim, quanto à alegação de que o impetrante teria sido notificado equivocadamente na qualidade de acusado, é evidente que daí não pode decorrer nenhuma nulidade, tendo em vista que a própria Lei nº 8.112 se utiliza dessa denominação em seu art. 143, e faço então a citação do artigo: *A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado a ampla defesa.*

Eu não fiz referência no voto, mas em relação ao arquivamento do inquérito o fundamento foi a atipicidade da conduta, e não vejo razão para impedir a apuração na esfera administrativa porque só teria aplicação eventual arquivamento do inquérito se fosse pela negativa de autoria ou pela declaração de inocorrência do fato. É possível que a conduta seja atípica no campo penal, mas seja punível no âmbito administrativo. Por essa razão é possível que o processo administrativo disciplinar tenha seguimento.

Então, ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA (PRESIDENTE):

Eu cumprimento o Des. Thompson, cumprimento o nobre Advogado, informo que recebi e li rapidamente na segunda-feira, porque tinha sessão no Eleitoral, mas li atentamente o memorial, como tive acesso aos autos em função de que este processo é eletrônico. Vou pedir redobrada vênua ao eminente Relator e vou acompanhar a divergência e digo por quê.

Dirijo do eminente Relator, pois não vislumbro a demonstração de abuso ou ilegalidade contra direito líquido e certo do autor a ser amparado pelo presente mandado de segurança. Inicialmente, ressalto que o alegado fato novo trazido nos memoriais em nada influi no presente julgado, pois aqui se trata de mandado de segurança em que é alegada violação ao direito líquido e certo de defesa do autor, quando foi notificado da abertura do processo administrativo

disciplinar. Inexiste, portanto, neste momento, qualquer relevância em decisões de mérito na instância penal de primeiro grau quanto a eventual inexistência de fato típico penal, considerando-se a independência das instâncias penal e administrativa, em vista da diversidade das penas aplicadas nestas instâncias; isto é, o fato de inexistir crime não significa inexistir a infração administrativa disciplinar. A imputação administrativa disciplinar difere da imputação penal e desta não depende, salvo se o Juiz - isso diz na lei, como disse o Juiz Nicolau - o fato não existir ou não for de autoria do indiciado.

O fundamento apontado pelo eminente Relator para anular todo o processo administrativo disciplinar já havia sido eficazmente saneado, não se justificando a anulação de todo o procedimento administrativo disciplinar. Aliás, isso foi bem dito pelo Ministério Público Federal nesta instância, que diz o seguinte: *A única possibilidade fática de prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, foi, no momento oportuno, corrigida pelo autoridade administrativa.* É que foi editada nova portaria, nos termos em que determinada pela parcial liminar deferida pelo juízo de primeiro grau, em que foi constituída Comissão de Inquérito para averiguar possíveis irregularidades cometidas pelo impetrante, bem como os fatos imputados a ele foram especificados, situação que possibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa. A bem da verdade dos fatos, é que em nenhum momento houve qualquer dificuldade ao exercício da ampla defesa do autor, que teve total ciência dos fatos que lhe eram imputados ao ser devidamente notificado. Veja-se que inicialmente foi instaurada uma sindicância para apuração dos fatos, tendo o relatório desta sindicância, após oitiva de vários depoimentos, concluído que seria necessária a instauração de procedimento administrativo disciplinar, tendo em vista a gravidade dos fatos. Veja-se:

Os elementos trazidos nos autos revelam fortes indícios de que havia uma orientação e/ou determinação do servidor Paulo Bonifácio Sempe Baladão, Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil, matrícula nº 65.087, enquanto Inspetor-Chefe da IRF/PXR-RS, aos servidores públicos a ele subordinados para, nesta condição, agirem durante o curso dos despachos aduaneiros de importação, de modo a concretizar interesses de entidade privada, ASSIMPEX, mediante o uso de seus cargos e daquela inspetoria da Secretaria da Receita Federal do Brasil como instrumentos de coerção e controle do pagamento de valores de interesse daquela associação.

Pelo que foi possível apurar durante os trabalhos de instrução, e dada a gravidade dos indícios de irregularidades imputados ao servidor Paulo Bonifácio Sempe Baladão, vislumbrando-se, em tese, caso se confirmem os indícios, a possibilidade de aplicação de penalidade mais severa que a prevista no art. 146, II, da Lei nº 8.112/90, entende-se restar inviabilizada a continuidade deste procedimento de sindicância, apresentando-se como forma mais adequada o uso da modalidade de processo administrativo disciplinar *stricto sensu*, ordenada pelos arts. 148, combinado com o 149, da Lei nº 8.112, observando-se o disposto no art. 154 da mesma lei. Os autos da sindicância integram o processo disciplinar como peça informativa da instrução. Tal

procedimento também deverá apurar a suposta ocorrência de falta de urbanidade e assédio moral constante dos autos.

Verifico, assim, digo eu, que nenhuma ilegalidade ou abusividade foi perpetrada pela autoridade apontada como coatora. Além disso, a jurisprudência do egrégio STJ é clara:

É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça no sentido de que a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que tão somente na fase seguinte, no termo de indiciamento, faz-se necessário especificar detalhadamente a descrição e a apuração dos fatos. Com maior razão, portanto, não implica nulidade a ausência de descrição dos elementos relativos à culpa ou ao dolo quando da prática da conduta infracional.

Isso é uma decisão de que foi Relatora a Min. Laurita Vaz.

Quanto à alegação de que o impetrante teria sido notificado erroneamente como acusado, igualmente não se vislumbra qualquer mácula ao procedimento disciplinar na medida em que a própria lei prevê tal denominação, como se vê no art. 143 da Lei nº 8.112, que diz o seguinte: *A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.*

Portanto, é um termo legal.

A utilização do termo que a própria lei prevê de forma alguma caracteriza prejulgamento da comissão disciplinar. Bem examinou a questão o Ministério Público no primeiro grau, que diz o seguinte:

A toda evidência, traçou o impetrante um paralelo com a nomenclatura utilizada no processo penal, onde a designação do agente como acusado pressupõe o regular oferecimento de denúncia e seu recebimento pelo Poder Judiciário, o que não se aplica na seara administrativa, onde o termo se refere simplesmente ao indivíduo a quem se imputa a prática de quaisquer irregularidades, graves ou de pouca monta.

Com esses fundamentos, pedindo redobradíssima vênias ao eminente Relator, estou acompanhando a divergência, negando provimento ao recurso, mantendo a bem-lançada sentença que denegou a segurança.

DECISÃO:

A Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Federal Nicolau Konkell Junior, que lavrará o acórdão, vencido o Relator, que dava provimento ao recurso. Determinada a juntada de notas taquigráficas.

Simone Glass Eslabão
Diretora de Divisão

Documento eletrônico assinado por **Simone Glass Eslabão, Diretora de Divisão**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5235246v2** e, se solicitado, do código CRC **2D5858A7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Simone Glass Eslabão

Data e Hora: 03/08/2012 16:15
