



FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

DIRCE NAZARÉ DE ANDRADE FERREIRA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DA ÉTICA COMO FORMA DE
GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: O CASO DE
UMA AUTARQUIA FEDERAL**

VITÓRIA- ES

2015

DIRCE NAZARÉ DE ANDRADE FERREIRA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DA ÉTICA COMO FORMA DE
GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: O CASO DE
UMA AUTARQUIA FEDERAL**

Tese de doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Aloisio Krohling

VITÓRIA- ES

2015

DIRCE NAZARÉ DE ANDRADE FERREIRA

**PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DA ÉTICA COMO FORMA DE
GARANTIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA: O CASO DE
UMA AUTARQUIA FEDERAL**

Tese de doutorado apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais.

Aprovada em 5 de outubro de 2015

COMISSÃO EXAMINADORA

**PROF. DR. ALOISIO KROHLING
ORIENTADOR (FDV)**

**PROFA. DRA. GILSILENE PASSON FRANCISCHE TO PICORETI
FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**

**PROF. DR. DAURY CESAR FABRIZ
FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA**

**PROF. DR. ALEXANDRE GUSTAVO DE M. F. BAHIA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO**

**PROF. DR. ANTONIO CARLOS WOLKMER
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

academia,

Porque irmãos são como anjos,
que nos socorrem à beira do abismo,
e nos abrem as asas,
quando tudo parece fugir...
À você, Denise Andrade Tavares, irmã de
sangue, de alma, de profissão, de
a quem eu sempre recorro... e recebo!
Dedico essas páginas, escritas com afeto.

AGRADECIMENTOS

- Aos amores mais preciosos, Odemir meu marido e Erich, meu filho. Meu chão, meu conforto. Por sua compreensão, carinho, apoio e entendimento sempre presentes na construção de nossas vidas e nossos projetos em conjunto. Amor que sustenta, carinho que nutre.
- À minha mãe, professora Lourdes Andrade, meu exemplo, meu guia, aquela que me ensinou amar os livros, entendê-los e a eles recorrer nos momentos de dúvida, solidão e sofrimento. Obrigada, mãe, mão, mestre!
- Aos manos, Daise, Arnaldo, Deise, Ari, Nile. Família é tudo. Obrigada pela força!
- Ao Doutor Aloisio Krohling, orientador sábio que me acompanha desde o mestrado, aquele que concedeu segurança, autonomia e reflexão a esta caminhada. Minha gratidão, deferência e reverência.
- À Profa. Dra. Gilsilene Passon Francischeto Picoretti, por sua capacidade de fazer as leituras dos direitos fundamentais com a sensibilidade de grandes almas, grande coração humano, grande mulher.
- Aos Professores Doutores Carlos Henrique Bezerra Leite, Elda Bussinger e Daury Cesar, queridos amigos, meus mestres, a quem nutro maior admiração e respeito.
- Ao Doutor Camilo Espíndula, pelo apoio na condução da pesquisa de campo, o acesso aos arquivos, às autoridades e aos setores de guarda e proteção de documentos.
- À equipe de apoio administrativo, em especial Cristina Belumat Queiroz, todo o apoio, paciência e auxílio eficientes no suporte deste trabalho e do doutorado, de um modo geral.
- Aos diletos e especiais Flávia Murad, Fausto Gaia, Lívia Cani, Elisete Meneghetti, Ana Paula Faria, sou grata pelo amparo, guarida, suporte, que só os grandes amigos são capazes de oferecer.
- Aos queridos amigos Ademilson Lima e Quênia, meu maior afeto, por tornar a academia menos árida, menos sofrida e mais inteligente. Sou grata pelas horas imensuráveis de discussões, debates e intelecções, mas também o riso farto, alegria, hilaridade, que irriga a alma, faz bem ao coração e me dá a certeza de que doutorado não é solidão, tampouco somente sofrimento.

RESUMO

Trata o presente de uma pesquisa na área do Direito Administrativo, que aborda os processos administrativos disciplinares (PADs) em uma autarquia. Traz tema relevante pois o Estado ao mesmo tempo que precisa cumprir a função e os fins públicos tem por objetivo disciplinar a conduta dos servidores que a exercem. Destaca que o processo administrativo disciplinar enquanto *iter* descrito nas Leis 8.112/90 e 9.784/99 é instrumento de correção e como tal, tem reconhecimento na doutrina. Ocorre que, embora o tema tenha recebido muitos estudos e pesquisas, quase não há na doutrina e jurisprudência, autores que aproximem o processo administrativo à temática da eticidade para, sobre essas duas temáticas fazer cotejamentos. Demonstra que o Direito Administrativo tem focalizado suas diretrizes na interpretação mais clássica, reproduzindo de certa forma, um solipsismo que acaba por dar pouca importância aos princípios como espécie de normas e a eticidade como fonte de interpretação. Abordou os objetivos de: investigar o *iter* ou fases dos processos administrativos disciplinares à luz das leis 8.112/90 e 9.784/99, analisar os princípios do contraditório e ampla defesa nos PADs, verificar a eticidade nos PADs a partir das decisões em cada fase, avaliar se há cumprimento dos direitos e deveres dos servidores envolvidos (processantes e processados) nos PADs à luz das leis 8,112/90 e 9.784/99. Sendo assim, foi realizada uma pesquisa de campo ou empírica em cinco processos administrativos. A análise que teve como suporte o método fenomenológico e a pesquisa bibliográfica, tendo sido tratados os resultados com a vertente qualitativa. A pesquisa descreve o processo administrativo, suas fases e a composição da comissão e seus vogais, para além da legislação. Enfoca a interpretação fenomenológica dos princípios, observando principalmente o contraditório e ampla defesa, para depois se debruçar na justiça restaurativa e nos conceitos trazidos pela fenomenologia hermenêutica tais como: eticidade, alteridade, sensibilidade, o rosto do outro e a sensibilidade. Após a análise das fases processuais, os autos foram cotejados com a doutrina e legislação. O resultado da pesquisa revelou que, embora a legislação seja rigorosamente cumprida e o contraditório e ampla defesa assegurados, o solipsismo se esquivou de trazer a interpretação principiológica e como isso a eticidade, a alteridade, subjetividade foram conceitos ausentes nos autos.

PALAVRAS CHAVES: Processo Administrativo – Ética – Princípios - Alteridade

ABSTRACT

This study deals with a search on the Administrative Law, which deals with disciplinary administrative proceedings in a local authority area. Brings important issue because the state needs while fulfilling the public purpose and function aims to discipline the behavior of servers that perform. Highlights that the administrative disciplinary process while iter described in Laws 8112/90 and 9784/99 is an instrument of honesty and as such has recognized the doctrine. It happens that, although the subject has received much study and research, there is almost no doctrine and jurisprudence, authors that bring the administrative process for the issue of ethics, on these two themes do readback. Demosntra that the Administrative Law has focused its guidelines in more classic interpretation, playing a certain way, a solipsism that ultimately give little importance to the principles as sort of standards and ethics as a source of interpretation. Addressed the following objectives: to investigate the iter or phases of disciplinary under the laws 8112/90 and 9784/99 administrative processes, examining the principles of adversarial and legal defense in PADs, check in ethicality PADs from the decisions at each stage, assess whether there is compliance with the rights and duties of servers involved (processantes and processed) in the light of laws PADs 8,112 / 90 and 9784/99. Thus, a field survey was conducted in empirical or five administrative processes. The analysis was supported by the phenomenological method and the literature, the results with the qualitative aspects have been treated. The research describes the administrative process, its phases and the composition of the committee and its members, as well as legislation. Focuses on the phenomenological interpretation of the principles, especially noting the contradictory and full defense, then lean in restorative justice and concepts brought by hermeneutic phenomenology such as ethics, otherness, sensitivity, the other's face and sensitivity. After reviewing the procedural stages, the records were compared with the doctrine and law. The survey results revealed that, although the law is strictly enforced and the contradictory and provided

ample defense, solipsism dodged bring principled interpretation and how does the ethics, alterity, subjectivity concepts were absent in the records.

KEYWORDS: Administrative Process - Ethics - Principles - Alterity

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	10
1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UMA ESPÉCIE DE AUTO-TUTELA DO ESTADO..	16
1.1 SINDICÂNCIA E SUAS CARACTERÍSTICAS INQUISITORIAIS	27
1.2 DIREITOS E DEVERES DOS ADMINISTRADOS: ÉTICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	31
1.2.1 Informalismo ou formalismo moderado a favor do administrado	33
1.2.2 Ciência do processo: conhecimento dos autos e defesa de seu conteúdo ..	37
1.2.3 Assistência jurídica por profissional habilitado em Direito	40
1.2.4 Exposição da verdade na prestação de informações	43
1.2.5 Não agir de modo temerário no processo	45
1.3 COMISSÃO PROCESSANTE: COLEGIADO COM COMPETÊNCIA PARA O <i>JUS PERSEQUENDI</i>	48
1.3.1 Impedimento e Suspeição: quando o colegiado deve se afastar de seu posto.....	50
1.4 – FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	54
1.4.1 A fase de instauração	55
1.4.2 A fase do inquérito	60
1.4.3 A fase do julgamento.....	84
2 ÉTICA NO DIREITO: POR UMA NOVA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	91
2.1 ÉTICA: DA ANTIGUIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	104
2.2 ÉTICA COMO RAIZ FONAL E PRINCIPIOLÓGICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	114
2.3 PRINCÍPIOS REITORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	119
2.3.1 Devido Processo Legal	124
2.3.2 Oficialidade	128
2.3.3 Contraditório e Ampla Defesa	131
2.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA, ÉTICA, SENSIBILIDADE E ALTERIDADE	137
2.5 LEALDADE E BOA-FÉ NO PROCESSO JURÍDICO	151
3 ANÁLISE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES	162
3.1 O PERCURSO METODOLÓGICO: O OLHAR DA FENOMENOLOGIA.....	163

3.2. O PROCESSO “A”: ABANDONO DE CARGO PÚBLICO E MANUTENÇÃO DE RENDIMENTO	181
3.2.1 – A fase de instauração tardia: inércia disciplinar face ao abandono de cargo.....	182
3.2.2 A fase de instrução: “A” sem lealdade e <i>bona fide</i> ao processo	183
3.2.3 As fases de defesa e indiciamento: <i>in dubio pro societatis</i> , servidor exonerado.....	185
3.2.4 As fases de relatório e julgamento: justiça restaurativa, pagamento de multa e devolução ao erário	189
3.3 O PROCESSO “B”: DESCUMPRIMENTO DO REGIME DE “DE”	192
3.3.1 A fase de instauração: “B” com cargas horárias laborais incompatíveis .	194
3.3.2 A fase de instrução: “B” com descumprimento de carga horária	195
3.3.3 As fases de indicição e defesa: “B” alega autorização da autarquia	197
3.3.4 As fases de Relatório e Julgamento: justiça restaurativa e devolução ao erário.....	200
3.4 O PROCESSO “C”: O PRICÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA.....	203
3.4.1 A fase de Instauração: consignação em folha, pode ou não pode?	207
3.4.2 A fase de instrução: que conduta ilícita apurar no PAD “C”?.....	210
3.4.3 As fases de indiciamento e defesa: servidor de boa conduta acusado	212
3.4.4 As fases de Relatório e Julgamento: o reconhecimento da inocência do servidor	219
3.5 O PROCESSO “D”: DOIS CARGOS PÚBLICOS NA SAÚDE É ACÚMULO ILEGAL?	220
3.5.1 A fase de instauração: a fustigação ao rosto do outro, ao invés da alteridade	223
3.5.2 A fase de instrução: sem humanização no PAD.....	226
3.5.3 As fases de indicição e defesa: rito sumário, a opção pela exoneração .	227
3.5.4 As fases de Relatório e Julgamento: quando justiça e ética rasgam o véu desumano e garantem direitos.....	230
3.6 IMPRECISÃO DO PROCESSO “E”: DISPONIBILIDADE, CESSÃO, ATIVIDADE ESPORÁDICA OU ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS?	234
3.6.1 A fase de instauração: na hesitação servidor submetido ao PAD.....	235
3.6.2 A fase de instrução: como a imprecisão jurídica pode conduzir a um processo administrativo	241
3.6.3 As fases de indicição e defesa: a imprecisão jurídica conduz à formação de culpa.	242
3.6.4 As fases de Relatório e Julgamento: justiça restaurativa e razoabilidade.....	245

CONSIDERAÇÕES FINAIS	248
REFERÊNCIAS.....	264

APRESENTAÇÃO

Este trabalho trata da análise de processos administrativos disciplinares (PADs) à luz dos princípios do contraditório, ampla defesa e ética, em uma autarquia federal, o que o torna um diferencial de pesquisa. Ressalte-se que, é incomum encontrar pesquisas empíricas, principalmente na área de direito administrativo, considerada de pouco encanto, pela maioria dos estudiosos. Quando se adentra na especificidade do direito administrativo para pesquisar processos à luz da ética, a escassez de pesquisas aumenta, gerando decerto, uma lacuna na área do Direito Administrativo que merece ser visitada.

Portanto, esta pesquisa pretende contribuir com a área citada, no sentido de, debater a interpretação dos PADs, com base não somente na lei, mas nos princípios e na ética. Isto por que o processo administrativo mais clássico tem recebido demandas diferenciadas, cuja interpretação dogmática tem se mostrado exígua para enfrentá-las.

Tema candente, o processo administrativo é regido pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99 e por princípios jurídicos, se perfazendo como um conjunto de atos concernentes a apurar condutas indevidas na esfera pública. Logo, é possível destacar que, esse campo é o ramo do direito público que disciplina tanto a função administrativa quanto a conduta dos servidores que a exercem, devendo alcançar os fins públicos, principalmente a eficiência.

Destaque-se que, o processo administrativo é gênero que comporta várias espécies, dentre as quais: o processo administrativo punitivo, o processo administrativo fiscal, e o processo administrativo disciplinar (PAD). Esta última modalidade - objeto de nossa pesquisa em uma autarquia federal, em Vitória - é adequada sempre que a hipótese de infração cometida por servidores públicos seja de magnitude tal, que gere maiores prejuízos à administração pública. Logo, o PAD é um instrumento pedagógico e punitivo utilizado na Administração Pública para averiguar faltas e infligir sanções aos agentes.

Logo, se percebe o caráter bifronte do processo administrativo: cumprir o princípio da supremacia de interesse público através da apuração de condutas observando vinculadamente o balizamento das Leis, mas também garantir os direitos constitucionais aos acusados observando a pauta principiológica e a ética, como elementos mitigadores da supremacia do interesse público, princípio que torna o PAD, muitas vezes, em um ato administrativo unilateral, e por vezes, coercitivo, aproximando-se da não justiça.

Para exemplificar e justificar nossa pesquisa, observemos a assimetria entre Estado e particular contida no PAD. A presunção de legitimidade dos atos no processo administrativo disciplinar é atributo de soberania, um atestado de veracidade dos atos administrativos, se configurando como certificado de validade *a priori*. E embora a presunção seja *júris tantum*, (admite prova em contrário), essa faculdade também é carregada de autocracia, pois inverte a chave da inteligibilidade, implicando na inversão do ônus da prova ao particular. Assim, resta provado o exercício do poder de império estatal, quando se toma, desde o início, por verdade absoluta um ato administrativo, imprimindo a ele fé pública como pressuposto, em detrimento do cidadão que está sendo processado.

Outro atributo da supremacia do interesse público que atesta a assimetria é a imperatividade: o ato administrativo é vertical descendente, obrigando de imediato aqueles que se encontram em seu círculo de incidência. Desta forma, a coercibilidade independe da vontade dos implicados e funciona como atributo de força e potência do Estado. E por fim, o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos que ilumina a supremacia do interesse público recomenda que certos atos ensejem imediata execução pela administração, (de ofício) independentemente de ordem por via judicial.

Bem se vê que, a roupagem do PAD aponta para uma doutrina de coerção, pois ele verticalmente cumpre um rito a partir da Lei, e ainda, diferentemente de outras esferas jurídicas, em que a dúvida milita a favor do réu, no processo administrativo disciplinar, a dúvida milita em prol da sociedade, (*in dubio pro societatis*).

Desta forma, é ideal que, quando esse conjunto axiológico (PAD) seja executado, se faça acompanhar da ética e zelo para preservar os direitos e garantias daqueles que estão sendo acusados no processo administrativo disciplinar (sujeitos passivos). Daí que, os princípios do contraditório e ampla defesa, bem como a pauta ética se amalgamam no

PAD como forma de demonstrar à sociedade que a administração é idônea, justa, e possibilita ao acusado a resistência ao processo.

Logo, o PAD é tema substancial que merece ser pesquisado na tentativa de demonstrar sua relevância social, e principalmente a alta carga de direitos fundamentais dos servidores envolvidos: os processados, a comissão processante, os gestores, e os executores das penalidades. Portanto, quando o Estado se deixa pesquisar, isso evidencia transparência nas informações da administração pública, na perspectiva de deslindar seus atos, reforçando que os processos administrativos disciplinares, sejam manejados por uma administração proba que dê respostas efetivamente justas à sociedade.

Consideramos que, o tema merece receber o minucioso olhar da pesquisa, sendo seu objeto assunto socialmente relevante, pois envolve um estudo interdisciplinar que abarca os campos do direito administrativo, direito penal e filosofia. Some-se a isso, a recente Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) que tornou verossimilhante estudar os arquivos e documentos relativos à punição nos órgãos públicos.

Dito isto, informamos que, esta pesquisa foi realizada nos anos de 2013 a 2015 analisando assim, 05 (cinco) processos administrativos - de aproximadamente 100 laudas cada um deles, transitados em julgado - de uma autarquia federal. Sendo assim, a pesquisa se debruçou sobre o seguinte objetivo geral:

- Investigar o *iter* ou fases dos processos administrativos disciplinares à luz das leis 8.112/90 e 9.784/99.

Do objetivo geral, são derivativos os seguintes objetivos específicos:

- Analisar os princípios do contraditório e ampla defesa nos PADs;
- Verificar a eticidade nos PADs a partir das decisões em cada fase;
- Avaliar se há cumprimento dos direitos e deveres dos servidores envolvidos (processantes e processados) nos PADs à luz das leis 8.112/90 e 9.784/99.

Diante do exposto, e com a devida cautela de não ficar aquém nem passar além do escopo referido, este trabalho tem como norteadoras as seguintes questões:

- os processos administrativos disciplinares na autarquia pesquisada foram instruídos na forma correta da Leis 9784/99, 8.112/90 e da Constituição Federal de 1988?
- o princípio do contraditório e ampla defesa esteve presente nos PADs analisados?
- os direitos dos processados estão protegidos à luz das Leis supracitadas e da ética?

Partindo do que foi dito, formulamos as seguintes hipóteses:

- Embora o PAD seja regido pelo princípio da legalidade e vinculado às leis 8.112/90 e 9784/99, apresenta discricionariedade;
- A discricionariedade, se inadequada, pode resvalar no campo da eticidade, ferindo-a;
- O Processo Administrativo Disciplinar quase não dialoga com os princípios, atendo-se na maioria das vezes, em decisões vertidas a partir da legislação.

Para erigir um arcabouço seguro em nosso trabalho, trouxemos o percurso metodológico explicado detalhadamente no capítulo três, mas de início, informamos ao leitor que foi realizada uma investigação qualitativa empírica, contemplando a pesquisa de campo ou verificação *in loco* de processos administrativos em uma autarquia federal. Portanto, o método que deu suporte à pesquisa, foi o fenomenológico.

Portanto, quanto aos fins, a pesquisa é uma investigação explicativa e exploratória dos PADs, já quanto aos meios utilizados na pesquisa dividimos o percurso em duas etapas: uma pesquisa bibliográfica descritiva, e em seguida fizemos a empiria na Comissão Permanente de Processos Administrativos Disciplinares (CPPAD) e Serviço de Protocolo Geral (SERPROG). Lembramos que, em 2011 foi aprovada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), facultando pesquisar dados e processos arquivados nos órgãos públicos.

Como o estudo da temática ainda é parco, inaudito, a pesquisa de campo precisou da autorização de diversas autoridades, dentre as quais: o gestor, o ouvidor, o diretor do arquivo, o procurador, o comitê de ética, e o presidente da CPAD. Assentido o acesso aos arquivos, retiramos uma amostra de cinco processos administrativos disciplinares com trânsito em julgado nos anos de 2007 a 2009 catalogados no Serviço de Protocolo Geral (SERPROG), para realizar neles um estudo documental de conteúdo, pois os 5

(cinco) PADs analisados são registros formais do órgão público, catalogados e arquivados.

A escolha amostral foi aleatória, porém com prévia fixação de categorias acerca do resultado punitivo (demissão, suspensão, devolução ao erário, absolvição e advertência). O arco temporal escolhido para pesquisar (2007 a 2009) se deve ao fato de que naquele período houve alta demanda por PADS, no órgão analisado. Os processos foram cotejados com o manual da Advocacia Geral da União e às Leis 9.784/99, 8.112/90 que disciplinam o processo administrativo disciplinar, e por fim submetidos ao crivo da eticidade jurídica para verificar o cumprimento dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Logo, repisamos que, pelo fato de trabalhar com a eticidade de Emmanuel Lévinas, o método a nortear a pesquisa foi o fenomenológico, pois se trata de tema subjetivo, que enseja um aspecto descritivo, mas também uma análise com alteridade e ética, pois trata-se de investigar conceitos como “o eu” e “o Outro”. A forma de investigar e tratar os dados foi a análise de conteúdo, pois os processos representam um *iter* coalhado de informações, sobre as quais nos debruçamos em cada fase dos processos.

Para tanto, foi estabelecido um cruzamento entre os processos, a legislação e a doutrina, sendo esta portanto, uma pesquisa com roupagem qualitativa, uma vez que seu conteúdo foi informado com dados subjetivos.

O trabalho está organizado a partir do seguinte itinerário: no primeiro capítulo discorreremos sobre a conceituação do processo administrativo, ressaltando os direitos e deveres da comissão de sindicância e dos processados. Neste capítulo, nossa interpretação intencionalmente, foi tocada por um acento quase narrativo, uma descrição fenomenológica do Processo Administrativo a partir da doutrina, expondo passo a passo, o percurso ou *iter* processual, para poder lançar mão desses conceitos na pesquisa empírica e cotejá-la com os processos.

Foram demonstrados também, no primeiro capítulo, alguns princípios – os mais importantes – que informam o processo administrativo. Finalizamos o capítulo discorrendo sobre as fases ou etapas que formam um processo administrativo disciplinar. Para dar suporte a esta pesquisa bibliográfica utilizamos a inteligência de Odete Medauar, Pietro Virga, Romeu Felipe Bacellar Filho, Mariá Brochao, José dos

Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Maria Lúcia Valle Figueiredo, dentre outros.

No segundo capítulo discorremos sobre a ética como raiz fontal e principiológica nos processos administrativos disciplinares demonstrando que, é inadequado o divórcio entre a hermenêutica fenomenológica e a eticidade. Neste capítulo dialogamos com a ética e alteridade em Emanuel Levinas, tratando da relação a partir do “outro”, da alteridade e da sensibilidade exercida no curso dos julgamentos.

Em seguida, abordamos a justiça restaurativa, centrada na pessoa como elemento supremo. E por fim demonstramos os princípios éticos da lealdade e boa-fé nos processos jurídicos, ressaltando o dever ético das partes, e a probidade processual. Para dar suporte ao segundo capítulo utilizamos as obras de Imanuel Levinas, Aloísio Krohling, Martin Heidegger, Raquel Tiveron, Agnes Heller, Celso Hiroshi Iocohama, Judith Martins Costa e Paul Ricoeur, dentre outros.

O terceiro capítulo é a pesquisa de campo ou empiria propriamente dita, demonstramos primeiramente a metodologia que sedimentou nossa construção e a forma como, preferencialmente, são conduzidas as pesquisas com essa vertente, em seguida, tratamos da descrição fenomenológica da pesquisa e dos órgãos analisados. Portanto, descrevemos a composição e o funcionamento da Comissão Permanente de Processo Administrativo através das informações obtidas pela instituição autárquica.

Em seguida, na parte final do capítulo três, demonstramos a análise de cinco processos administrativos e seus conteúdos, cotejados com as Leis 8.112/90 e 9.784/99 e com a ética levinasiana, fazendo também uma aproximação com a doutrina, para enfim desaguar no quarto capítulo. Este, demonstra as considerações finais, responde às perguntas da pesquisa e demonstra o cumprimento dos objetivos.

Trata-se, portanto, de tema complexo, que não tivemos a pretensão de esgotar, mas lançar a semente da pesquisa para que outros estudiosos visitem os arquivos e explorem a riqueza das informações lá contidas. Esperamos com isso demonstrar ao leitor uma rede entre eticidade e justiça, pelas vias da condução do iter processual do PAD.

Dito isto, passamos ao primeiro capítulo, demonstrando o Processo Administrativo e suas fases, bem como a comissão de sindicância, sua formação e impedimentos. Ressaltamos ao leitor que, como trabalhamos com o método fenomenológico, esse

capítulo tem uma roupagem descritiva, intencionalmente escolhida pelos pesquisadores, como forma de dialogar com a doutrina e a legislação, para em seguida cotejá-lo com o material coletado (PADs) na pesquisa de campo.

1 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: UMA ESPÉCIE DE AUTO-TUTELA DO ESTADO

Não há como analisar os PADs, sem antes trazer um percurso descritivo doutrinário sobre cada um dos desdobramentos desse conjunto de ações. Neste primeiro capítulo trazemos três momentos: o processo, suas fases e a comissão processante. Portanto, no primeiro tópico estão demonstradas as definições doutrinárias do PAD, desde a primeira sindicância, suas características e tipos. Em seguida, tratamos da Comissão processante para demonstrar os direitos e deveres dos administrados, tanto em sede de comissão de PAD quanto dos processados. E por fim, o terceiro tópico deságua nas fases do processo, quais sejam instauração, inquérito e julgamento, etapas que metodologicamente as Leis 9.112/90 e 9.784/99, conjugadas com a doutrina elegem para discorrer sobre o fluxo do PAD, matéria descritiva que passamos a analisar.

Lembramos ao leitor que a matéria PAD tem uma farta nomenclatura de tipos doutrinários, mas por questão pedagógica, neste trabalho as fases do PAD foram condensadas segundo a doutrina de Diógenes Gasparini (2001) em: instauração, inquérito e julgamento. Passemos aos principais conceitos de PAD, conforme abaixo:

As ações inadequadas cometidas na administração pública são passíveis de apuração e por consequência, desta averiguação, pode advir a punição dos agentes públicos que emanaram os atos em desacordo com o regime jurídico administrativo e à Lei. Essa

díade “apurar–punir” deriva da inserção de deveres em via hierárquica, que por sua vez determina ao servidor o *múnus* da comunicação à chefia imediata sobre irregularidades de que seja conhecedor, formando assim o noticiamento de ações inadequadas para que sejam essas condutas repelidas da gestão pública.

Da mesma forma que o poder-dever determina a obrigação de noticiar à chefia atos supostamente equivocados, ele se revela também como o *múnus* de representação contra suposta irregularidade, omissão ou abuso de poder, para que seja possível apurar responsabilidades. Assim a matéria está disciplinada na Lei 8.112/90, que em seu art. 116 destaca,

São deveres do servidor:

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa¹ (BRASIL, 1990).

O meio pelo qual se apura as responsabilidades é o processo administrativo, definido como um conjunto de atos complexos, coordenados, tendentes ao exercício da função jurisdicional, com o fito de dar uma resposta à coletividade sobre os atos e faltas cometidos no seio da administração pública. Dezan (2013) destaca que, o processo pode ser entendido como o iter ou procedimento em contraditório, permeado por uma relação jurídica entre Administração (parte autora) e servidor processado (parte acusada). Segundo o autor, este liame:

[...] é bilateral, pois a própria administração inicia e apura, para, ao final, aplicar a sanção ao agente público a ela subordinado. [Portanto,] o exercício do poder disciplinar, nada mais é que o exercício da autotutela pela Administração, impondo legalmente a sua vontade à do servidor acusado, sem valer-se do Estado-juiz, imparcial (DEZAN, 2013, p.42).

O autor explica ainda que, tanto quanto o direito penal e processual penal, no PAD o *jus puniendi* pertence ao Estado, que após o conhecimento do ilícito, desencadeia uma série de atos administrativos compulsórios por força de seu poder de império e da supremacia pública. No entanto, o processo administrativo tem um caminhar diferente do direito

¹ É com base no princípio da ampla defesa ou a falta dela que este projeto deseja se debruçar sobre os processos administrativos disciplinares para analisar os direitos fundamentais dos envolvidos à luz da ética e das Leis 8.112/90 e 9.784/99. A Comissão processante deve ter responsabilidade e se fundamentar nas leis que regulamentam o PAD e na ética.

penal, isto por que, no processo penal, há um elemento bifronte, uma vez que, o *jus persequendi* se encontra na esfera do Estado-administração, e o *jus puniendi* está a cargo do Estado-juiz. Já o processo administrativo condensa esses dois elementos, uma vez que, com base no princípio da oficiosidade, cabe à Administração dar início, andamento e finalizar o processo administrativo, punindo o acusado ou absolvendo-o, se for o caso.

Daí que, a Administração comanda o processo em nome próprio, sem “substitutividade imparcial”, diz Dezan (2013, p.42), e estando em conflito de interesse frontal com o acusado, tem o objetivo de aplicação de sua vontade, em um exercício cristalino de autotutela.

Portanto, neste mecanismo de auto custódia, o processo exprime o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se corporificando em um conjunto de atos e decisões até o provimento final ou resultado, assim Medauar (1998) lembra que a figura arquetípica do processo está presente tanto na função jurisdicional, quanto na legislativa e também na função administrativa. Este último é gênero que abriga várias espécies, dentre elas nosso objeto de estudo, qual seja, o Processo Administrativo Disciplinar. Meirelles (2008, p.675) explica que o processo administrativo “[...] é meio de apuração e punição de faltas”, sendo portanto, um encargo, uma atribuição obrigacional da qual a autoridade que receber a comunicação não poderá se omitir, tendo o ônus então de, viabilizar ações para esclarecimento.

Assim, diz Meireles (2008) que, imediatamente, a autoridade que conhecer a suposta denúncia, tem o encargo de levantar uma série de informações e ponderar acerca da necessidade, utilidade, bem como da potencial responsabilização do agente, para somente depois disso, tomar a decisão de instaurar ou não a sindicância ou processo administrativo disciplinar (PAD). A esse sopesamento de critérios o Direito Administrativo chama de juízo de admissibilidade, evitando assim decisões açodadas, já que é possível arquivamento da suposta denúncia tanto por não se configurar o ato como infração, quanto embora infracional o ato, possa ser esvaziada a apuração por ausência de objeto.

O juízo de admissibilidade tem natureza investigativa, inquisitorial, e auxilia o superior hierárquico no equilíbrio das decisões no sentido de exercício do controle e comedimento da gestão. Carvalho Filho (2012, p.975) lembra que “[...] é a hierarquia administrativa que permite esse controle funcional com vistas à regularidade no

exercício da função pública”. Sendo assim, o fundamento do processo em foco está abrigado no sistema disciplinar que vigora no liame entre Estado e servidores, uma vez que cabe à Administração o zelo e correção da atuação de seus agentes.

O poder disciplinar é a faculdade de punir infrações funcionais dos servidores e demais administrados, sendo exercido como faculdade punitiva interna e externa, que todavia, somente abrange infrações relacionadas ao serviço público. Pietro Virga (1973, p.43) ao discorrer sobre o poder disciplinar informa que por ele “[...] a administração impulsiona a manutenção da ordem, o decoro e a eficiência, e reprime os comportamentos que constituam infrações”.

Com isto, continua o autor, é possível destacar que o poder disciplinar tem as seguintes características “[...] é administrativo, sancionatório, e estritamente inerente à relação de emprego” (PIETRO VIRGA, 1973, p.43). Medauar (1998, p.384) em consonância com a ideia explica que “[...] o poder disciplinar é administrativo pois está a salvo da apreciação judicial, e é sancionatório pois tem a capacidade de aplicar repressões nas atividades relacionadas ao serviço público”.

Portanto, se trata de um poder com taxionomia discricionária inerente à Administração Pública, que tem a alternativa da escolha da aplicação da pena, dentre aquelas citadas no rol taxativo da Lei 8.112/90, quais sejam: “[...] advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo, destituição de função comissionada”.

Gasparini (2001, p.802) ao tratar do tema, destaca que o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) “[...] é um instrumento formal, instaurado pela Administração Pública para apuração das infrações e aplicação de penas correspondentes”. Desta feita, vale reiterar que o objeto do PAD é apuração de infração e aplicação de penas, e sua finalidade, portanto, é a contenção das condutas inadequadas na Administração Pública. Cabe reiterar a imprescindibilidade do PAD na órbita federal para aplicação de penas mais severas quais sejam: demissão de cargo, suspensão por mais de 30 dias, cassação de aposentadoria, disponibilidade e destituição de cargo comissionado.

Tal processo - reitera Meirelles (2008, p. 675) “[...] baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam aos seus serviços,

submetendo-se à sua disciplina”; portanto se trata de um processo punitivo, “[...] mas com peculiaridades tais, que merece destaque entre seus congêneres”, arremata o autor.

Há diversos sistemas pelos quais se pode fazer a repressão disciplinar na administração pública, para este trabalho foram escolhidos dois deles para análise: o sistema hierárquico e o misto. É bom lembrar as palavras de Barros Júnior (1952, p. 158) ensinando que,

[...] pelo sistema hierárquico o poder disciplinar é exercido exclusivamente pela chefia hierárquica que apura a falta e aplica a pena; [...] pelo sistema de jurisdição misto ou moderado [o Estado] intervém através de determinados órgãos [comissão processante] com função geralmente opinativa [sendo que] a pena [somente] é aplicada pelo superior hierárquico.

Percebe-se que, os dois *standards* são utilizados no direito administrativo pátrio todavia há características que os diferenciam, uma delas é a gradação de irregularidades, e conseqüentemente, a proporcionalidade da pena, já que o sistema hierárquico é adequado à apuração de faltas leves. Outro contraste entre eles é o rito da aplicação da apuração da conduta e aplicação da pena, sendo que no sistema hierárquico essas duas atividades são concentradas em uma única pessoa, qual seja, a chefia imediata. Medauar (1998, p. 381) explica que, o sistema hierárquico caracteriza-se por depositar ao exclusivo talante da chefia a “[...] definição da transgressão, a fase apuratória e a aplicação da pena correspondente”

Já no sistema misto, essas atividades se bifurcam sendo exercidas por sujeitos distintos, quais sejam, a comissão processante e a chefia imediata, por isso o sistema misto é também chamado semi-jurisdionalizado. Isto por que nesta fórmula processual é gerada uma comissão interventiva para levantar dados acerca da situação, seguindo os ritos e finalizando o processo com mera sugestão de penalidade à chefia do servidor processado. Eis que, a comissão processante é órgão de assessoria precária, mera adjacência *ad hoc*² para investigar, como tal, faz mera narrativa de sugestões e não toma decisão de aplicar pena, pois não é o foro competente para aplicar sanção, ficando este preceito como atribuição privativa da chefia. Medauar ressalta que, neste *standard* mesmo o superior hierárquico não perdendo sua potestade, fica jungido a certas limitações legais, quais sejam:

² Grupo que recebe uma atribuição para cumprimento de determinada tarefa e que portanto tem data e hora pré-determinada em portaria formal, tanto para iniciar quanto para encerrar seus trabalhos.

[...] a previsão legal das transgressões e sanções disciplinares mais graves [...] a existência de conselhos ou comissões de disciplina [...] e a possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário, do ato punitivo contaminado pelo vício da legalidade (MEDAUAR, 1998, p.391).

Logo, o sistema jurisdicionalizador é considerado a forma mais adequada de realizar a repressão disciplinar que envolve faltas mais gravosas, pois se caracteriza como uma trilha que observa a legislação: esta por sua vez é descritiva e expositiva tanto da transgressão quanto da cabível sanção. Além do que, a apuração da falta e o julgamento do caso concreto ocorrem perante um órgão de jurisdição administrativa independente, dotados de garantias constitucionais. Sendo assim os dois sistemas (hierárquico e misto ou semi-jurisdicionalizador) são adotados no Brasil, observando ritos que envolvem o início, o desenvolvimento e a conclusão do PAD.

Quanto ao início ou formação do processo, informa Carvalho Filho (2012) que este pode ser deflagrado *ex officio* ou por provocação dos interessados, devendo ser obedecidos, sobretudo, alguns procedimentos previstos na legislação, sendo assim exige-se “[...] a formalização dos requerimentos, a identificação do órgão a que se dirige, a identificação completa do requerente e a exposição completa dos fatos e fundamentos do pleito” (CARVALHO FILHO, 2012, p.971).

Sendo o PAD um fluxo procedimental, muito se assemelha ao processo civil, todavia, é mais breve que aquele, avocando para si os princípios constitucionais e processuais³ civis, assim como, deveres e direitos dos administrados, que muito se assemelham às atribuições do polo passivo no processo civil. Mello (2008, p. 455) reitera que o processo administrativo “[...] é sucessão itinerária e encadeada de atos que tendem a um resultado final e conclusivo” e que portanto visa uma prestação jurisdicional do Estado, a fim de que fique assegurado que a conclusão é ato derradeiro e resultou de uma trilha eficaz capaz de “[...] garantir que a finalidade legal foi, de veras, atendida e se possa controlar a ocorrência desse resultado” (MELLO, 2008, p.459).

Carvalho Filho (1997) destaca que quase sempre o PAD tem um caráter litigioso, implicando dizer um conflito entre Estado e administrado, que muito se assemelha ao processo judicial, tanto que na aparência e no procedimento guardam semelhanças

³ Segundo o artigo 2º. da Lei 9.784/99 os princípios do processo administrativos ou critérios que o informam são: o devido processo legal, o atendimento ao fim público, objetividade e economicidade processual, atuação segundo a ética e a moral, publicidade, motivação, dentre outros.

comuns, o que por vezes é colada ao PAD a denominação “processo judifalsiforme” (CARVALHO FILHO, 2012, p.553). No entanto, continua o autor, os conflitos têm a peculiaridade de ser dirimidos pelo próprio Estado, que tem a posição ambivalente de ser parte e julgador ao mesmo tempo e no mesmo processo. Daí que essa característica *sui generis*, verdadeira assimetria do Estado exige que, no PAD haja maior rigidez quanto à observância dos princípios do contraditório, ampla defesa e produção probatória.

Some-se a isso outra especificidade inerente ao PAD que quase sempre envolve uma lide, ou questão controversa entre os polos ativo e passivo, tendo o órgão judicante como *locus* de apreciação das questões. Por isso, se pode ressaltar que ele se configura como um processo com objeto punitivo complexo, pois há um amálgama entre polo ativo e juízo se encarregando de averiguar situações irregulares ou ilegais na Administração, quase sempre na perspectiva de aplicar punição.

Isso por que o próprio PAD é modalidade de processo punitivo e representa o meio de apuração e correção de servidores públicos sujeitos ao regime funcional da Administração. Rezende (2002, p.13) ensina que, “[...] em razão de suas peculiaridades e frequências, bem como do elaborado rito de seu procedimento, merece destaque especial a classificação [do PAD] como modalidade autônoma e específica”. Por essas características, sua utilização é frequente para dirimir faltas cometidas por agentes públicos, valendo reforçar seu caráter peculiar na condução da Administração Pública.

Outra especificidade do PAD é quanto ao objeto punitivo que pode ser interno, reitera Carvalho Filho (2012, p.555), isso pode ocorrer “[...] quando a apuração tem pertinência com a relação funcional entre Estado e servidor público”. Já o objeto punitivo externo envolve o Estado e os administrados em geral. Bem se vê, portanto, a amplitude e força do Estado diante de seus administrados e servidores.

Neste aspecto, o processo administrativo no entender de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2001) é definido na Constituição Federal no artigo 41, como sinônimo de processo disciplinar, pois este, trata da ação de perquirir o comportamento dos servidores públicos para sopesar ações, provas e elementos trazidos ao processo, para dar então, uma adequada resposta, se consubstanciando em justa atuação do próprio Estado.

Quando uma infração é praticada no âmbito da Administração, ensina Carvalho Filho (2012, p.560) “[...] é absolutamente necessário apurá-la como garantia para o servidor e também para a Administração”, disso decorre que o procedimento requer formalidade processual, no sentido de permitir aos envolvidos, obter ampla capacidade de defesa, reforçando seus direitos e garantias fundamentais enquanto cidadãos e fortalecendo também o Estado Democrático de Direito, que concede aos seus processandos a faculdade de defesa contra a assimetria do próprio Estado. Sobre o tema, Santos (2009, p. 137), classifica o processo administrativo disciplinar como

[...] ato destinado a apurar as responsabilidades administrativas de servidores [ou de pessoas que estejam em atividades em serviço público] por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenham relação com as prerrogativas do cargo ou função em que se encontra investido.

Concordando Meireles (2008, p. 674) para quem o “[...] processo administrativo disciplinar é um processo punitivo”, destacamos que esta medida disciplinar é *sui generis*, uma vez que apresenta peculiaridades, requerendo tratamento intrínseco em sua marcha processual. Isto por que os processos ensejam penalidades aplicadas muitas vezes por servidores sem o devido conhecimento jurídico e processual; daí que haverá de ser reforçada a necessidade inequívoca de certas cautelas no curso do PAD. Uma delas é a observância do leque legislativo que abriga o direito dos administrados, e a conduta do próprio Estado, no sentido de prover à comunidade um serviço público com circunspeção e respeitabilidade, daí ser imprescindível que o PAD esteja fundamentado na Lei, doutrina e princípios de direito.

Dois são os fundamentos que permitem à Administração Pública instaurar um processo administrativo dessa espécie, nos ensina Gasparini (2001) que, o primeiro deles é o fundamento constitucional esparso em vários artigos da Carta Magna. Sendo assim o PAD encontra respaldo explícito e direto no inciso LV do o art. 5º, que assegura o princípio do contraditório e ampla defesa, até o art. 41, que exige processo administrativo para o despedimento de servidor estável. Já o fundamento legal, reitera o autor, está consubstanciado também em um leque legislativo na esfera federal, abraçando desde a Lei 8.112/90 até a Lei 9.784/99, dentre outras medidas normativas.

Sendo assim, ensina Fortini (2010, p. 01) que, face a “[...] pluralidade normativa e por força do artigo 5º. Da Constituição da República de 1988, é imprescindível que a realização do processo administrativo disciplinar [seja conduzida] com o necessário apego a esse balizamento [legislativo] sob pena de padecer de mácula incontornável”.

Isto por que, essas fronteiras são demarcadoras de significativas atribuições no tratamento litúrgico até então, outorgados às matérias reguladas pelo Direito Administrativo.

Trazendo ao lume a inteligência de Bacellar Filho (1998), que lembra a transformação do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito da Constituição de 1988, o autor nos ensina que já não se pode mais vivenciar “[...] o Direito Administrativo autoritário marcado pela pouca atenção aos direitos e garantias inerentes ao patrimônio do cidadão-administrado, afeiçoado à visão única da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (BACELLAR FILHO, 1998, p. 22).

Como em outras sedes jurídicas, diz a Controladoria Geral da União (2011) que, é imperioso ao Direito Administrativo Disciplinar se adequar à Constituição Federal, pois reconhece que aquele ramo possui uma parte substancial e uma parte instrumental de Direito Processual, que é o PAD, propriamente dito. Informa também, a CGU (2011) que o Regime Disciplinar⁴ e o PAD⁵ são institutos da Administração para exercer o *jus puniendi* diante de infrações cometidas por seus servidores. A base normativa que regula o PAD é uma plataforma diversa e plural, pois incide para esse tipo de processo a recomendação da “disciplina reguladora difusa” (CARVALHO FILHO, 2012, p.975). Portanto, as regras se encontram nos estatutos funcionais de diversas pessoas federativas, de modo que cada uma delas tem autonomia para instituir seu estatuto funcional, desde que haja estrita observação dos limites constitucionais.

Essa diversidade de normas jurídicas, somada à pluralidade de entendimentos, pode fazer do PAD um instrumento de injustiças se houver negligência do comando constitucional, comungado à inobservância da ética. Repise-se também, que a autonomia dos órgãos administrativos e a discricionariedade da comissão processante, se não forem bem manejadas poderão resultar em um processo administrativo eivado de atos equivocados. Todavia, ensina Rezende (2002) que, para afastar quaisquer possibilidades de procedimentos arbitrários o Direito Processual Disciplinar extrai sua existência das seguintes fontes: Constituição Federal, leis ordinárias, regulamentos, atos normativos internos, pareceres da Advocacia Geral da União, jurisprudência dos

⁴ O Regime Disciplinar está contido na Lei 8.112 no Título IV, contemplando os artigos 116 a 142.

⁵ O PAD, está contido na Lei 8.112, no título V, contemplando os artigos 143 a 182.

tribunais, analogia, princípios gerais do direito, praxe administrativa e aplicação supletiva de outras normas.

O PAD, representa portanto, ampla garantia de direitos, tanto atinente ao indivíduo considerado isoladamente, quanto sob o prisma de direitos coletivos e difusos, ensina Medauar (1998), e destaca que ele se associa à concepção de Estado democrático, de direito bem como aos princípios constitucionais de Administração, pois é corolário da publicidade e veículo de sua expressão. Daí a apreensão que, recomenda-se seja envolvida na aplicação do PAD no sentido de, cumprir as normas explicitadoras dos trâmites que o informam, e para além disso, acompanhá-las da devida ética para que seus desdobramentos sejam coerentes e justos.

Como nosso objeto de Estudo é o PAD em uma autarquia federal, a Lei 9784/99 será nosso elemento normativo norteador, pois ela é norma que traça os cânones do processo administrativo junto à Constituição e os princípios constitucionais, e processuais civis, na esfera da Administração Pública Federal.

A Lei 9784/99 é o instrumento legal que tutela o processo administrativo estabelecendo o *iter processual* que, tem o encargo de, ser posto em prática pela comissão administrativa nos órgãos públicos da Administração Federal, espaço geográfico de nosso estudo. Repise-se que, a referida legislação é aplicável na jurisdição federal na tramitação de expedientes processuais disciplinares no âmbito dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Diz Carvalho Filho (2012, p.970) que “[...] em virtude de nosso regime federativo em que as entidades integrantes são dotadas de autonomia, não pode tal mandamento se estender aos Estados, Distrito Federal e municípios”, pois estes são titulares de competência privativa para estabelecer as próprias regras sobre seus processos administrativos.

Vale a pena destacar também que, a Lei 9.784/99 tem caráter genérico e subsidiário, ou seja, ela pode ser aplicada nos casos em que não haja lei específica regulando ou ainda, quando houver, reitera Carvalho Filho (2012, p. 970) “[...] é aplicável para complementar as leis especiais, principalmente quando a lei específica for silente em determinados pontos”. A lei 9784/99 é assemelhada ao direito processual civil. Desta forma, é lei aberta, principiológica, descrevendo desde a formação do processo, direitos e deveres dos administrados, até a aplicação da penalidade. Remete sempre à Constituição e aos Códigos Civil, Processo Civil e jurisprudência.

No entanto, cabe destacar que, esse conjunto normativo, não seja impulsionado isoladamente, pois requer interpretação pelas vias da hermenêutica. Logo, é imprescindível que ao manejar a Lei 9784/99 a comissão tenha conhecimentos jurídicos, pois a própria legislação remete às outras legislações, à Constituição Federal, doutrina e principalmente à ética⁶ em um procedimento averiguador de faltas funcionais que impulsiona o poder-dever da Administração.

Sendo assim, o PAD é obrigatório e está abrigado no sistema disciplinar que vigora na relação entre o Estado e seus servidores, de modo que, cabe à Administração o poder jurídico de restaurar a legalidade e a correção de seus agentes quando tomar conhecimento de notícia ou conduta incorreta e ilegítima. Todavia, é substancial que essa decisão seja pautada em procedimentos de acordo com a legislação e seus institutos, sob pena de restar eivada de ilegalidade, podendo ser fulminada pelas vias judiciais.

Finalmente, com fulcro nas definições supracitadas é importante ressaltar que o PAD tem índole proeminentemente administrativa, embora guarde vinculação com outros ramos do Direito, notadamente o Direito Penal, o Direito Processual Penal e o Processual Civil. Logo, se percebe que é tema complexo, por envolver uma cartela interdisciplinar.

Portanto, segundo Rezende (2002, p. 17) “[...] o processo disciplinar é regido pelas normas e princípios que formam o universo do Direito Processual Disciplinar”. Com efeito, diz a autora, a simples menção de notícia sobre cometimento de falha ou falta na Administração Pública, não é o bastante para aplicação aleatória de penalidade, haverá de se instaurar o rito processual administrativo, que poderá se iniciar pela sindicância.

Com fulcro nas etapas do PAD, é salutar aclarar a terminologia da sindicância, passo vestibular opcional do processo administrativo disciplinar. Ressalte-se que nos capítulos vindouros trataremos também do inquérito, pois sindicância e inquérito são institutos ou importantes *Standards* que formam a base do sistema e que fornecem suporte às demais dobraduras ou fases na qual se construirá o edifício jurídico do PAD.

⁶ Bittar (2006, p. 8) aponta que a ética como prática consiste na atuação concreta e conjugada da vontade e da razão, de cuja interação se extraem resultados que se corporificam por diversas formas. Se as ações humanas são dotadas de intencionalidade e finalidade, extraem-se sobretudo a aferição prática da concordância entre atos exteriores e intenções. Então a prática ética deve convolar esses dois campos.

1.1 SINDICÂNCIA E SUAS CARACTERÍSTICAS INQUISITORIAIS

A sindicância é etapa prévia ao PAD pois serve para esclarecer o objeto que está sob investigação, se consubstanciando em um meio sumário utilizado pela Administração para investigar antecipadamente à abertura do processo propriamente dito. É promovida na administração pública, na perspectiva prévia de apurar ocorrência de prováveis atos e fatos narrados na denúncia.

Nos ensina Rezende (2002, p. 72) que, a sindicância “[...] é a investigação promovida no interior de determinada repartição ou serviço, com o fim de apurar a ocorrência de prováveis fatos, [ela é] um expediente célere e simples que objetiva esclarecer duvidosos fatos irregulares”, os quais, diz a autora, uma vez comprovados, é recomendável ensejar a instauração do PAD. No que tange à sindicância é possível destacar que, esta é peça preliminar e informativa do processo administrativo disciplinar, e sempre que o preceder “[...] deverá ser apensa aos autos principais” ressalta Rezende (2002, p.76).

Di Pietro (2001, p.640) nos revela que “[...] a sindicância é operação cuja finalidade é trazer à tona, fazer ver, revelar, ou mostrar algo que estava oculto”. Eis que, se trata de etapa investigativa de natureza preparatória, tendo dessa forma, alta carga de discricionariedade, já que ainda não se configura, *prima facie*, no próprio PAD.

Ressalte-se que, como elemento inicial, a sindicância é adequada para aclarar e agilizar o objeto que está sendo investigado, pois ela serve de base para instauração da apuração regular, com recursos mais amplos e mais dilatados para a fase probatória processual. Diz Rezende (2002) que, embora a sindicância não seja peça essencial à instauração processual, ela é importante exemplar informativo, por que, de seu conteúdo se pode extrair elementos importantes que alimentarão o processo. E assim destaca que “[...] ao se concluir que a falta apurada é de natureza leve, deve-se fazer uma síntese das acusações, e posteriormente abrir vistas ao imputado a quem será deferido o prazo de dez dias para oferecer defesa” (REZENDE, 2002, p. 72).

Como elemento vestibular, a sindicância é opcional não se revestindo, portanto, do caráter obrigacional em sua realização, pois ela é – via de regra – apenas a mera apuração do fato e de sua provável autoria. Com efeito, lembra Rezende (2002) que, a sindicância serve de base para a instauração da apuração disciplinar regular, pois tem recursos mais amplos e dilatados e uma flexibilidade *sui generis*.

Essas peculiaridades da sindicância fazem dela um recurso técnico ágil sendo permitido em seu curso, alguns expedientes inerentes à celeridade, portanto nessa fase, é possível dispensar inclusive o direito de defesa. Tal assertiva é tão verdadeira, que uma das características da sindicância é a faculdade de ocorrer sem a presença do acusado, por exemplo. Rezende (2002, p. 78) ressalta que “[...] a sindicância poderá diminuir alguns termos não primordiais e prazos”.

Adverta-se, todavia que, as medidas não significam que se deva conduzir a sindicância com incúria e imprevidência. Por via contrária, é recomendável que, se redobre a cautela para que sejam preservadas na sindicância sua circunscrição e celeridade de acordo com a Lei, isto por que, a sindicância tem o necessário fundamento legal, portanto, recomenda-se que, sua instauração e condução não restem submetidas somente ao alvedrio da autoridade que a determinou, mas também aos olhos da legislação. Além disso, a regra é a obediência ao rito processual disciplinar, na condução das operações, daí que, é fundamental que a sindicância esteja assoalhada da previdente observação de Leis e principalmente, da conduta ética em sua marcha processual.

Agindo assim, a comissão sindicante evita que no afã de apressar resultados, a sindicância se transforme em ações precipitadas que contribuiriam por sua vez, para o vertiginoso desacerto nas decisões, ferindo o direito dos processados, e maculando a roupagem do Estado. Assim haverá de ser observada a terminologia e as características peculiares da sindicância, a fim de aplicar a boa destreza jurídica em sua condução.

Neste aspecto, a Controladoria Geral da União (2011, p. 179), utiliza a terminologia dicotômica da sindicância contraditória e da sindicância inquisitorial esclarecendo que,

[...] A sindicância inquisitorial pode ser instaurada [...] sem a figura de acusado a quem se concederia ampla defesa e contraditório, [podendo ser constituída] por meio de ato de desnecessária publicidade, designando apenas um sindicante ou uma comissão com número de integrantes a critério da autoridade competente.

Ressalte-se que, a sindicância inquisitorial não se confunde, segundo a Controladoria Geral da União, com a sindicância contraditória, contida nos artigos 143 e 145 da Lei 8.112/90, pois é mais elástica que aquela, podendo a contraditória servir-lhe de balizamento legal. É a inquisitorial mera investigação preliminar, que poderá recomendar a abertura de PAD.

Já a sindicância contraditória, prevista expressamente na Lei 8.112/90 e denominada de sindicância autônoma contraditória, tem a índole disciplinar de acusação, o que faz dela um norte de apuração um pouco mais aprofundado que a sindicância inquisitorial, já que a contraditória pode apresentar algum indício de incoerências no caso que se está investigando, diferentemente da anterior que é mera perquirição, ainda sem antinomias.

Porém, se houver aplicabilidade de pena em consequência da sindicância, Lucia Valle Figueiredo (1998, p.416) recomenda que “o procedimento usado no PAD deve ser o mesmo trazido à sindicância”, ou seja, a situação atrai todos os princípios que envolvem o PAD, à tela. Mas essa roupagem é exceção, pois no mais das vezes a sindicância é mera averiguação, daí seu caráter preliminar. Diz a CGU (2011, p. 181) que a Lei não cuidou de especificar rito detalhado à sindicância, entendendo que se trata de institutos do mesmo ramo, logo,

[...] conceitualmente, pode-se interpretar que a expressão genérica “processo administrativo disciplinar” comporta as espécies processo administrativo disciplinar (PAD) e a sindicância prevista na Lei nº 8.112, de 11/12/90. E, ao se deparar com aquela expressão no texto da citada Lei, somente a leitura do contexto pode indicar se o legislador está se referindo ao gênero *lato sensu* ou à espécie *stricto sensu*.

Diz Gasparini (2001) que, há certos casos em que se prescinde a sindicância, pois ela é também um ato discricionário, então destacamos o caráter preliminar da sindicância como processo sumário para elucidar irregularidades no serviço público federal, tanto que no mais das vezes não serve como instrumento para aplicar penas. A sindicância auxilia, no entanto, para colher alguns indícios ligados ao fato perquirido, tais como: “[...] a existência da infração funcional, a sua autoria, e o elemento subjetivo com que se conduziu o responsável (CARVALHO FILHO, 2012, p.977).

É possível destacar ainda, o caráter não litigioso da sindicância, uma vez que ela é de mera conduta preparatória que fixará ou não, as bases para a instauração do PAD. Por isso a sindicância tem alguns elementos mitigados em seu interior. Aqui o princípio da

publicidade é atenuado por que o papel da Administração nessa fase é exordial, funcionando a sindicância como se fosse o prólogo de algo mais “[...] formal, solene que é o PAD” (GASPARINI, 2001, p.813).

Tanto é verdadeira a acepção da sindicância que, ela nessa fase, dispensa o direito de defesa, consagrado na legislação, isso por que, repisamos, a sindicância é mera apuração do fato e a indicação da provável autoria do ato administrativo inconveniente. Para aclarar a terminologia, Carvalho Filho (2012, p.977) reforça que “[...] enquanto a sindicância é preparatória, inquisitória e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo e tem por objeto a apuração principal”.

Sendo a sindicância instrumento preparatório do processo administrativo disciplinar que visa apurar fatos e a possibilidade da presunção de autoria, ela é célere, chegando a ser quase uma ampliação do princípio da verdade sabida, pois aqui já consta ligeira participação do acusado.

Portanto, na fase sindical é necessário ter medidas acautelatórias no sentido de evitar precipitações e divulgação de resultados como se definitivos já fossem, reiterando sempre seu caráter preambular e coadjuvante, sendo inclusive possibilitada a sindicância sigilosa. Registre-se ainda, que a mitigação de alguns princípios não pode dar vazão a irregularidades, uma vez que a função da sindicância é a simplificação para agilizar o ato que lhe for consequencial, que tanto pode ser a abertura de um PAD, quanto o arquivamento da sindicância.

E por fim, a Controladoria Geral da União (2011, p.181) destaca a pouca atenção dada a este instituto pelo legislador, o que se pode concluir que “[...] basicamente a Lei 8.112/90 a instituiu-a mas não a descreveu; tão-somente demarcou algumas diferenciações no prazo de conclusão e no alcance das penas”. E conclui que “[...] enquanto a sindicância deve ser concluída em até trinta dias a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação das penas estatutárias brandas (advertência e suspensão até trinta dias), o PAD deve ser concluído em até sessenta dias a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação de qualquer pena estatutária, branda ou grave” (CGU, 2011, p.181).

Desta forma, nos lembra Di Pietro (2010, p.640) que “[...] a Lei 8.112 [no artigo 145] prevê sindicância para a apuração de irregularidades, dela podendo resultar:

arquivamento do processo, aplicação de penalidade de advertência ou suspensão até 30 dias e instauração do processo disciplinar”. Este é o pensamento de Rezende (2002, p.79) ensinando que após “[...] cumpridas as formalidades, a autoridade deverá encerrar a peça informativa, com o relatório circunstanciado”, contendo os fatos apurados e a conclusão objetiva, inclusive mencionando os dispositivos legais violados se for o caso, bem como os responsáveis pela infração. Caso esses elementos não sejam verificados, é razoável que, a autoridade sindical solicite o arquivamento do processo.

Daí que, Rezende (2002) corrobora com o conceito doutrinário da sindicância descrito pela CGU como um ato exordial que pode anteceder o PAD, mas que com ele não se confunde, embora entre os dois institutos haja elevado grau de similitude pois são frutos da mesma lavra. Como quer que se conceitue o instituto da sindicância, destaca Gasparini (2001, p. 24) que ela é meio ideal para elucidar fatos, pois muitas vezes “[...] por independe de publicidade pode ser promovida sigilosamente, evitando-se assim os traumas e constrangimentos advindos do processo disciplinar”. Assim, é necessário destacar que esse percurso disciplinar seja iluminado pelo equilíbrio e pautado pela legislação para evitar condutas bizarras, daí que a Lei deslinda as responsabilidades, direitos e deveres tanto da comissão processante, quanto do servidor processado. Passamos a comentar essas esferas de responsabilidade.

1.2 DIREITOS E DEVERES DOS ADMINISTRADOS: ÉTICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Como o PAD é um conjunto complexo de atos coordenados tendentes ao cumprimento da função administrativa, com ele há também uma finalidade que é a apuração de condutas indevidas. Logo, é possível dizer que há um objeto no PAD que é a composição da lide, sendo que o Estado é ao mesmo tempo parte ativa e julgador dos servidores envolvidos, eis aí uma das peculiaridades assimétricas do processo administrativo, que fincada na supremacia do interesse público, pode muitas vezes inobservar determinados comandos e resvalar para a coercitividade.

Repise-se que, outro elemento que configura esse desequilíbrio entre Estado e particulares é a jurisdição ou poder do Estado de formular as regras e aplicá-las, assim

na Administração Pública o Estado investido no PAD é ao mesmo tempo parte ativa e julgador. Vale dizer ainda que, no PAD o Estado qual figura abstrata é representada pelos servidores processantes que tem a função de declarar e realizar de forma prática a vontade da Lei para dirimir situações controvertidas. Mas o Estado é representado também pela chefia hierárquica que aplicará a sanção.

Nesta tríplice função (aplicar a Lei, julgar e punir) a Administração Pública revestida nos poderes do Estado atua de acordo com a vontade concreta da Lei que o próprio Estado produziu, na perspectiva de cumprir o regime jurídico da administração e erigir o edifício da supremacia do interesse público. Sendo o interesse público o fim maior do Direito Administrativo na perspectiva de atender a coletividade e a gestão pública, o próprio Estado através de seus princípios já de imediato soergue a si mesmo poderes e privilégios de forma diferenciada. Eis aqui a mais alta carga de eticidade com a qual é imprescindível que o processo administrativo disciplinar seja revestido, já que o Estado tem assimetria diante do servidor processado.

Informa Santos (2009) que ao assim fazê-lo o Estado avoca a si mesmo uma série de princípios que o distinguem colocando-se na prerrogativa de supremacia Estatal. Podemos citar dentre esses princípios, “[...] a impulsão e instrução de ofício sem prejuízo dos interessados [...] a verdade jurídica objetiva, e ainda [...] a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública, interesse público e eficiência” (SANTOS, 2009, p.27).

Pelo princípio da verdade sabida, por exemplo, diz a autora que se aplica a pena diretamente sem necessidade de outras averiguações quando é de conhecimento notório a prática inadequada. Meirelles (2008, p.678) destaca que a verdade sabida “[...] é o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator [...] a infração portanto é pública e notória” aos olhos da autoridade coatora. Portanto, é de se destacar que se de um lado o princípio da verdade sabida⁷ é meio sumário, vertiginoso, para demonstrar rapidez em apurar e punir, por outro lado corrobora com o poder de império do Estado.

⁷ Junto ao princípio da verdade sabida, o princípio da verdade material diz que, a autoridade ao invés de ficar restrita ao conteúdo relatado pelas partes pode buscar outras fontes, podendo prescindir daquilo que for declarado no procedimento disciplinar.

Bem se vê que, nem sempre a dialeticidade do contraditório é a tônica do processo administrativo, uma vez que existem procedimentos sumários para apurar os ilícitos com maior brevidade, dando-se uma resposta rápida e adequada à sociedade. Diante dos atributos do Estado, é necessário que o administrado que está sendo processado também tenha assegurado seus direitos e deveres para que se cumpra o exercício dos direitos e garantias fundamentais da Constituição. Passamos a demonstrar esse conjunto, iniciando pelos direitos, em seguida dialogaremos com os deveres que informam o PAD.

1.2.1 Informalismo ou formalismo moderado a favor do administrado

Como o PAD é um processo administrativo interno dos órgãos da Administração Pública Federal, este instrumento tem seu percurso definido pelo compósito de regramento que o informa, por isso obedece ritos inerentes às Leis, sendo ainda em sua marcha, irrigado pela doutrina e ética. Medauar (1998) lembra que o termo informalismo parece inadequado uma vez que faz alusão à ideia de ausência de ritos e formas no processo, portanto neste trabalho será mais utilizada a terminologia do formalismo moderado como sinonímia de ritos e formas mais singelos no processo, porém suficientes para produção de segurança jurídica.

Não se pode dispensar no PAD a sua liturgia legal, pois é por meio dela que se concatenam os atos que sustentam a decisão prolatada ao final do ato, visando um serviço público afinado com a moralidade, dentre outros aspectos. Além disso, o processo administrativo é o ato formal ou foro pelo qual o princípio da legalidade toma assento e se inscreve como um princípio constitucional a ser observado, já que o próprio PAD é a personificação da vontade estatal. É evidente que, o processo tem como fundamento a persecução de um desfecho válido e justo na apuração de infrações para esplender o princípio da eficiência do serviço público, logo, é interessante que, seu termo seja razoável para transparecer certeza jurídica, o que remonta ao binômio tempo de duração do processo e eficiência na administração pública. Sobre essa díade Fortini (2010, p.8) ensina que,

[...] à luz do princípio da eficiência o processo administrativo disciplinar deve atentar para a produção de resultado justo, atento à

preocupação com o prolongamento necessário de forma correta e no menor tempo possível.

Todavia, não se pode olvidar que o PAD é meio, um mero instrumento para consecução dos fins aduzidos na pauta legislativa e nos princípios constitucionais. Como dispositivo instrumental o processo não pode jamais ser transformado em fim em si mesmo, em uma metamorfose burocrática esvaziada de efetividade que em nada agregaria valor ao princípio da eficiência, pois este, advoga Fantini (2010, p.8) “[...] resta violado quando o processo administrativo disciplinar alonga-se em demasia”.

Dito isto, recomenda-se a partir da boa doutrina que, o PAD seja despido de exageros de formalidade ou óbices redundantes, e em seu lugar considera-se a atenuação ou formalismo moderado no sentido de equilíbrio de medidas que muito se aproxima da flexibilidade das formas. Essa mitigação todavia, não significa desprezar o princípio da legalidade, por via contrária, é a observação que, segundo a CGU (2011, p.159) “[...] *A priori*, os atos do processo administrativo disciplinar não dependem de forma determinada como condição de validade, a menos que a lei exija”.

Daí a possibilidade de aceitar no PAD a mitigação da forma, para evitar que estas se calcifiquem, exigindo rigorosas adjacências burocráticas ou “filigranas dispensáveis” (MEDAUAR, 1998, p.22) que decerto poderiam subverter o processo, alterando seu propósito. A formalidade moderada, afasta desde logo, o excessivo rigor dos protocolos que pouco adicionariam valores ao processo, e em seu lugar celebra a agilidade responsável na condução do rito.

Essa atenuação da rigidez formal, é sobretudo, o reconhecimento da necessária celeridade e economia processual, mitigando assessórios de pouca relevância, evitando assim o apego às minúcias prescindíveis. Vale lembrar que a CGU (2011, p. 159), recomenda que “[...] se dispensem formas rígidas e ritos sacramentais, bastando se adotar formas simples, estritamente necessárias para assegurar a certeza jurídica e a segurança procedimental do ato praticado”.

Dito isto, não se pode esquecer que a peculiaridade do PAD o diferencia, pois na esfera administrativa o Estado é soberano e altivo, deixando o particular em posição dessimétrica, o que o torna vulnerável. Daí que um dos feitos correccionais dessa distorção de posições é admitir a mitigação da formalidade, ou reconhecer atos informais temperados com a diluição da burocracia. Pelo princípio da informalidade ou

“formalidade equilibrada de alguns atos administrativos” (SANTOS, 2009) se abranda a supremacia estatal, significando dizer que em certas ocasiões haverá verdadeira flexibilidade de alguns atos mais formalizados para acatar no PAD, a informalidade temperada.

Ocorre que, a aceitação desse princípio não pode servir de capa protetiva ao próprio Estado, que já em posição suprema, descreve uma trajetória de desigualdade ao processado. Disto isto, é bom lembrar as palavras de Bacellar Filho (1998) para quem o poder público não é irresponsável e arbitrariamente limitado e vinculado somente por seus próprios atos⁸, e acima de tudo não pode arrogar-se o privilégio de estabelecer ao seu talante atos unilaterais que o beneficiem sobremaneira.

Sendo assim, a admissão do princípio da formalidade mais branda, somente pode ser acatado em sede de PAD, quando se reportar a favor do processado, que com efeito, tem o direito fundamental ao processo sem dilações indevidas. Como exemplo dessa flexibilização responsável, a CGU (2011, p.159) informa que,

[...] desde que se possa subentender a intenção do servidor, não se recusam petições, recursos e atos de defesa em geral por defeitos de forma, como por exemplo, se a terminologia empregada ou se a autoridade citada como destinatária estiver grafada de forma incorreta.

O tema em tela traz à tona outro princípio que ilumina o PAD e que se enlaça com o formalismo moderado fortalecendo o valioso edifício dos fundamentos e garantias constitucionais da Constituição de 1988. Trata-se do princípio da instrumentalidade das formas, tema já aduzido no início desta seção, segundo ele “[...] o rigor formal dos autos só deve ser absolutamente indispensável à validade dos atos se a sua mitigação influenciar no objetivo, que é a justa decisão” (CGU, 2011, p. 159). Sendo assim, é recomendável que a sacralidade das formas ceda espaço à informalidade responsável desde que não haja prejuízo do objetivo, nem que essa peculiaridade possa lesar a produção do justo resultado. Assim os princípios da formalidade moderada e instrumentalidade estão positivados na Lei 9.784/99, vejamos:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.
§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

⁸ Embora se reconheça o princípio da supremacia do interesse público, deve este princípio ser mitigado pela finalidade pública como parametrização de seus atos.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

§4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.

E ainda, a Lei supracitada e seu artigo 2º incisos VIII e IX recomenda “[...] a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados”. Este artigo, é outro exemplo do princípio da formalidade moderada, lembra Di Pietro (2010, p.630) que combinado com o artigo 2º. O artigo 22 da mesma lei assevera: “[...] os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir”. Então se observa que, em vários temas a Lei em tela é silente, deixando discricionariedade ao administrador, que, com responsabilidade e razoabilidade pode mitigar a formalidade, desde que, com moderação.

O informalismo procedimental é fruto do Estado Democrático de Direito que exige um tempo razoável de duração do processo, combinado com o princípio da eficiência tornando o processo justo e célere. Neste sentido informa Carvalho Filho (2012, p.968) que “[...] no silêncio da lei ou de atos regulares, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos”.

Em razão do informalismo, diz Gasparini (2001) que podem ser dispensados ritos ortodoxos e formas rigorosas para o processo administrativo. Esse processo, diz o autor é essencialmente caracterizado pelo menor formalismo e flexibilidade, na perspectiva de preconizar tanto a celeridade quanto equiparar a assimetria do particular comparado ao agigantamento do Estado, relação que cria entre esses polos, quase um injusto hiato.

Todavia, informa Di Pietro (2010, p. 629) que “o informalismo não significa ausência de forma”, e que por isso não pode o informalismo ser usado como argumento para atos equivocados, fazendo tramitar o processo com vícios. Carvalho Filho (2012) na mesma linha de argumentação ressalta que a formalidade moderada não significa inobservância dos elementos mínimos no processo, nem falta de zelo que possam eivar o PAD de nulidades.

Para concluir, é magistral a observação de Gasparini (2001, p.786) lembrando que “[...] o informalismo não pode servir de pretexto para a existência de um processo administrativo mal estruturado [...] assim se imperaria o desleixo, [ferindo] a

credibilidade que dele se espera”, pondo em insegurança os sustentáculos do PAD, que de certa forma nutrem de eficiência, na esfera administrativa, tanto o Estado e seu regime jurídico, quanto a própria Administração Pública.

1.2.2 Ciência do processo: conhecimento dos autos e defesa de seu conteúdo

Assim como o processo civil, o PAD é uma defluência ordenada de fatos e atos processuais que têm por finalidade o provimento ou uma resposta do Estado, diante de atitudes inconvenientes de seus servidores. Sendo assim, o PAD é uma relação jurídica que se estabelece entre administrados e Estado e se desenvolve através de sucessivos atos, até a conclusão ou decisão final da comissão. Esse ritual que envolve o PAD é manejado pelo Estado, em conjunto com outros sujeitos ou partes⁹, que se aderem ao curso processual, visando finalizar o processo. A marcha processual por sua vez, é envolvida pelo princípio da publicidade o que obriga ao administrador trazer à tona de forma límpida as ações emanadas no seio do PAD e informá-las de maneira eficiente aos sujeitos envolvidos no rito processual.

Então, para o servidor tomar parte no PAD como polo passivo é necessário que a ele se dê ciência do inteiro teor do conteúdo do processo, esse direito é uma salvaguarda da Constituição Federal de 1988, prevendo que ninguém poderá ser julgado ou processado sem a devida comunicação dos atos. No Processo Civil, a comunicação do interessado é efetivada pela citação, definida por Didier Júnior (2009, p.463) como “[...] o ato processual de comunicação ao sujeito passivo da relação jurídica processual (réu ou interessado) de que em face dele, foi proposta uma demanda, a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou manifestar-se”.

Pelo sistema de comunicação dos atos processuais, o Estado põe os interessados a par do que ocorre no processo e os convoca a praticar atos que lhes compete. Logo, a comunicação processual é forma tanto de publicizar os atos administrativos, quanto fornecer aos interessados as informações pertinentes ao processo, proporcionando a eles

⁹ O processo administrativo corre envolvendo geralmente uma trilogia: Estado ou órgão público, autor ou a pessoa que invoca a tutela jurídica e toma posição ativa de instaurar a relação processual administrativa e o servidor ou processado, que é o polo passivo ou demandado que se sujeita a relação instaurada (PAD).

a capacidade de cognição e defesa. Ensina Didier Júnior (2009, p. 463) “[...] que a comunicação processual, tem portanto, a dupla função: a) *in ius vocatio*, convocar o réu a juízo; b) *edictio actionis*, cientificar-lhe do teor da demanda formulada.” Portanto, a comunicação no PAD significa o chamamento do servidor processado a juízo, tanto para tomar conhecimento do teor das ações, quanto para prover sua defesa, explica o autor supracitado.

É a partir da ciência ao interessado, que se gera outro direito no PAD, implicando ao servidor citado a possibilidade de apresentação de respostas, podendo contestar o processo antes de discutir o mérito, oferecer exceções de suspeição, impedimento e incompetência da comissão, e ainda, oferecer o conjunto probatório de documentos e demais papéis e meios de prova para formar a convicção do Estado.

Então, se diz que, a comunicação no PAD é um procedimento que serve para dar ciência ao servidor ou polo passivo sobre o processo que contra ele está se insurgindo o Estado, representado pela Comissão Processante que manejará o PAD. Essa garantia é uma das defesas do servidor, se constituindo como elemento essencial, tanto que sem ela o processo não se aperfeiçoa, e a relação processual não se completa, pois não há que se falar em contraditório sem a devida ciência do interessado. Para aclarar tal assertiva a Lei 9.784/99, no capítulo IX, trata da comunicação dos atos no processo administrativo disciplinar ressaltando que: “[...] o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para a ciência de decisão ou a efetivação de diligências” (Artigo 26 da Lei 9.784/99). E conclui que,

§1º. A intimação deverá conter:

- identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;
- finalidade da intimação;
- data, hora e local em que deve comparecer;
- se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;
- informação de continuidade do processo independente de seu comparecimento;
- indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

E ainda, a Lei 8.112/90 na mesma linha de entendimento da Lei supracitada, destaca a necessidade da comunicação dos atos processuais ressaltando que “[...] é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador” (Art. 156), logo, embora não traga no texto a exigência *in verbis* como o fazem a Lei 9.784/99 e o CPC, a Lei 8.112/90 deixa claro indiretamente que o servidor

seja comunicado, pois não há como acompanhar o processo sem dele ter ciência de seu inteiro teor.

Destaque-se que, a informação sobre o PAD é tão relevante que sem ela o processo pode ser fulminado pelo vício da falta de comunicação ou citação, o que implicaria dizer falta de ciência ao servidor quanto ao processo que se move contra ele. Assim se posiciona o § 5º. do Artigo 26 da Lei 9.784: [...] as intimações serão nulas quando feitas sem a observância das prescrições legais”.

Quanto aos prazos processuais, diz a referida Lei que, a intimação deverá ser expedida com o prazo de três dias úteis anteriores à data de comparecimento a fim de que se torne eficaz, no sentido de prover ao servidor a possibilidade de ser informado em prazo que forneça condições de conhecimento do processo e posterior apresentação de defesa na comissão.

Quanto ao meio de comunicação, a Lei 9.784 no artigo 26 § 2, é taxativa ao estabelecer que a comunicação poderá ser feita através da própria ciência ao processo quando o intimado assina uma via documental reconhecendo a existência do PAD, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado. No caso de indeterminação dos sujeitos processados ou desconhecidos com domicílio indefinido, é razoável que, a intimação seja efetuada por meio de publicação de editais.

A comunicação ou ciência dos atos processuais estabiliza a relação fixando desde logo a trilogia das partes, ou ainda como destaca Gasparini (2001) torna completa a relação trilateral em forma de lide: autor, Estado e servidor processado. Sendo que, diferente do processo civil, em muitos casos o Estado toma lugar do denunciante (polo ativo), desenvolvendo a relação apenas com o servidor denunciado (polo passivo).

A comunicação dos atos processuais tem ainda outras finalidades, quais sejam: torna preventivo o presidente do PAD, que é designado por portaria, ou seja, fixa sua competência para atuar naquele processo, interrompe os prazos prescricionais e decadenciais e induz litigiosidade, caso haja algum bem jurídico envolvido no PAD. Além dessas garantias, o processado também é abrigado pelo direito de ser assistido no curso processual, vejamos de que forma.

1.2.3 Assistência jurídica por profissional habilitado em Direito

Por se tratar de questão litigiosa envolvendo um ente com supremacia de interesse público no polo ativo e o cidadão no polo passivo, o PAD se reveste como questão intrincada que carece de um olhar diferenciado. Isto por que o PAD envolve uma pauta de direitos fundamentais, exigindo de *per si*, ser resguardada com cautela. Essa assimetria entre Estado e processado é muito bem ilustrada na cena do PAD pois o polo ativo já possui, de imediato, uma comissão tecnicamente competente que toma a dianteira, e um setor jurídico bem estruturado que o representa e conhece muito bem os meandros processuais e suas capilaridades.

O servidor processado muitas vezes é um cidadão em marcha solitária, afastado de seu trabalho e muitas vezes na situação de acusado, sofre isolamento em seus vínculos afetivos com os colegas de trabalho, fragilizando-se sobremaneira diante da supremacia do Estado, seu inquisidor. Para atenuar esse distanciamento e prover um PAD justo, o Artigo 3º. da Lei 9.784, concede ao administrado que esteja sofrendo processo, dentre outros direitos, o de “[...] fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando, obrigatória a representação por força de lei” (BRASIL, 1999, art. 3º. Inciso IV).

Como se pode depreender, a Lei supracitada embora faculte a presença do advogado, cita esse direito no rol do capítulo II, pois o advogado enquanto procurador representará a parte em sede administrativa ou juízo processual administrativo. A postulação por advogado é um direito da parte, e embora diferentemente do processo civil que exige a representação como pressuposto processual, no PAD a regra é que a representação seja facultativa. Sobre a participação do advogado em sede processual, Rocha (2003, p.230) ressalta que

[...] como representante da parte no processo, o advogado exercita um serviço público indispensável à justiça, pois a atividade processual é complexa e técnica no conteúdo e na forma. Por isso, seria difícil ao leigo desempenhá-la eficazmente. Daí a intervenção do advogado que responde ao interesse público na boa administração da justiça.

Reforçando a necessidade do advogado em sede processual administrativa, a súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça aprovada pela 3ª. Seção assevera que “[...] é obrigatória a presença do advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Ao assim fazê-lo o STJ reconhece a atividade advocatícia como ato substancial à justiça, fato referenciado na Constituição de 1988, quando no artigo 133

destaca que “[...] o advogado é essencial à administração da justiça”, e ainda, segundo Câmara (2012, 156) “[...] é essencial ao regular desenvolvimento do processo, pois ele é a pessoa versada em Direito com a função de orientar e patrocinar aqueles que têm interesses jurídicos a pleitear ou defender em juízo”.

Além disso, não há como deixar de reconhecer que os meandros do Processo Administrativo, conforme veremos alhures, são caminhos legais, mas que implicam também uma dose de discricionariedade e interpretação, que sem dúvida, podem conduzir a resultados nem sempre justos. Daí que o acompanhamento por profissional habilitado e que conhece a boa técnica, em muito colabora para que o Processo Administrativo siga seu curso sem enveredar por sendas impróprias. Reiteramos portanto, que a intervenção por advogado é fator que auxilia a produção de um resultado ético e ponderado.

Razão pela qual, é mister que o servidor seja assistido por um profissional capacitado e habilitado para se fazer representar e instruí-lo durante o processo. Esse é o entendimento de Fortini (2010, p.9) de que “[...] a relação jurídica processual administrativa não se forma validamente sem advogado constituído”.

Trata-se portanto, segundo a autora, não de mera faculdade, mas de garantia processual uma vez que o PAD enseja aplicação de penas, logo, por analogia se pode aplicar os princípios do processo penal ao processo administrativo disciplinar. E continua, asseverando que essa incorporação de cânones penais em sede administrativa já é de muito tempo “[...] aclamada pela doutrina” (FORTINI, 2010, p.9). Isto por que, embora o processo administrativo não afete diretamente a liberdade dos sujeitos, há outros bens tutelados que são merecedores de proteção, e que a possibilidade de lesão a esses bens, merece a repulsa do Estado Democrático de Direito.

Assim como a autora supracitada, entendemos que a marcha processual do PAD conduzida sem a defesa técnica do advogado regularmente constituído, realça ainda mais a assimetria entre Estado e particulares, violando sobremaneira o princípio da ampla e justa defesa, ferindo sobremaneira os direitos fundamentais do acusado.

Já o Supremo Tribunal Federal através da súmula vinculante número 05 cujo teor revela entendimento diferenciado, ressaltando em seu texto que “[...] a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Em

situação de entendimento contrário, consideramos que, é de nosso bom alvitre não concordar com a Corte, pois não há como abnegar o equidistanciamento da Administração Pública no PAD. Sobre o tema, diz Fortini (2010) que, assim como não há como negligenciar que a Administração Pública é destinatária de prerrogativas que a fazem privilegiadas em relação ao particular que está sendo por ela alvo de processo.

A ausência da defesa técnica acentua ainda mais essa distância realçando a fragilidade da parte e sua militância solitária diante da supremacia do Estado. Ademais, o afastamento de advogado da relação prejudica o princípio do *jus postulandi*, que é a capacidade de requerer em juízo, sendo portanto, em nosso entendimento, imprescindível que o processado se faça acompanhar de profissional da área jurídica habilitado com a titulação de advogado.

Reiteramos ainda que, sem advogado, ao invés de haver uma triangulação harmônica entre partes, teríamos um desequilíbrio na equação do PAD que poderia, decerto, ensejar força coercitiva do Estado enveredando por labirintos processuais conhecidos pela comissão processante, em desfavor do processado, podendo gerar lesões graves ao princípio do contraditório.

Este viés unilateralizado decerto que representa ataque frontal ao próprio Estado democrático de direito e as garantias fundamentais prescritas no artigo 5º. da Constituição de 1988. A súmula do STF ao flexibilizar a presença do advogado representa um retroagir do Supremo Tribunal Federal, uma vez que destoa da dialética processual igualitária infirmando a boa controvérsia entre partes equânimes. Ao negar essa roupagem democrática ilumina com tintas fortes o desnivelamento no processo entre Estado e particular, concedendo à Administração Pública a tirania que o próprio ente estatal tenta combater.

Neste aspecto, Fortini (2010, p.14) defende a presença do advogado em sede administrativa de processo disciplinar, enfatizando que “[...] a presença do advogado proporcionará a defesa real do acusado e contribuirá para a construção do entendimento correto sobre o caso, salvaguardando em última análise, o interesse público”.

Por fim, da mesma forma em que é assegurado ao servidor os direitos de defesa no PAD, a ele também é exigido uma pauta de deveres, que passamos a demonstrar no tópico seguinte.

1.2.4 Exposição da verdade na prestação de informações

Além dos direitos que tocam as partes no Processo Administrativo Disciplinar, há também uma pauta obrigacional concernente ao direito processual civil, ramo que lhe é subsidiário. Sérgio Bermudes (1995, p.34) ressalta que se no processo civil “[...] a pessoa que propõe a ação chama-se autor [...] a pessoa contra a qual se propõe a demanda é o réu”, então, continua Bermudes (1995, p.35), “[...] tecnicamente a ação se propõe contra o Estado à medida em que ela é o direito à jurisdição da qual o Estado é devedor”.

No processo administrativo, repise-se, o Estado é polo ativo enquanto parte, e julgador enquanto Estado. Daí que se propõe a ação contra o servidor ou polo passivo, tendo o Estado cumulativamente os papéis de parte e juiz com atuação ao mesmo tempo, à medida que ele também como polo ativo sofreu agressão, na qualidade de órgão que atribui delegação à Administração Pública.

Nessa fusão de papéis os deveres do Estado, assim como os da parte processada tem também sua carga aumentada, face à peculiaridade do processo administrativo disciplinar. Assim os encargos das partes no PAD são reforçados tanto na Lei 9.784/99, quanto na Lei 8.112/90, que escrevem condutas desejáveis durante a marcha processual do PAD. É salutar lembrar que a Lei 9.784/99, em seu art. 4º. destaca que são deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

- I - expor os fatos conforme a verdade;
- II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
- III - não agir de modo temerário;
- IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Dentro da sistemática do processo civil moderno, diz Theodoro Júnior (2002, p.76) que, “as partes são livres para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos”. Mas essa liberalidade há de ser disciplinada pela observância aos fins superiores da Lei e os princípios que norteiam o processo, tanto na sede cível, quanto administrativa, para que haja justa e célere composição de litígio entre o Estado e seus servidores processados.

Daí a exigência legal que as partes se conduzam no processo segundo os preceitos da Lei e da ética processual. Para o administrado a exposição dos fatos conforme a verdade significa que o servidor processado não poderá utilizar de expediente falacioso no qual se falta com a verdade produzindo argumentos de impostura e mendacidade. A probidade processual destaca que o PAD é destinatário de dever ético tanto da comissão quanto das partes passivas, e de todos aqueles que de qualquer forma atuarem no curso processual. Daí que o princípio da exposição dos fatos conforme a verdade expurga desde logo, comportamentos de intencional falsidade, dissimulação ou perfídia no processo administrativo disciplinar.

De outro lado, o órgão processante também é composto por servidores públicos que representam o Estado, que como tal, está revestido pela responsabilidade civil, penal e administrativa. Desta forma, os membros da comissão processantes enquanto Estado respondem por seus atos praticados na qualidade de agentes da Administração pública investidos na função de comissão de processo administrativo disciplinar, ou polo ativo jurisdicional. Os membros respondem por todos os atos emanados na esfera da ação, já que esta cumpre uma tarefa de levar a bom termo a Administração Pública, corrigindo seus excessos e fazendo esplender a finalidade pública e o bem comum. Daí sua obrigação com a exposição da verdade, conforme José de Albuquerque Rocha (2003, p.220) nos ensinando que, tal como o Estado juiz, a comissão processante tem poder similar ao órgão jurisdicional, e tem dentre outros deveres,

[...] o dever de processar tendo em vista atingir o resultado final ou impulso oficial, o dever de pronunciar-se sobre o pedido nos limites em que foi posto (princípio da congruência), o dever de decidir com base na lei, salvo quando autorizado a decidir por equidade; e finalmente o dever de fundamentar as decisões.

Toda essa cartela de responsabilidade da comissão processante está explícita no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, quando assegura que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa. Logo, a comissão processante enquanto Estado tem responsabilidade civil objetiva e responde também nas esferas das responsabilidades administrativa, penal e civil, daí seu compromisso com a exposição da verdade.

Rocha (2003, p.142) explica que a responsabilidade da comissão processante tal qual o juiz, se circunscreve à esfera administrativa pois ela responde por atos praticados com dolo e culpa, no exercício da função, assim como responde penalmente pelos delitos porventura emanados por ela, no seio do exercício funcional, e por fim, a responsabilidade civil impõe conduta adequada nos moldes daqueles requeridas pela lei cível. Ademais, repisamos que, é ônus dos sujeitos do processo agir com ética, respeitando os balizamentos da lealdade, urbanidade e boa-fé no processo de modo a não agir temerariamente no processo; é o que passamos a tratar no próximo tópico.

1.2.5 Não agir de modo temerário no processo

Reforçando que o PAD é matéria interdisciplinar e que se aproxima sobremaneira da fonte processual civil, isto pode ver confirmado pelas inúmeras referências e aproximações com o CPC a que tanto a Lei 9.784/99, quanto a 8.112/90 fazem, principalmente ao versar sobre os cânones do processo administrativo. Sem dúvida que o Direito Administrativo, embora campo autônomo tem o Código de Processo Civil como elemento norteador, e de lá trouxe alguns institutos que iluminam a trajetória do PAD e seus procedimentos.

Como exemplo dessa conjugação entre administrativistas e processualistas cíveis, é possível ver que ao aduzir às responsabilidades processuais civis, a doutrina descreve uma série de condutas inadequadas, dividindo-as em dois ramos: a responsabilidade por dano processual e a responsabilidade pelas despesas processuais, sendo o primeiro muito usado em sede administrativa.

Para aclarar e confirmar a eufonia entre os dois ramos científicos que ultrapassa a doutrina é possível mencionar a convergência setorial na legislação do processo administrativo federal e o Código de Processo Civil. Para exemplificar citemos a responsabilidade das partes por dano processual contida nos artigos 16 e 17 do CPC, e a responsabilidade do administrado no artigo 4º. da Lei 9.784/99, dois pontos que confluem para objetivos comuns.

O artigo 16 do CPC dispõe que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má fé [...]”. Assim o CPC estabelece uma responsabilidade subjetiva exigindo um elemento

volitivo, a má fé, como requisito de responsabilização. Logo em seguida, o artigo 17 do CPC é taxativo e descreve as condutas consideradas como litigância de má-fé nos incisos de I a VII, sendo que a ação de modo temerário figura como uma das proposições do referido artigo. É nesse aspecto que se comungam as temáticas processual cível e administrativa, em uma afinidade excepcional, no campo de processo administrativo disciplinar.

A assertiva do CPC como fonte do processo administrativo encontra no inciso V do artigo 17 seu ponto mais elevado, pois a Lei 9.784/99 trasladou literalmente o referido inciso V do CPC para dentro de seu *corpus legis* nos incisos de I a IV do artigo 4º, elegendo a proibição de agir de modo temerário como um de seus cânones (o inciso III). Assim o óbice de agir de modo temerário figura como um dever de não fazer, explícito nos dois mandamentos (CPC e Lei de Processo administrativo), em perfeita sintonia, apresentando, portanto, um ponto de junção entre si.

Importa destacar que, além dessa conexão, há uma expansão implícita da importância da proibição temerária, sendo que o inciso III da Lei 9.784/99 embora figure isoladamente apenas como um dos incisos extraídos do artigo 17 do CPC, na verdade tem seu significado expandido, pois representa metaforicamente uma força de constelação ética. Isto por que a proibição de agir temerariamente no processo administrativo reflete e representa implicitamente o conjunto de situações *contra legem*, aquilo que o CPC entabula como litigância de má fé, que é na verdade um conglomerado de sete incisos do artigo 17 descrevendo ações equivocadas, significando também ataques à ética processual.

E embora não estejam todas as situações da litigância de má fé descritas na Lei do processo administrativo, o dever de não agir de modo temerário é polo irradiador de ética e responsabilidade, podendo em nosso entendimento representar os sete incisos do CPC e ser perfeitamente usado como analogia pelo processo administrativo, para abraçar as demais situações descritas no processo cível e aplicadas no PAD. Vejamos o artigo 17 do CPC e seus incisos:

Reputa-se como litigante de má fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso d lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V- proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo
(grifos nossos);

- VI- provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Comparemos agora, o artigo 4º. da Lei 9.784/99 e sua conexão e amplitude com o CPC

São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros atos normativos:

- I – expor os fatos conforme a verdade;
- II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
- III – não agir de modo temerário (grifos nossos);**
- IV – prestar as informações que lhes forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Assim, há uma harmonia entre os dois mandamentos, sendo que o último deles engloba as demais hipóteses do CPC, inclusive supletivamente. No processo administrativo a litigância de má fé pode ser, em nosso entendimento, perfeitamente aplicada no curso ou marcha processual, e não apenas a ação de modo temerária, o que em nosso pensamento é na verdade representante do conjunto de litigância de má fé. Isso é tão verdadeiro que no PAD havendo litigância de má fé, configurada na conduta descrita no CPC o Estado (de ofício ou a requerimento da parte), condenará o causador do dano a indenizar a outra parte contrária, dos prejuízos que esta sofreu.

Apontando na direção de obstar atos de temeridade a Lei 8.112/90 no artigo 56 § 2º ressalta que “[...] o presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos”. Nery Costa (2003) ressalta que na litigância de má-fé a parte ou interveniente age no processo de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando danos processuais à parte contrária.

Diz o autor que, isso se configura como *improbus litigator*, comportamento que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito. Desta forma, o processo é posto em andamento através de expedientes desleais e algumas vezes sem a devida base legal para sustentá-lo, sendo nutrido por mera estratégia de emulação, logo, se configura litigância de má fé, que pode perfeitamente estar alinhado à lide ou ação temerária, que se reveste da violação dos encargos deontológicos. Conduta, que de certa forma, não se espera dos servidores públicos.

Fazendo assim, o processo equivocadamente é manejado com abuso de poder, que aliás ensina Bacellar Filho (1998, p. 23), pode ser caracterizado como desvio de finalidade. Nesse sentido o autor explica que “[...] caso o administrador público utilize seu poder

além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, ter-se-á o abuso ou excesso de poder”. Neste sentido, a ação que transbordar para além dos limites da razoabilidade se configurando como ataque à lei e ética, poderá ser taxada como lide temerária e ser considerada grave afronta ao processo administrativo disciplinar.

Desta forma, para evitar inconvenientes administrativos e ilícitos na condução do processo, as leis 8.112/90 e 9.784/99 recomendam que seja criada uma comissão disciplinar colegiada que, nesta condição, representará a Administração Pública, tendo uma pauta de direitos e obrigações, que passamos a demonstrar no próximo tópico.

1.3 COMISSÃO PROCESSANTE: COLEGIADO COM COMPETÊNCIA PARA O *JUS PERSEQUENDI*

Recebida a denúncia, a autoridade competente através de um ato administrativo formal, geralmente uma portaria designativa, formará um grupo de três servidores denominando-o, a partir de um documento formal, como Comissão Processante. Este grupo é o foro competente legalmente constituído, com o objetivo de apurar os fatos da denúncia, daí se poder dizer que, a Comissão é um órgão colegiado, representante direto da Administração Pública. Esta é a instância que, por certo, concede ao grupo, a faculdade do exercício do *jus persecuendi*, qual seja o impulso processual para averiguar os fatos. Ressalte-se que, tanto em sede de sindicância, como no processo administrativo propriamente dito, o rito para formação da Comissão é o mesmo. O artigo 149 da Lei 8.112 assim descreve a composição da Comissão,

[...] o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de 3(três) servidores estáveis designados pela autoridade competente observado o dispositivo no § 3º. do art. 143, que indicará dentre eles o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indicado.

Pelo comando exposto, se verifica como requisito para a formação do grupo, as exigências de: formalização do ato administrativo pela chefia hierárquica, legitimidade da chefia para emitir a portaria, e a decorrente publicidade da portaria e o aceite dos membros para formar e compor a comissão.

Quanto às exigências a respeito da composição da comissão é necessário também, o critério da efetividade do vínculo profissional com a Administração Pública, dos três servidores públicos, significando dizer que, é exigência legal que os três componentes da comissão sejam profissionais pertencentes ao quadro fixo, excluindo-se desde logo da comissão, os funcionários temporários, substitutos ou porventura ocupantes de cargos precários ou terceirizados.

Além da efetividade, a Lei é taxativa ao exigir que os componentes sejam estáveis, o que corrobora a assertiva acima, de que, além de efetivos, tenham também, mais de três anos de serviço na Administração Pública. Este último requisito, é bom destacar, os transforma em trabalhadores do quadro permanente, com aprovação no período probatório, e portanto, com estabilidade no serviço público. Registre-se que, o requisito da estabilidade é extensivo aos três componentes da comissão processante, cujos postos de trabalho na comissão serão denominados de: um presidente e dois vogais.

Para a CGU (2011, p.196) “[...] a estabilidade não se vincula ao cargo, mas sim é um atributo pessoal do servidor ocupante de cargo em provimento efetivo”. Cumpridas essas exigências, a Lei impõe ainda o requisito da equivalência de cargo ou escolaridade, determinando que a presidência seja exercida por ocupante de cargo de nível superior ou pelo menos no mesmo nível do processado. Faculta também que o presidente tenha escolaridade superior ou equipolente àquela do servidor indiciado no PAD.

Composta a comissão, ato contínuo, o presidente designará um servidor como secretário, podendo a indicação recair entre um dos membros da própria comissão. O Presidente, os vogais e o secretário passam a funcionar, doravante a portaria como comissão processante, com estrita observância das Leis 9.784/99 e 8.112/90, com fulcro na Constituição. Quanto à composição da comissão e sua organização interna, a CGU (2011, p.199) ressalta que,

[...] embora haja atos que sejam de atribuição do presidente, nas deliberações e nas manifestações de convicção, os votos dos três integrantes têm o mesmo valor. Frise-se: não há relação de hierarquia dentro da comissão, mas apenas distribuição não rigorosa de atribuições e uma reserva de competência de determinados atos ao presidente (e, mesmo assim, em regra, os atos da comissão são objeto de prévia deliberação colegiada, podendo apenas a sua posterior operacionalização ser atribuída especificamente ao presidente).

A comissão de PAD não apresenta hierarquia entre seus membros ou categorização e também não se reporta a nenhum tipo de poder hierárquico, isto por que ela é independente e soberana em suas decisões. Assim, obedece leis e cumprimento funcional, principalmente quanto ao impulso da marcha processual e o cumprimento de prazo. É possível dizer portanto, que seu compromisso é finalístico e ético, no sentido do bom cumprimento de deveres, sem contudo estar jungida a quaisquer interesses de hierarquia ou pessoas.

Dessa maneira, a atuação exigida da equipe é independência e imparcialidade na condução das operações processuais, tendo assegurado inclusive o direito de fazer as reuniões da comissão em local reservado, para preservar o sigilo necessário à privacidade dos envolvidos na elucidação dos fatos. Como forma de resguardar a independência e neutralidade da comissão, tanto a Lei 8.112/90, quanto à Lei 9.874/99 estabelecem uma série de situações consideradas inadequadas aos membros da Comissão, e caso ocorra uma delas, os mandamentos impõem que os membros do grupo, sejam afastados, tanto por decisão própria, quando o pedido é iniciado pelo próprio membro, quanto pela Administração, de ofício.

Esse afastamento tanto da presidência quanto dos vogais, testemunhas e demais ocupantes de cargos no PAD, é medida ética, uma vez que as situações impeditivas ao bom prosseguimento do PAD podem macular a conduta adequada e decisão isenta que, é de bom grado, a comissão exercitar. Vejamos então, as situações de impedimento e suspeição, que acarretam a dispensa dos membros da comissão jurisdicional de PAD.

1.3.1 Impedimento e Suspeição: quando o colegiado deve se afastar de seu posto

Sendo a comissão um grupo *ad hoc* formado para cumprir exponencialmente uma tarefa planejada com precisão cronológica, é estrito dever do grupo, cumprir o rito processual administrativo e agir com autonomia e soberania, não tendo de forma alguma, quaisquer tipos de sujeição com fatos e pessoas.

Sendo assim, nos ensina Theodoro Júnior (2002) que, no processo é imprescindível a lisura e prestígio das decisões judiciais, logo não se admite quaisquer dúvidas sobre motivações de ordem pessoal que possam interferir no ânimo do julgador. Não basta

que o julgador em seu ofício seja capaz de exercitar seu juízo com a habitual imparcialidade, diz Theodoro Júnior (2002), faz-se imprescindível que não suscite quaisquer tipos de hesitação ou perplexidade na ponderação de suas observações e julgamento.

Ocorre que, há certas situações que criam verdadeiras impossibilidades de julgar com isenção, frustrando o trabalho dos membros do PAD. Essas situações, a doutrina denomina de impedimentos e suspeição no curso processual, pois elas tornam o julgador vulnerável, daí que a legislação processual veda sua participação, para preservar a integridade e lisura no julgar.

As causas de impedimento e suspeição estão contidas no Código de Processamento Civil nos artigos 134 e 138, e dizem respeito a determinadas situações nas quais o juiz é afetado por algum laço ou interesse com o polo passivo, o que decerto poderia macular sua imparcialidade e prejudicar o probo julgamento. Os artigos têm o objetivo comum de assegurar que a demanda seja conduzida com a roupagem da imparcialidade, tanto que nos casos em que haja liame entre juiz e partes é dever do juízo processante se declarar suspeito ou impedido, e imediatamente se afastar da causa.

Vale destacar que, o CPC destaca relevância ao tema pois elenca um rol de situações impeditivas em que se pode subsumir as condições materiais descritas no artigo 134. No caso da suspeição, há uma delegação discricionária ao juiz, pois o parágrafo único do Artigo 135 cria uma alternativa genérica, ampla, estabelecendo que além daquelas descritas, o juiz pode declara-se “[...] suspeito, por motivo íntimo”. Daí a plasticidade e importância dada ao tema, alargando sobremaneira a decisão do órgão julgante.

Suspeição e impedimentos, portanto, são situações indutoras de afastamento, sendo que o rigor maior no caso do magistrado recai nas possibilidades de impedimento. O CPC, no artigo 134 traz como impedimento ao juiz, um rol taxativo determinando que [...] é defeso ao juiz exercer as funções no processo contencioso ou voluntário:

- I - de que for parte;
- II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;
- III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;
- IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

- V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;
- VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa (CPC, art. 134, I-VI).

Como se percebe, o impedimento tem caráter objetivo, tendo portanto, uma presunção absoluta ou *juris et jure* de parcialidade ou incapacidade para prática de atos. Há ainda a evidência de uma relação interna no processo, o que faz o Código de Processo Civil tratar os impedimentos com maior rigor, obrigando o juiz ao dever imediato de comunicar seu impedimento sob pena de nulidade do processo. Isso por que no entender de Theodoro Júnior (2002, p. 187) “[...] os casos de impedimento são mais graves, e uma vez desobedecidos, tornam vulnerável a coisa julgada”.

Para a suspeição, há uma roupagem mais subjetiva, e logo sua presunção é relativa ou *juris tantum*, significando que ocorre uma relação externa ao processo. Essas situações embora exijam o afastamento do julgador no processo, não afetam a coisa julgada se não houve a oportuna recusa do julgador, pela parte. Os casos de suspeição figuram no artigo 135 do CPC, destacando que

- Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:
- I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
 - II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
 - III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
 - IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;
 - V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.
- Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Sendo assim, a Lei 8.112/90 tem o CPC como fonte norteadora, embora não faça diferenciação entre os dois institutos, taxativamente veda a participação de determinados membros da comissão de PAD quando estiverem porventura quaisquer laços afetivos ou de parentesco com quem estiver sendo processado.

De igual maneira, o Artigo 149, § 2º, da referida Lei ao asseverar que “[...] não poderá participar da comissão de sindicância ou inquérito [PAD], cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau”, está replicando o caso de impedimento por vínculo familiar contido no inciso V do artigo 134 do CPC.

Da mesma forma, a Lei 9.784/99 ressalta que poderá ser arguida a suspeição de autoridade do servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. Logo, há uma estreita consonância da Lei 9.784/99 com o instituto da suspeição contido no inciso I do artigo 135 do CPC. Como se pode observar há uma mesclagem entre esses três comandos normativos, que em suma versam sobre o mesmo objetivo, qual seja, afastar as situações que poderiam tornar o juízo vulnerável.

No mesmo entendimento, o capítulo VII da Lei 9.784/99 traz um rol de situações que denomina impedimentos de participação no PAD, destacando em seu artigo 18, os incisos I a III informando que,

- [...] é impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que,
- I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;
- II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até terceiro grau;
- III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

E ainda, recomenda que, é encargo da autoridade ou servidor que incorrer em impedimento comunica-lo à autoridade competente, abstendo-se de atuar no PAD, implicando dizer que este ônus significa se afastar da comissão, sob pena de, se não fazê-lo incorrer em falta grave. Como se pode ver, há uma obrigação para os vogais processante que, ao tomarem conhecimento da suspeição ou impedimento, procedam imediatamente sua desincompatibilização com os trabalhos.

Por afetarem o poder jurisdicional do órgão judicante, diz Theodoro Júnior (2002, p.187) que os institutos da suspeição e impedimento são indiscutíveis, daí que continua o autor, é “[...] assente na doutrina e jurisprudência que esse motivos legais de impedimento e suspeita, são de direito estrito, não admitindo por isso, aplicação analógica, nem interpretação extensiva” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p.187). Havendo ocorrência de alguma dessas situações é de imediato necessário destituir o julgador do processo, fazendo-se sua substituição por outro.

Essa dispensa além de se configurar como comportamento cumpridor das leis, reitera também a conduta eticamente adequada do servidor, pondo em marcha o princípio da moralidade na propulsão jurisdicional do PAD, em sede administrativa. Além do

princípio da moralidade há outros princípios que irrigam o processo administrativo disciplinar, e que passamos a discorrer no tópico 1.5.

Por fim, registre-se ainda, que, conforme destacamos na apresentação deste trabalho, o PAD é um iter composto de fases, e em cada uma delas haverá de ser observada a eticidade e os princípios contidos em sede de PAD. Passemos, portanto, à análise dessas etapas, ressaltando que, sua divisão em blocos é para atender o critério pedagógico, mas reconhecemos que elas não se conduzem de modo estanque.

1.4 – FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Tal qual o ato administrativo que é, o processo administrativo se desdobra em várias fases uma sucessão ordenada de práticas formalizadas e “[...] sucessivamente concatenadas com vistas à formação da manifestação decisória da Administração (DALLARI, 2001, p.91). Nesse sentido, lembra o autor, o processo e o procedimento nele contidos são um conjunto estruturado que seguem um fluxo sistemático, que então, a rigor nos leva a supor que a discricionariedade nos atos processuais, deveriam ser raras. Há portanto, segmentos, etapas sequenciadas, cada uma com sua feição intrínseca, todas elas, diz Dallari (2001, p.92) “conduzem a carga genética que imanta todas as atividades do processo: propiciar uma decisão quanto possível acertada e justa”.

Habitualmente a doutrina atribui a essas etapas a denominação de fases, significando que cada uma delas designa um conjunto de atos procedimentais agrupados e lógicos vocacionados homogeneamente ao cumprimento da consecução do ato administrativo, ou como deseja frisar Dallari (2001, p.92) “[...] a uma consecução de uma dirimência acertada e justa”. Gasparini (2001) lembra que os atos ordenados e cronologicamente praticados no desenvolver do PAD são, em razão pedagógica, agrupados em fases, não significando que cada fase seja hermética a outra; por via contrária, o processo é um conjunto sinérgico de atos que se comungam.

A Lei 9.784/99 dá farta denominação sobre cada uma das fases nos artigos 29, 48 e 56, e textualmente prevê as fases respectivas de Instrução, Decisão e Recurso, já a Lei 8.112 no Artigo 151 ressalta que, “[...] o processo administrativo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: instauração, com a publicação do ato que constituir a

comissão; inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; e julgamento”.

Na verdade, a doutrina não é assente quanto as várias etapas e meandros da fase de instauração, apresentando uma paleta de modelos e cores diferenciados. Portanto há na doutrina farta taxionomia, sendo que em Dallari (2001, p.91) encontramos as denominações de quatro fases: introdutória, instrutória, decisorial e recursal. Rezende (2002), por sua vez considera a existência de cinco fases no Processo Administrativo Disciplinar: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. Figueiredo (1998) na mesma linha de entendimento dos autores denomina as fases de: propulsiva, instrutória, e decisória. Nery Costa (2003) em linha mais ampliativa explica que o PAD tem cinco fases perfeitamente distintas: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. Além disso, infere o autor, no PAD é possível haver recursos, o que advém nova fase: a revisão processual.

Como se pode observar há uma gama doutrinária de títulos, mas o conteúdo é comum em todos os autores, logo, sem quaisquer pretensões de estabelecer verdades absolutas, neste trabalho seguiremos a linha interpretativa de Diógenes Gasparini (2001), para quem o PAD é composto de quatro fases: a instauração, a instrução, o relatório, e a defesa ou julgamento, combinada com os ensinamentos da CGU, que segue a linha interpretativa da Lei 8.112 no Artigo 151.

A escolha pela linha de pensamento do autor, todavia, não implica o abandono dos demais doutrinadores administrativistas, que neste trabalho certamente irrigarão nossa caminhada. Passamos a analisar cada uma dessas fases, sempre lembrando que, é inadequado trata-las de forma estanque, assim como é inapropriado voltar os olhos ao PAD de forma divorciada da legislação, elemento que descreve cada uma dessas partes do processo, e que portanto, será um elemento norteador tanto para a Comissão quanto para o próprio gestor do órgão público.

Conforme destacamos alhures, neste trabalho fizemos uma condensação de fases a partir da doutrina de Diógenes Gasparini, a qual passamos a comentar a partir de cada uma das etapas processuais. Vejamos.

1.4.1 A fase de instauração

Conhecida na doutrina como a primeira fase do PAD, a instauração é corporificada através da formalização de um documento nomeando a Comissão para a partir dele, desenvolver as demais etapas. De um modo geral esse documento é uma portaria designativa da comissão de PAD, atribuindo dessa forma, uma série de poderes deveres aos membros da equipe.

Ocorre que, esse documento ou portaria que dá legitimidade à comissão, muitas vezes é derivativo de outro ato anterior que ensejou sua motivação: o noticiamento, ou comunicado da infração à autoridade. Ressalte-se que a doutrina é enfática em dizer que a notícia poderá ser materializada de várias formas. Assim, a CGU (2011) nos ensina que o embrião anterior à própria portaria de instauração, é o ato informador de irregularidades na Administração Pública, exatamente aquela peça que vai revelar algo incômodo e que necessita ser apreciado. Em comunhão com a doutrina a CGU (2011) aduz também que há inúmeras formas de noticiar, tais como:

[...] os resultados de investigação disciplinar ou de auditoria ou de sindicância meramente investigativa e não contraditória que detectam irregularidade; representações oficiadas por outros órgãos ou entidades públicos (Poder Judiciário, Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, Controladoria-Geral da União, Comissão de Ética Pública ou demais comissões de ética, etc.); denúncias apresentadas por particulares; notícias veiculadas na mídia e até denúncias anônimas (CGU, 2001, p. 38).

Diante do amplo espectro de possibilidades, diz a CGU que a peça que noticia, pode chegar com diferentes graus de detalhes e refinamento de informações, desde a mera recomendação para dar início ao PAD, até o próprio documento já protocolizado como se fosse um noticiamento formal, com quase todos os dados e informações que, seria razoável um percurso inicial de PAD, apresentar.

Aqui é salutar dizer que a Lei 9.784/99 em seu artigo 5º. ao tratar do início do processo, requer que o requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, é recomendável ser formulado por escrito e conter os seguintes dados: “[...] órgão ou autoridade administrativa a que se dirige, a identificação do interessado ou de quem o represente, o domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações, a formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos, e por fim, a data e assinatura do requerente e de seu representante” (BRASIL, Lei 9.784/99, Artigo 5º).

Registre-se que, formal ou não, o noticiamento é apenas uma plântula, um embrião do que pode vir a ser ou não, o PAD. É sobre ele que a autoridade vai exercer o juízo de admissibilidade para tornar sua marcha efetiva ou não; porém, o que vale dizer aqui, é que não é dado à autoridade a faculdade de se eximir de apurar os fatos do noticiamento. Inclusive quando a autoridade for comunicada através de relato verbal, é prudente que esta, tome a termo as informações, para sobre elas fazer sua análise.

Como exemplo de noticiamento comum na Administração Pública, podemos citar a representação funcional como uma peça escrita produzida por Servidor Público como cumprimento de seu dever legal de informar irregularidades a que tenha tomado conhecimento. Neste aspecto, a Lei 8.112/90 define essa atribuição, não como faculdade, mas como encargo. Vejamos:

Art. 116. São deveres do servidor:

VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.

Em regra, a CGU (2001) nos informa que há alguns elementos na notícia ou representação que, é sensato ser observados, pois em geral a representação funcional estaria vinculada a conter os elementos denominados de qualificação quais sejam: a identificação do representante e do representado bem como a indicação precisa da suposta irregularidade (associada ao exercício do cargo) e das provas já disponíveis.

A princípio, diz a CGU (2001) esses seriam os conectivos mínimos ou critérios de admissibilidade para amparar, no exame a cargo da autoridade competente sobre matéria disciplinar, a decisão de instaurar a via administrativa disciplinar e também para posteriormente propiciar ao representado conhecimento preciso do que estaria sendo acusado, como forma de lhe assegurar ampla defesa e contraditório. A denúncia por seu turno, se diferencia da representação pois é mais minudente, trazendo uma gama de informações mais detalhadas quase que um conjunto de fatos que ao juízo e tirocínio do Administrador, já estariam previamente formulados os meandros de uma forma abrangente em relação à representação.

Gasparini (2001, p.789) destaca que “[...] na instauração normalmente são oferecidos por escrito os fatos, e quando for o caso, a indicação do direito que enseja o PAD”.

Importa destacar ainda a origem da denúncia, pois enquanto a representação é privativa do servidor público, a denúncia pode ser feita por particulares. Destaca a CGU (2001, p.41) que,

[...] o termo “denúncia” pode comportar dois sentidos. O primeiro, mais abrangente, teria o valor em gênero de todas as notícias de irregularidades, englobando a espécie das representações (como, a rigor, parece ser o emprego adotado na Lei nº 8.112, de 11/12/90).

O segundo sentido, mais estrito, continua a CGU (2001) se diferencia da representação, referindo-se exclusivamente à peça apresentada por particular, noticiando à administração o suposto cometimento de irregularidade associada ao exercício de cargo. Apenas por uma questão didática, de deixar claro a origem da notícia de irregularidade a que se fará referência nesse texto, aqui se empregará o termo “denúncia” com o segundo enfoque, mais restrito, não abrangente mas sim complementar em relação às representações, como as notícias de irregularidades trazidas por particulares.

Conforme destacamos na seção I deste capítulo, diante do noticiamento da denúncia, a autoridade competente exercerá o juízo de admissibilidade ou ponderação sobre aquele conjunto de informações que recebeu, podendo inclusive arquivá-lo por ausência de objeto. Reforçando o dantes já descrito, é o juízo de admissibilidade,

[...] a fase antecedente à decisão da autoridade competente em instaurar o processo administrativo disciplinar ou a sindicância contraditória ou em arquivar a representação ou denúncia e consubstancia-se nas investigações preliminares com que se buscam todos os indícios porventura existentes da suposta irregularidade funcional (acerca da materialidade e da autoria), a serem submetidos à apreciação e ponderação daquela autoridade, mediante parecer em caráter propositivo (CGU, 2001, p.42).

Se debruçando sobre o juízo de admissibilidade, o processo pode ser instaurado “[...] de ofício ou a pedido de interessado” (DALARI, 2001, p.91). De ofício é quando a lei assim dispuser podendo materializar-se de formas variadas segundo o direito positivo ou regente. Assim, poderá se corporificar em portaria, decreto, auto de infração, e outros; ou ainda, quaisquer outros documentos legitimados a convocar uma equipe servidores aptos a apurar os fatos.

O autor destaca ainda que “[...] a instauração não contém manifestação opinativa ou dispositiva. Ela se cristaliza num mandamento que deflagra, desde sua edição, efeitos e impulsos incoercíveis, eis que timbrado o processo administrativo pela inquisitorialidade” (DALLARI, 2001, p.92). Isto por que esta etapa é pontual e não

comporta contraditório, nela são apresentados os fatos e indicados os direitos que motivaram o PAD. Recebendo também o nome de peça vestibular, ela é um conjunto de informações que dão ensejo ao início do ciclo investigatório.

A instauração também pode ser mediante iniciativa do administrado, sendo que nestes casos, o veículo clássico, secular do ânimo de noticiar, é o direito de petição¹⁰ contido no Art. 5º. XXXIV, “a” da Constituição Federal de 1988. Entendemos como Dallari (2001) que o *jus postulandi* é norma matriz de regência do PAD, uma vez que a petição é via de provocação do Estado impulsionada pelo requerente, sendo que seu recebimento e processamento são indeclináveis, não podendo a Administração recusar-se a conhecê-lo, tampouco atendê-lo. Todavia, informa Dallari (2001) que à indeclinável afirmação do direito de petição, não se opõe contudo, o direito de observar as exigências que disciplinam seu exercício, sendo assim a forma, a estrutura e os elementos processuais são via de regra, elementos obrigatórios a ser observados pelo noticiante.

Mas, há de ser dito também o caráter pedagógico da Administração no sentido de orientar o noticiante quanto a esses requisitos, tanto assim que assevera Dallari (2001, p.95) que “[...] o requerimento inicial que se apresente com falhas estruturais não deve ser liminarmente rejeitado”. Por via contrária, continua o autor, “[...] impõe-se à Administração orientar o administrado, no sentido de correção e recuperação formal do requerimento, indicando concreta e minuciosamente os pontos a serem reformulados” (DALLARI, 2001, p.95). Assim o autor recomenda quais os elementos formais que, prudentemente, estejam presentes no requerimento ou notícia:

[...] o documento de instauração do processo administrativo deverá conter: a indicação do órgão, a entidade ou autoridade administrativa a que se dirige, a identificação do interessado requerente (nome, estado civil, profissão, domicílio, dados cadastrais), a exposição dos fatos motivadores do pedido de instauração do processo, a formulação do pedido com seus fundamentos, a data, e assinatura do requerente (ou do agente administrativo que tiver reduzido o requerimento a termo).

¹⁰ Ensina Dallari (2001) que o Direito de Petição está contido em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1824, servindo aos cidadãos para dar-lhes a faculdade de postular e requer seus direitos. Assim o Direito de Petição com a dupla face de veicular pleitos ou reclamações acompanhou a história constitucional brasileira desde 1824, foi mantida na Constituição de 1891, 1934, e foi cindido na 1937 em direito de representação ou de petição. A constituição de 1846 retomou a redação anterior, e as de 1967 novamente o cindiu. A Constituição de 1988 ampliou o tema voltando ao leito conceitual de 1824, destacando principalmente a representação denunciatória.

Frisamos que, diante desse conjunto de informações o servidor que tomar conhecimento da denúncia, não poderá ignorá-la, e se assim o fizer está, sem dúvida, desconsiderando um comando normativo. Recebida a peça vestibular¹¹ pela autoridade competente, passa-se a cumprir alguns comandos administrativos quais sejam: “[...] opor a esta peça uma capa onde são lançadas as indicações relativas ao processo tais como: assunto, interessado, data, local, etc.” (NERY COSTA, 2003, p.26). Em seguida, pelo princípio da oficialidade começa o PAD propriamente dito com a formalização da competente portaria compondo a comissão administrativa.

Por fim, informa Gasparini (2001, p.219) “[...] que o processo disciplinar deve ser instaurado por portaria de autoridade competente, em que estejam descritos os atos ou fatos a ser apurados” com vistas a dar início ao ciclo que forma o processo. Assim se posiciona a CGU (2001, p. 189) “[...] A instauração do processo administrativo disciplinar se dá, pontualmente, com a necessária publicação da portaria no boletim de serviço (ou no boletim de pessoal) do órgão responsável por publicação interna na jurisdição da unidade instauradora. Recomenda-se juntar aos autos cópia do boletim”. E destaca ainda que a portaria de instauração funciona como uma espécie de mandato autorizador para os trabalhos da Comissão de PAD.

Instaurada a comissão, o PAD ganha status de ato administrativo, e passa a ser desenvolvidos em suas diversas fases, sendo que a etapa seguinte é a fase de instrução, a qual passamos a analisar.

1.4.2 A fase do inquérito

Quanto à denominação “inquérito” é importante destacar que há uma diferenciação terminológica entre a doutrina e a Lei 8.112/90, isto por que, para aquela lei, no artigo 151 o inquérito é composto por três momentos: a instrução, a defesa e o relatório. Já a Lei 9.784/99, por seu turno não utilizava a nomenclatura inquérito, tratando-o como

¹¹ A peça vestibular ou inicial deve ter preferencialmente a identificação do denunciante, assim se evita denúncias inconsistentes, vazias. Assim diz o Art. 144 da Lei 8.112/90: “[...] As denúncias sobre as irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade”.

instrução, conceituando essa fase como investigação preliminar isto por que “[...] as atividades de instrução [prestam-se] destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão [...]” (BRASIL, Lei 9.784/99, Art. 29).

Já a doutrina considera a instrução como a segunda etapa do inquérito, sendo este maior que aquela, pois dentro do inquérito há outras fases complementares. Informa a CGU (2001, p.215) que o inquérito ou fase de instrução

[...] é a parte contraditória do processo, conduzida autonomamente pela comissão, comporta os seguintes atos, na ordem: atos iniciais do inquérito (instalação da comissão processante; comunicação da instalação; designação do secretário); atos de instrução (notificação do servidor, depoimentos, perícias, diligências, interrogatório, indicição e citação para apresentar defesa escrita); defesa escrita; e relatório.

Reforçando a dicotomia entre Lei e doutrina quanto à terminologia, informa Gasparini (2001) que a fase instrucional, é a segundo etapa do PAD, denominando-a de processo propriamente dito, pois é neste momento que se vai investigar os fatos, daí ser chamado equivocadamente pela Lei 8.112/90 de inquérito, no sentido de sinônimo de averiguação, pois “[...] é neste momento que são elucidados os fatos com a competente produção das provas ou colhidas as informações, laudos e pareceres necessários ao convencimento da Administração Pública na tomada de certa decisão” (GASPARINI, 2001, p.789).

Nesta fase qualquer prova ou informação permitida em direito poderá ser produzida em sede de PAD, ressalvada a produção de prova por meio ilícito. Neste trabalho consideramos a Lei 8.112/90 que denomina a fase do inquérito como um compósito de instrução, defesa e relatório, o que passamos a demonstrar conceitualmente. Assim consideramos o inquérito como a segunda fase do PAD, composta por sua vez de três momentos: instrução, defesa e relatório. Vejamos o inquérito e cada uma de suas fases, ressaltamos que embora seja diferenciada a terminologia da nomenclatura das fases, e que parte da doutrina faça distinção entre inquérito e instrução, a essência da fase instrucional com a fase inquisitorial é a mesma.

A fase de inquérito, conforme destacamos envolve três momentos: instrução, defesa e relatório. Sendo que este conjunto é um nutriente importante do *iter* processual, pois através dele a Comissão se municiará de elementos informativos, para decidir; então é possível destacar o inquérito como o maior, sendo que a fase instrucional, defesa e

relatório são subcomponentes. Cada um funciona como etapa que fornecerá dados importantes sobre o assunto tratado no processo, para que através dessas premissas a equipe tenha uma base segura para prosseguir seu *iter*.

Registre-se que após a instauração o inquérito inicia sua marcha processual, então a CGU (2001) recomenda à Comissão de PAD que convoque uma preliminar reunião entre os membros, da qual se extrai um documento formal denominado ata de instalação e deliberação, “[...] A ata funciona como o marco inicial do funcionamento da comissão e nela se decide, em regra: comunicar a instalação; designar secretário; analisar os autos do processo; e também se registram, se for o caso, outras providências imediatas a serem tomadas” (CGU, 2001, p. 216). E assim está pronta e instalada a comissão, que passa a instruir o processo. Vejamos cada fase do inquérito, começando pela instrução.

Corroborando com a visão da CGU (2001) diz Gilberto Clementino dos Santos (2011) que a instrução é etapa advinda logo após a instauração, sendo que se nesta é criada a Comissão, naquela há um impulsionar da ação, de forma que os trabalhos estejam plenamente prontos para o funcionamento, cumprindo a marcha processual. Então, diz o autor que, convenientemente, é bom que, a comissão enseje algumas providências fundamentais, sendo que a primeira delas consiste em convocar a reunião inaugural do PAD, ou seja, promover um encontro em “[...] conjunto com os membros da Comissão de Disciplina ou Comissão Processante, [no qual] providenciará o registro de instalação em Ata” (SANTOS, 2011, p.23).

A reunião terá caráter reservado, diz o autor, pois como se pode observar o PAD é assunto sensível, que trata de temas envolvendo servidores públicos e condutas indevidas a eles imputadas. Daí que, sensatamente, a instrução além de recair em absoluta reserva e cautela, é bom que seja formalizada em Ata, assim se evita uma série de inconvenientes envolvendo tanto informalidade quanto falta de acurácia.

Como se pode observar a instrução é verdadeiramente o início dos trabalhos, a fidedigna abertura do PAD, na qual a Comissão após tomar conhecimento da Portaria, começa então a impulsionar os atos administrativos. Conforme pondera Dallari (2001, p.124), “[...] a instrução deve ser a mais completa possível”, todavia destaca o autor que é necessário cuidar para evitar providências burocráticas inúteis, conduzindo-se o processo com simplicidade e economia buscando dessa forma imprimir a roupagem célere aos atos, informando a administração de todas as providências cumpridas no rito.

O autor ainda informa que, a palavra processo não é unívoca, ela pode designar tanto uma sucessão de atos administrativos abstratos cumpridos em sede de PAD, quanto a base material em que esses atos são praticados, ou seja, o conjunto organizado de documentos, geralmente expressos em folhas de papel nas quais estão inscritos os atos e documentos formais, um conjunto de peças legitimadas para averiguar fatos. Gasparini (2001, p. 786) assim descreve o processo administrativo: “[...] consiste na reunião ordenada e cronológica das peças processuais que o compõem, a partir da inicial”.

Portanto, é prudente que, este conjunto de folhas seja numerado e quaisquer outros documentos que porventura venham ao processo, também recebam um signo de autenticidade, podendo ser um carimbo, uma assinatura, ou uma observação escrita tanto no interior do processo, em folhas avulsas, quanto na ata da reunião. Conforme Dallari (2001, p.122) “[...] nada pode ser juntado ao processo sem a prévia autorização da autoridade competente, sem o atendimento dessas formalidades”.

Gasparini (2001, p.791) complementa que, tanto quanto a inserção de dados e papéis, “[...] nenhum documento poderá ser retirado do processo sem as cautelas de estilo, no caso o termo de desentranhamento”. Theodoro Júnior (2002, p.416) informa que há dois casos em que se pode pedir o desentranhamento ou remoção de documentos do processo: “[...] quando a parte contrária entende intempestiva ou impertinente a prova documental produzida e quando o processo já se findou e a própria parte que produziu o documento pretende obtê-la de volta”.

Como se pode observar, instruir o processo significa edificá-lo, construindo um conjunto de informações elucidativas, para que se chegue a termo ao fim último, qual seja, a decisão justa. Dallari (2001) informa que a boa decisão depende de uma boa instrução, que respeitando os direitos e garantias das partes envolvidas possibilite o afloramento da verdade material. Logo, instrução e decisão estão concatenadas em uma marcha processual que tem verdadeiramente uma sintonia afinada entre si e com o conjunto sincrônico do processo.

Registre-se que, assim como a boa instrução do processo material - conjunto concatenado a outros atos - a Comissão enquanto *staff* de servidores atua jungida aos mandamentos jurídicos, pois na busca da plena satisfação do interesse público, suas ações deverão de estar de acordo com a Lei, com o Regimento de Ética, e principalmente em consonância com o órgão que lhes deu plenos poderes. Isso é tão

verdadeiro que, logo em seguida à tomada de ciência da portaria, como encargo ou ato instrucional a Comissão tem o *mínus* de comunicar à autoridade instauradora do PAD, o início de seus trabalhos informando o local de funcionamento, e o horário de trabalho devidamente expressos em documento formal, observando-se o prazo de 30 dias¹² para conclusão do inquérito.

Ressaltamos mais uma vez que, após a instauração, a Comissão exercita de *per si*, o juízo de admissibilidade apurando com cautela os indícios de materialidade e autoria dos fatos narrados na exordial, podendo nesse momento arquivar o inquérito¹³, se assim achar por bem, já que a decisão da Comissão é soberana. Caso não ocorra o passo supracitado, passa-se à formalidade seguinte, qual seja, a notificação do servidor para acompanhar o processo como servidor acusado, ou seja, o chamamento do denunciado para que, tomando conhecimento do processo possa prover sua defesa.

A notificação ou comunicação ao servidor é etapa essencial ao PAD pois através dela é que o processado garante dois direitos: a cognição e a defesa, o direito de cognição ou conhecimento diz respeito a informação sobre o ato administrativo que contra ele corre no órgão público. Já a defesa providencia o direito de acompanhamento e intervenção no processo.

Desta forma a defesa garante ao servidor a faculdade ou direito de resistência, passando este a poder produzir uma série de contraprovas ao processo, desejando comprovar sua inverossimilhança. Para que isso ocorra, é necessário que o servidor seja informado sobre o processo e suas especificidades, em outras palavras, se faz necessário uma interlocução do órgão processante com o processado.

Diz Dallari (2001, p.127) que “[...] a comunicação deve ser feita por escrito (com cópia nos autos) e deve ser transmitida por via postal com aviso de recebimento”. A notificação portanto, é um atendimento ao Artigo 153 da Lei 8.112/90, que ressalta “[...] o inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório assegurado ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”. Da mesma forma que o contraditório, com a notificação se cumpre também o Artigo 156 da

¹² Este prazo poderá ser prorrogado por igual período.

¹³ O processo pode ser arquivado por vários motivos, e aqui ele é análogo ao processo civil, embora na esfera administrativa tenha algumas especificidades. Eis alguns motivadores do arquivamento do processo administrativo disciplinar: ausência de objeto, ausência de materialidade e autoria, e pelos vícios de nulidade, o que equivale dizer extinção do processo sem julgamento do mérito.

referida Lei, que concede ao processado assistir ao processo. Essa garantia de atuar junto ao PAD é um direito subjetivo, que encontra guarida tanto na Constituição Federal de 1988, quanto na própria Lei 8.112/90 em seu artigo 156: “[...] é assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contra provas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

Ressalta ainda a CGU (2001, p.218) que na notificação, é obrigatório constar a informação da existência do processo contra o servidor, bem como o esclarecimento a respeito do suposto ilícito por ele cometido, e o motivo da instauração do PAD. É importante também trazer a lume que na instrução o interessado poderá nutrir o processo de dados e informações sobre o que nele está sendo construído.

Esses elementos representam uma forma de cumprir as garantias fundamentais da Constituição de 1988, e principalmente prover ao servidor informações sobre o direito que este tem de defesa e acompanhamento do processo. Desta forma, é atribuição obrigatória dos vogais processantes informar também, na comunicação, o local e o horário de funcionamento da Comissão, assim como os nomes de seus integrantes. Diz ainda a CGU (2001, p. 219) que

[...] nesta oportunidade, se for possível, também se recomenda que a comissão forneça cópia integral dos autos, a menos que existam dados sigilosos de terceiros que não influenciem na defesa do servidor. Existindo no processo mais de um servidor acusado e tendo sido obtidos dados sigilosos de cada um deles, convém autuá-los em anexos, de forma que um acusado não tenha acesso aos dados do outro.

No processo civil tratado como fonte para a área administrativa processante, há uma pauta diversificada dos tipos de notificações correspondentes a uma série de situações possíveis de ocorrência no curso processual. Dada a delimitação deste trabalho pesquisamos as notificações com maior nível de ocorrência no PAD, exemplo disso é a notificação ficta, significando dizer aquela em que não consta diretamente a aquiescência ou assinatura do servidor, na comunicação.

A Lei 8.112/90 não cuidou de dissertar sobre as notificações fictas, nos casos em que o servidor se recusa a assinar a comunicação, quando se oculta para não assinar, ou não é encontrado para fazê-lo. A CGU (2001) recomenda que, nestes casos se busque analogia com a própria Lei em outros momentos, qual seja, os artigos 161 § 1º e 163 § único da referida Lei. Vejamos:

[...] o indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhes vista do processo na repartição (161 § 1º). [...] achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa (163 § único).

Neste aspecto, conforme a CGU (2001), no caso do servidor ser encontrado mas se recusar a assinar a notificação, é sensato que, o incidente seja consignado em termo, e após essa diligência obrigatoriamente serão constituídas duas testemunhas, para que, desta maneira, a citação se aperfeiçoe.

Já nos casos de servidor em local incerto e não sabido, é importante que se façam três tentativas de citação ou notificação, e somente após essa diligência a Comissão publica em jornais de grande circulação e ou no Diário Oficial, pelo menos duas vezes, um edital de chamamento ao processo. A medida é ampliativa do princípio da ampla defesa do servidor, para que este não possa alegar desconhecimento do PAD que contra ele corre. Reitera a CGU (2001, p.224) que,

[...] o servidor será considerado notificado como acusado justamente na data de publicação do último edital (não há que se confundir com o mandamento do parágrafo único do art. 163 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, com a qual se traria à tona interpretação equivocada de que a notificação como acusado somente se configuraria em quinze dias após a última publicação).

O emprego do edital supre a necessidade de citar o processado, e continua a CGU (2001) informando que se mesmo assim o servidor notificado não for encontrado, obedecendo a máxima defesa do contraditório, é imperativo que a Comissão solicite à autoridade instauradora, a designação de um servidor de cargo considerado igual ou equivalente, ou de grau de escolaridade igual ou superior ao acusado para atuar como defensor ao longo da instrução.

Ressalte-se que, esta decisão é uma interpretação extensiva do artigo 164 da Lei 8112/90, que diz “[...] considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa legal no prazo”. Sobre o edital, Dallari (2001) recomenda ainda que “[...] não se lance mão desse meio por comodismo ou, pior que isso, para se produzir indevidamente uma intimação ficta, em prejuízo do interessado e, necessariamente, do interesse público, pois este não se coaduna com fraude”.

A partir de tudo o que foi observado até aqui, se pode dizer que a fase instrucional¹⁴ é o alicerce do processo administrativo disciplinar. Com a instrução diz Dallari (2001) se abre um leque de possibilidades de andamento processual, destinadas a fazer constar no processo administrativo, os elementos, informações e dados, bem como provas necessárias para dar uma resposta conclusiva ao que foi posto no instrumento de instauração.

Continua Dallari (2001) a informar que, nesta fase instrucional não são raros os casos de prestação de informações equivocadas ou incompletas, dolosas ou não, daí que Gasparini (2001, p.789) na mesma ótica de Dallari (2001) alerta para a que a Comissão dispense a máxima cautela na produção dos atos administrativos evitando assim, “[...] má instrução do processo administrativo [para evitar] nulidade à decisão ou tornar imprestável todo o processo para os fins desejados”.

Finalmente, não é demasiado lembrar, o sacro direito atribuído ao servidor - também na fase instrucional - de acompanhar o processo, arrolando testemunhas e produzindo provas e perícias. Gasparini (2001, p.789) neste mesmo entendimento destaca ainda que “[...] a instrução tem início logo após a instauração do processo e termina quando tudo o que deveria ser produzido para o convencimento e prolação da decisão da Administração Pública foi efetivamente realizado”.

Portanto, então diz o autor que, se inicia propriamente a fase em que as partes farão intervenções para comprovar suas teses, significando dizer que serão efetivadas pelo polo passivo, um conjunto de ações para debelar o processo. Já o polo ativo ou Estado, pela supremacia do interesse público deseja, por sua vez, esclarecer os fatos defendendo-se da conduta de maus servidores.

Considerada precipuamente como a fase do contraditório, na qual as partes se opõem manifestadamente em relação de antagonismo umas às outras, a defesa é comumente encontrada nos processos punitivos, disciplinares e fiscal, e encontra guarida na Constituição Federal em seu artigo 5º. LV. Vejamos: “[...] - 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”.

¹⁴ A fase instrucional é destinada a averiguar e comprovar dados necessários à tomada de decisão.

É importante ressaltar o pleno leque de possibilidades da defesa, daí sua obrigatoriedade de ser ampla, para abrigar o caráter contraditório, garantindo assim ao acusado os meios necessários para produção de provas para tutelar seus direitos. Nery Costa (2003, p.27) ressalta que “[...] a defesa compreende a citação, intimação do acusado, a vista dos autos na repartição e fora dela, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas e a inquirição de testemunhas”.

O inciso LIII do artigo 5º. da Constituição Federal também afirma a garantia do processo legal, destacando que ninguém poderá ser julgado sem a tutela legitimadora do Estado, em um processo incorretamente instruído. Assim, “[...] ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Na esteira desse princípio já derivam todos os outros direitos e garantias destinados a assegurar a plenitude de defesa, com vistas à realização de justiça. Com isso, afirma Dallari (2001, p.130) “[...] devem ser proporcionados ao acusado todos os meios de defesa além de lhe possibilitar conhecer com precisão todos os fatos inerentes ao que lhes é imputado”.

É nesta fase de tutela que a comissão promove a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de provas e recorrendo quando necessário a peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos. É bom trazer a lume o que destaca o artigo 38 da Lei 9.784/99 conferindo ao servidor uma pauta ampla de instrumentos para produzir amparo: “[...] o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”.

Advirta-se, no entanto, que um rol de atos probatórios similares, está contido também no Artigo 155 da Lei 8.112/99, todavia ele não se encerra em si mesmo, podendo inclusive ser alargado, uma vez que é possível a produção de prova idônea, admitida em direito, embora ela não conste no rol taxativo das duas legislações ora analisadas.

É salutar destacar ainda que, essa dilatação de possibilidade probatória, recebe guarida na doutrina uma vez que o Direito Administrativo se instrumentaliza em ritual próprio, inclusive se deixando influenciar por outros campos disciplinares da ciência jurídica tais como o cível e o penal. Essa interdisciplinaridade estimula o princípio da supremacia do interesse público, tornando o Direito Administrativo, algo intrínseco, com suas peculiaridades. É bom destacar portanto, os elementos *sui generis* do PAD, pois nele, segundo a CGU (2001, p.269)

[...] há uma tríade de integrantes, em que há uma parte que acusa alguém ou ao menos que pleiteia algo; há uma outra parte a se contrapor à primeira e que se defende da acusação ou que contesta a pretensão do demandante; e, sobre esta bipolaridade, situa-se o Estado-juiz que, à vista delimitadamente das provas trazidas pelas partes na forma e no tempo que a respectiva lei processual estabelece, julga, dizendo do Direito e estabelecendo a justiça à vista da verdade formal constante dos autos.

Na fase de defesa, portanto, há um leque de ações administrativas compondo a salvaguarda tanto do processado quanto do próprio Estado, eis porque a CGU (2001, p.269) denomina a fase de defesa como “[...] atos de instrução probatória, é aquela etapa [...] em que se busca elementos para amparar a formação da convicção por parte da comissão e da autoridade julgadora”. Portanto, ao aduzir a fase de defesa é equivalente a falar do cerne do processo, logo esta etapa como todo o resto, inteligentemente é merecedora de grande atenção e empenho por parte do colegiado.

Diz a CGU (2001) que, nesta fase de inquérito há um veio marcado integralmente pela contradição e ampla defesa, não se tratando, todavia, da tríade do processo civil, “juiz-Estado-partes”. Por via contrária, no PAD a bipolaridade antagônica é entre Estado e servidor, tendo como diferenciação plural, o fato do Estado ser a parte contrária ou passiva, e também ser juiz, daí a complexidade do PAD e a cautela redobrada que recai sobre a Comissão.

Portanto, a fase de defesa é uma busca da verdade, um caminho trilhado pela produção de provas que certamente nutrem o processo, providenciando para a Comissão uma série de elementos probatórios. São eles a base sobre a qual a Comissão constrói seu juízo de valor, logo é necessário que haja um pensar crítico para assim ser tomada a decisão mais adequada, cumprindo celeremente os objetivos da Administração pública e principalmente evidenciando-se a perspectiva de construir uma gestão pública pautada na ética. Assim nos ensina a CGU (2001, p. 270),

Na verdade, na essência dos princípios reitores da processualística disciplinar (mais sagrados que a literalidade nem sempre feliz da lei), esta segunda fase, marcada pela busca das provas formadoras de convicção, caracteriza-se pela atuação de ofício da comissão na busca da verdade material de tudo aquilo que possa interessar imparcialmente no esclarecimento fático.

E conclui que,

O processo administrativo disciplinar é um instrumento de ofício por meio do qual a administração deve ser capaz de atender ao apelo social e suprir respostas a apenas – em síntese - duas perguntas: se realmente houve o fato supostamente ilícito narrado na representação ou na denúncia e quem foi seu autor. Apenas disso deve cuidar o processo.

Há na doutrina, boa parte dos autores que considera a fase de defesa como propriamente desvinculada da fase do contraditório, dentre eles Barros (2005, p.113), para quem “[...] este princípio [o contraditório] passou a ter autonomia conceitual desmembrando-se da ampla defesa [a partir da Constituição de 1988], ganhando especificidade limitada à ampla produção de provas”. Para Dallari (2001), todavia, a defesa e o contraditório podem possivelmente estar juntos, formando no inquérito um conjunto de auto embasamento quase dialético.

Na verdade, além dos meios de prova citados nas Leis 8.112/90 e 9.784/99, a fase de defesa no direito administrativo é quase similar a fase probatória no processo civil, pois nos dois ramos do direito, há um processo e produção de condutas probatórias tendentes a confirmar os atos processuais. Assim é possível destacar que, nos dois ramos do direito, o conjunto probatório é essencial, pois como diz Humberto Theodoro Júnior “[...] não basta simplesmente alegar fatos [...] é necessário que o julgador se certifique da verdade do fato alegado, o que se dá através das provas” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 13). A prova portanto tem dois sentidos, na visão do autor:

[...] um sentido objetivo, pois serve como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato. E outro sentido subjetivo que é a certeza originada quanto ao fato. Assim a prova é convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (THEODORO JÚNIOR, 2002, p.13).

E conclui que, a prova é “[...] uma indução lógica, um meio pelo qual se estabelece a existência negativa ou positiva do fato probando”. Tal qual o processo civil o PAD prevê na fase da defesa, a produção de um rol de meios probatórios que certamente ampliam sobremaneira a possibilidade do servidor abrigar seus direitos. É salutar lembrar que o Código de Processo Civil admite como meio de prova,

- I – o depoimento pessoal (art.342-347)
- II – a confissão (art.348-354)
- III – a exibição de documento ou coisa (art. 355 e 363)
- IV – a prova documental (art. 364-391)
- V- a prova testemunhal (art.400-419)
- VI – a prova pericial (art.420-439)
- VII – inspeção judicial (art.440-443)

A CGU (2001) informa que, com base no Código de Processo Civil, geralmente os meios de prova mais comuns que se empregam no processo administrativo disciplinar são de três tipos: provas documentais (certidões, atestados, extratos de sistemas

informatizados, fotografias, fitas cassete e de vídeo, de gravações); provas orais (oitivas, declarações, acareações e interrogatórios); e provas periciais (laudos de forma geral).

Logo, o conjunto probatório do PAD é similar àquele utilizado no processo judicial, portanto é prudente que a Comissão venha a se cercar das cautelas necessárias como se estivesse produzindo um processo na área cível ou penal. Barros (2005, p. 125) lembra ainda que, além do rol de prova citado acima, há certos elementos peculiares no processo que liberam a obrigatoriedade da comprovação, eles representam “os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, e os incontrovertidos”; para esse tipo de situações, diz Barros (2005), não é necessária a prova.

Em função dessa larga pauta probatória disponível, por uma questão didática de delimitação de objeto, neste trabalho optamos por analisar somente algumas formas de defesa ou meios de prova documentais e orais, já destacando que elas são importantes, mas que as demais não são menos relevantes que as escolhidas.

Dito isto, passamos a investigar à luz da doutrina os meios de defesa ou meios probatórios eleitos neste trabalho, são eles: o depoimento testemunhal, a acareação, a diligência, o interrogatório do acusado e a perícia. Ressaltando que, em se tratando de PAD nem a CGU (2001), tampouco as Lei 8.112/90 e 9784/99 destacam a hierarquização do conjunto probatório, que poderá ser utilizado sem uma ordem específica, separadamente, ou em conjunto, conforme a necessidade que a Comissão julgar pertinente.

Como o PAD é considerado um conjunto de atos administrativos, esses meios de defesa são instrumentos informadores tanto da própria salvaguarda do direito, quanto da instrução do inquérito administrativo. Passamos a análise de cada um deles.

O depoimento testemunhal ou prova testemunhal é o meio probatório destinado a coletar as declarações e narrativas das partes para formar um juízo de valor correto sobre o objeto apreciado. O artigo 157 da Lei 8.112/90 ao tratar do tema, destaca que “[...] as testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexado aos autos”. Ressalta ainda que o depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.

Bem se vê que, a exigência da oralidade no processo administrativo, em primeiro momento, significa a interação presencial da testemunha com a comissão processante, que poderá observá-la plenamente em seus aspectos linguísticos e corporais, uma maneira de formar adequado juízo de valor. Também informa Theodoro Junior (2002, p. 387) “[...] que a finalidade dessa prova é [por via indireta da testemunha] provocar a confissão [do autor] e esclarecer fatos discutidos na causa”, como meio de prova que é, se adequa tanto à fase de instrução como à defesa. Portanto, trata-se de um relato oral prestado na Comissão de PAD, por pessoas que tenham alguma relação com o fato, ou com o autor.

Também denominado “depoimento pessoal” (BARROS, 2005, p.129), a oralidade da testemunha é a exposição dos fatos por pessoa alheia ao processo. Portanto, é necessário um ritual ou atos preparatórios para a produção de oitiva do declarante, começando pela deliberação em ata do chamamento de testemunha para prestar informação aos autos; logo, é prudente que, a comissão além de formalizar o convite em ata, exprima também, no documento, os motivos que os conduziram a fazê-lo. Diz a CGU (2001, p.286) que, ato contínuo, à comissão toca o encargo, também, de elaborar uma pauta de quesitações para ser aplicada ao depoente.

Havendo mais que uma testemunha, continua a CGU (2001) é salutar que se tome o cuidado para preservar o *iter* testemunhal, atendo-se ao zelo de evitar que os convocados tenham conhecimento prévio das perguntas, e que tenham contato verbal entre si como é comum ocorrer nos espaços físicos ou ante sala de depoimentos. Daí que, a CGU recomenda também que os depoimentos sejam em dias diferentes, protegendo-se assim os convocados de prestarem informações uns aos outros. Sob esse aspecto, o Código de Processo Penal, no Artigo 210 também aquiesce que, “[...] As testemunhas serão inquiridas cada uma de *per si*, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras [...]”.

Ressalta a CGU que, regra geral, não é lícito à testemunha se eximir do depoimento, pois este é um compromisso jurídico com o processo; ocorre que, certas situações de cunho ético flexibilizam esse princípio. Embora a Lei 8.112/90, assim como, a Lei 9.784/99 sejam silentes quanto a esse aspecto, diz a CGU (2001), que é nos códigos de processo civil e de processo penal que, por analogia o PAD se fixa para tratar essa excepcionalidade processual. Vejamos:

[...] A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias (Artigo 206 CPP).

Há ainda na Legislação, um rol de situações ou profissões que pela especificidade de seus trabalhos, são obrigadas a silenciar diante de informações que possuem. A Lei entende essa peculiaridade, determinando que, “[...] São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (Artigo 207, CPP)”.

Como se pode perceber, a explanação testemunhal embora seja peça relevante nos processos, pode sofrer excepcionalidades, e assim desobrigar determinadas pessoas de divulgar suas opiniões sobre o caso. Não se quer com essa eventual flexibilização, dar menoscabo ao relato testemunhal, por via contrária ele é considerado relevante ao processo, tanto que a CGU (2001) envolve os relatos testemunhais de um grau tamanho de importância que recomenda no depoimento de testemunhas a organização estrutural do espaço físico. Então e inclusive, segundo recomendações da CGU, é conveniente que, a disposição do mobiliário no local onde for tomado o depoimento, siga suas recomendações a fim de preservar a prova oral, evitando assim possíveis distorções. Então ressalta que,

[...] Convém dispor as mesas de forma que a testemunha fique de frente para o presidente da comissão e jamais de frente para o acusado ou seu procurador, de forma a evitar a intimidação visual. Convém que o secretário fique ao lado do presidente, para que este possa acompanhar o que está sendo digitado. Recomenda-se adotar a configuração abaixo, que preserva a testemunha da intimidação (a configuração mais usual do processo judicial, em que as mesas são colocadas em “T”, não impede a intimidação) (CGU, 2001, p. 287).

Iniciando-se a colheita das declarações testemunhais, a Comissão invariavelmente pergunta ao convocado se há algum vínculo de parentesco, amizade ou inimizade com o processado. Ressalte-se que esta providencia serve para aquilatar a possível suspeição ou impedimento da testemunha, logo a investigação é realizada sobre forma de quesitação ou perguntas a cerca de possíveis relações da testemunha com o acusado. Registre-se que no mais das vezes, as perguntas são respondidas afirmativa ou negativamente, sendo que havendo resposta negativa à quesitação, na ata pode constar o

termo ou convenção “aos costumes, disse nada”, expressão que se refere à negativa de todas as respostas.

A CGU (2001) ressalta ainda que, encerradas todas as preliminares, passa-se às quesitações propriamente ditas, em formas de perguntas. Convém destacar, neste aspecto, que a comissão já tenha preparado previamente as perguntas que intenciona fazer, sem contudo destacar que, outras questões podem aflorar no curso do depoimento. Por fim, cabe à Comissão reduzir as perguntas a termo, numeradas na hierarquia em que foram formuladas, bem como as competentes respostas narradas pelas testemunhas. Essas informações serão lavradas em ata, que sugere-se seja dada a ler ao depoente, que após aquiescência, assinará o documento, na presença da Comissão de PAD.

Outro meio probatório que pode ser usado em sede de PAD é a acareação, que significa no entender de Barros (2005), o ato de alocar no mesmo ambiente físico, as testemunhas de frente umas às outras, sempre que ocorrer incidente de narrativas divergentes entre si sobre o mesmo fato. É na verdade a acareação, uma verificação simultânea de depoimentos discrepantes, para a partir deles, depurar a verdade processual, na perspectiva de se chegar a um fim justo e adequado no processo administrativo disciplinar.

A acareação pode ser inter testemunhal, ou ainda, entre testemunha e acusado, quando for o caso. Acarear, é portanto, confrontar as narrativas inconsonantes das partes. Assim diz a Lei 8.112/90 em seus Artigos 158 e 159:

[...]

§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á a acareação entre os depoentes.

Art. 159.

§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.

De modalidade controvertida, a acareação não é bem vista por parte de alguns dos doutrinadores administrativistas, que alegam aspectos pouco positivos nesse meio probatório, por apresentar na maioria das vezes maior controvérsia e inflamar mais o contexto do PAD, pois é situação de alta exposição de conflito. Além do mais, parte da doutrina a considera infértil e de pouca efetividade, Barros (2005, p.125) por exemplo,

destaca que “[...] essa modalidade de prova sempre se mostrou improdutiva porque as testemunhas sempre costumam manter seus depoimentos anteriores”.

Militando na mesma linha de pensamento do autor supracitado, a CGU (2001, p.321) ainda recomenda que não se faça acareação entre testemunhas e acusado “[...] em virtude de figurarem no processo de forma diferenciada (enquanto um se submete ao compromisso de verdade, o outro tem a prerrogativa de não se auto incriminar)”.

E por fim, a CGU (2001) enfatiza que a acareação é remédio excepcional, que pode ser utilizado tão somente diante de divergências cujo esclarecimento sejam imprescindíveis ao PAD, o que na visão de Barros (2005) é correta, pois a acareação sempre que for possível, poderá ser substituída pela sensibilidade do julgador que fará a valoração e sopesamento entre um discurso testemunhal e o os demais divergentes, para a partir dessa dialética formar seu juízo de valor.

É de se destacar também que, outra prova importante admitida em PAD é a perícia, consistindo em minucioso “[...] exame, vistoria ou avaliação” (CPC, Art. 420) de coisa, pessoas ou documentos, para verificação de quaisquer fatos ou circunstâncias que tenham interesse no caso analisado”. Enquanto no depoimento testemunhal, há uma narrativa, na perícia há uma verificação *in loco* realizada por profissionais especializados na área, os quais emitirão um competente laudo pericial¹⁵, normalmente um conjunto de documentos, fotografias, filmagens etc. comprovando suas observações escritas.

Sob o tema, a CGU (2001, p.312) informa que “[...] o perito, ao emitir um laudo, labora em prova para o processo [...] a manifestação do perito é, em si, uma prova processual; o laudo pericial é a prova em si sobre o assunto que se quer esclarecer”. E conclui que, “[...] as perícias, sempre que possível, devem ser feitas em órgãos públicos, de forma que, preferencialmente, o perito seja servidor, dotado de fé pública. Excepcionalmente, na ausência da requerida especialização em sede pública, o perito até pode não ser um servidor público, mas sim um agente privado”.

¹⁵ O laudo pericial é o relato das impressões captadas pelo técnico, em torno do fato litigioso. Essas opiniões apostas em documentos tem valor probante, embora o pensamento do perito seja meramente opinativo no processo.

Theodoro Junior (2002) ao destacar a importância da perícia aduz que, por se tratar de prova especial, subordinada a determinados requisitos específicos, geralmente de custo alto e que demanda considerável tempo de execução, recomenda que a perícia somente seja admitida em situações excepcionais em sede de PAD.

O autor supracitado ainda destaca que, quando a apuração do fato não puder ser concluída pelos meios frequentes do convencimento das outras provas, ou ainda quando o fato for de todo complexo que para sua elucidação seja necessária uma apreciação mais técnica, caberá requisitar a perícia. Nesse sentido é que também se posiciona a Lei 8.112/90, em seu artigo 156: “[...] será indeferido o pedido de prova pericial quando a comprovação do fato depender de conhecimento especial de perito”.

Junto ao corpo probatório também pode ser considerado em sede de PAD, as diligências, admitidas como meio de defesa na fase do inquérito e assentidas no Artigo 155 da Lei 8.112 como meio probatório, conforme aduzimos em outras páginas deste trabalho. Para a CGU (2001, p.305) a diligência pode ser conceituada como

[...] qualquer deslocamento da comissão na busca da elucidação do fato, mediante verificações ou vistorias que podem ser realizadas pelos próprios integrantes da comissão, não requerendo a especialidade de um perito ou técnico.

Para a doutrina, a diligência é importante elemento formador de convicção sobre os atos investigados no processo, uma vez que, a averiguação se refere a verificação *in loco* dos fenômenos pela própria Comissão de PAD. Essa ida ao campo de pesquisa propriamente dito, tem a capacidade de possibilitar à equipe, observar *in loco* o fenômeno, ou parte dele, pois a Comissão “[...] sai de sua sala de instalação com o fim de angariar, no ambiente externo (seja em uma repartição do próprio órgão ou de outro órgão ou seja em ambiente público ou privado; seja no local de ocorrência do fato ou em qualquer outro lugar) qualquer tipo de informação concreta acerca do objeto da apuração” (CGU, 2001, p.305).

Também denominada pela doutrina como “inspeção administrativa” (BARROS, 2005), a diligência é meio de prova consistente pois é construída através da visão direta do julgador que obtém contato com o fato administrativo ou parte dele. Informa Barros (2005, p.140) que, é de grande sensatez que, a inspeção administrativa seja instrumentalizada. “[...] Então, em dia e hora determinados e com a intimação prévia, a autoridade administrativa ou os componentes da Comissão Processante se dirigirão ao

local [a ser inspecionado ou diligenciado], lavrando-se termo circunstanciado de tudo o que foi observado”. O autor ainda ressalta que, a diligência enquanto pesquisa de campo, poderá ter seu relatório enriquecido com desenhos, gráficos, figuras, fotografias e filmagens, e todo um conjunto de material exemplificativo com vistas à elucidação do caso.

É salutar que frisemos não haver um escalonamento hierárquico no conjunto probatório, não encontramos nas duas leis analisadas, algum elemento nesse sentido, inclusive a doutrina registra que se pode intercalar os meios de prova até aqui tratados. Todavia, uma recomendação faz a Lei 8.112/90, no sentido de rito processual: é que o interrogatório do acusado seja imediatamente após a oitiva das testemunhas, vejamos o teor do Artigo 159: “[...] concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observando os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158. É sobre o tema inquirição do acusado ou interrogatório propriamente dito, que passamos a tratar.

O interrogatório do acusado é considerado por parte da doutrina como meio de defesa (SANTOS, 2001), mas encontramos também outra corrente que o defende como meio de prova (CAVALCANTI, 1981), e ainda há a visão mais moderna que considera o interrogatório com as duas funções, dentre eles Carvalho filho (2005). A CGU (2001) dispensa grande relevância ao interrogatório do acusado, estabelecendo que ele como meio de defesa, é o ato final de construção da convicção, tanto que, é prudente que seja realizado, antes do início da elaboração do relatório. Assim a CGU (2001) considera o interrogatório o derradeiro ato, aquele que fecha a defesa e que se antepõe na porteira da fase de relatório. E assim se posiciona:

Obviamente, a melhor leitura advém de interpretação teleológico-sistemática, à luz do princípio constitucional da ampla defesa, que permite ao acusado ser o último a se manifestar antes da indicição (se esta vier a ocorrer), após o conhecimento de todos os fatos que lhe imputem responsabilidade por irregularidades. Daí, o interrogatório é de ser tomado após a realização de todo o tipo de prova, e não necessariamente após as inquirições de testemunhas (CGU, 2001, p.362).

Recomenda a CGU que, o acusado seja comunicado (intimado) sobre o interrogatório por documento escrito, no qual se indaga se antes da inquirição há desejo de produção de mais provas. Assim, “[...] em um único termo, primeiramente se questiona o acusado acerca de seu desejo de produzir mais provas antes de seu interrogatório” e em caso negativo, ato contínuo já se determina a data de sua prova oral, lembrando a

obrigatoriedade da comunicação, ser feita, com pelo menos três dias de antecedência ao interrogatório. A lei 8.112/90 destaca também que a partir da intimação do servidor e sua aquiescência, sejam comunicados, também, também sua chefia.

Outro fato interessante, é o não comparecimento do acusado ao interrogatório. Sobre esse assunto, diz a CGU (2001, p. 365) que “[...] na hipótese de o acusado, apesar de regularmente intimado, não comparecer para o interrogatório na data e horário aprezados, após ter-se aguardado por no mínimo trinta minutos, deve a comissão registrar o incidente em termo de não-comparecimento”.

E destaca ainda a importância da inquirição lembrando que “[...] por ser o interrogatório um ato de interesse da defesa, convém que a comissão tente nova data” (CGU, 2001, p.365). Após o relato em ata devidamente instruída e assinada se, por fim, o acusado abrir mão de seu direito e novamente deixar de comparecer sem motivo, pode a comissão deliberar a retomada do curso do processo sem interrogá-lo e essa ausência, por si só, não configura afronta a dispositivo estatutário.

No caso de ocorrer o interrogatório, ele segue similarmente a oitiva das testemunhas, o presidente informa ao acusado seu direito de responder, ou de ficar calado se assim o desejar. Barros (2005, p. 114) ensina “[...] que o silêncio não induz que os fatos afirmados na peça instrucional sejam verdadeiros”.

Muitos doutrinadores, dentre eles Gasparini, recomenda que as perguntas do interrogatório sejam previamente escritas, e já no início do interrogatório o presidente explica que fará as perguntas seguidamente, solicitando que o acusado as responda, se desejar. Ato contínuo, o presidente tomará termo das respostas emitidas pelo interrogado, lavrando-se a competente ata, informando que foi realizado o interrogatório do acusado.

Após ter buscado esgotar os meios adequados e possíveis para elucidar o fato em apuração, a comissão delibera em ata o fim da chamada fase de defesa ou coleta de provas. Nesse rumo, diz a CGU (2001, p.378) que “[...] a conduta padrão que se espera da comissão é de ter envidado máximos esforços para realizar a maior quantidade possível de atos de instrução robustos e convincentes” para sobre eles ter se debruçado e firmado seu juízo de convicção.

Ademais, a partir da conclusão do interrogatório como ato de coroamento da fase de defesa, a Comissão já percorreu uma série de fases do processo, já tendo inclusive, abraçado a inteligibilidade das informações das outras provas, então presume-se que neste momento haja amadurecimento suficiente para tipificar a infração disciplinar no rol dos Artigos, 116, 117 e 132 da Lei 8.112/90.

A partir da tipificação, será formulada a indicição do servidor, o que para a CGU (2001, p.381), representa “[...] o instrumento de acusação formal do servidor inicialmente notificado para acompanhar o processo administrativo disciplinar, refletindo convicção preliminar da comissão de que ele cometeu irregularidade”.

Grande cautela merece ser dada à indicição, pois é necessário que seja feito um relatório contendo os dados mais importantes do processo, e sendo uma etapa medular, carece ser nutrida com elementos essenciais, evitando-se assim termos ambíguos ou subjetivos que possam dar margem às interpretações equivocadas. Assim é necessário a qualificação do servidor, a descrição fática e o enquadramento legal. Informa a CGU (2001, p. 391) que,

[...] o termo de indicição deve qualificar o servidor, descrever o fato apurado e apontar todas as provas obtidas, com respectiva paginação nos autos (sem se confundir com o detalhamento que somente no relatório se exige). A remissão a termos redigidos na instrução deve ser feita com a reprodução apenas da passagem relevante, sendo dispensável reproduzir a íntegra de termos de depoimentos, de diligências ou de interrogatórios, laudos, etc.

Figurativamente, a indicição representa o abandono dos elementos possibilidade e presumibilidade de acusação, e a partir disso a Comissão assume maior certeza de convicção acerca da culpa ou dolo do servidor processado.

Quanto ao PAD, também há uma passagem ou transformação do processo em seu rito, pois o servidor dantes considerado acusado, passa então à figura de indiciado, significando portanto que, a Comissão julgou haver fortes indícios de culpa ou dolo daquele servidor junto à infração a ele imputada, e começa a formar um juízo ou convicção sobre o processo. E de se destacar todavia, que essa convicção não é definitiva, e pode ser desconstruída na fase seguinte do PAD, pois certamente é franqueado ao servidor indiciado nova oportunidade de intervenção no processo, desta vez através de apresentação de memorial de defesa por escrito.

Logo, após o indiciamento, a Comissão fará nova citação ao servidor indiciado para que apresente sua defesa em relatório escrito. Assim diz o Artigo 161 da Lei 8.112/90: “[...] tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”. Isto posto, continua a destacar a Lei 8.112/90, que o indiciado citado por mandado expedido pelo presidente da comissão, terá um prazo de 10 dias para oferecer defesa escrita, ressaltando que será a ele assegurando vistas ao processo na repartição.

Achando-se em lugar incerto e não sabido o indiciado, será devidamente citado por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para que adequadamente se apresente e produza sua defesa. Sendo que a citação por edital amplia o prazo de defesa para 15 dias.

Indiciado o servidor e feita sua citação, será considerado revel se não apresentar defesa naquele prazo estabelecido. Diz a Lei 8.112/90 que, então o instituto da revelia será declarado em termo escrito, nos autos do processo e devolverá o prazo para defesa. A partir da revelia a autoridade instauradora do processo “[...] designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível de escolaridade do indiciado” (LEI 8.112, Artigo 164). Diz ainda a citada lei que, apresentada a defesa, é prudente que, a Comissão elabore minucioso relatório resumindo as peças principais do processo.

Apresentada a defesa escrita pelo servidor processado e tendo sido, esta, devidamente apreciada pela comissão, a próxima tarefa da comissão é redigir acurado relatório cujo conteúdo faça referência às peças principais dos autos, se reportando também ao conjunto probatório. O relato da comissão é uma construção lógica demonstrando a síntese do processo, portanto, é interessante que, seja edificado com seu conteúdo integral, de maneira que esta sinopse processual obrigatoriamente apresente também, um fechamento ou conclusão.

Assim, o relatório é etapa derradeira da fase inquisitorial, se consubstanciando em uma série de informações correlacionadas sendo que, prudentemente, seu arremate compulsoriamente, resultará na exposição do juízo de valor construído ao longo do *iter*. Ou como diz Barros (2005) a comissão tem por *mínus* se manifestar opinativamente, e

ela assim procede pelas vias do relatório, daí que este documento será sempre, e obrigatoriamente, expositivo e objetivo, sem ser demasiadamente parenético ou loquaz, tampouco eloquentemente subjetivo.

Isto por que a característica obrigacional de ser um documento conclusivo impõe ao relatório uma roupagem objetiva e indubitavelmente informativa quanto à inocência ou insuficiência de provas para responsabilizar o servidor. A Lei 8.112/90, é taxativa exigindo que, “[...] apreciada a defesa, a comissão elaborará minucioso relatório, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção” (Art. 165).

Sendo assim, recomenda a CGU (2001, p. 558) que o relatório “[...] não pode ser meramente opinativo e muito menos pode apresentar mais de uma opção de conclusão e deixar a critério da autoridade julgadora escolher a mais justa”. Depreende-se, portanto, que à comissão pesa o dever de tomar decisão no processo, se reportando ao ato final ou fechamento, com indubitável teor de certeza, já eliminando de pronto, a dubiedade no processo ou interpretações nebulosas que possam turvar seu *iter*.

Ressalte-se, por via contrária que, caso a comissão não colete provas suficientes para firmar sua convicção, ou mesmo que as colete, examine e excogite-as. Deduzindo que, são elas escassas para formar o juízo de valor, recomenda-se portanto que, a cautela seja intensificada no PAD. Isto por que, convém à Comissão ter acurado zelo e cuidado para evitar veleidades, que decerto poderia anular o processo. Diante disso a CGU (2001) diz que, caso a comissão tenha imprecisão ou dúvida acerca do fato apurado ou da inocência do servidor, a corte recomenda neste nestes casos que se adote o princípio *in dubio pro réu* ao invés do princípio *in dubio pro societatis*¹⁶ que normalmente é o guia do direito administrativo.

A CGU (2001, p.561) na perspectiva de auxiliar as comissões de PAD nas várias instâncias do serviço público brasileiro, se debruçou sobre as Leis 8.112/90 e 9.784/99,

¹⁶ Se no início do processo, no juízo de admissibilidade se adota o princípio do *in dubio pro societatis* impondo à Administração pública que o ilícito seja apurado, como uma forma cristalina de publicizar administração ilibada, no relatório conclusivo – quando houver dubiedade ou imprecisão na formação de autoria e materialidade se adota o *in dubio pro réu*. Diz a CGU (2001) que essa configuração é um equilíbrio de justas forças no processo, que não pode pender a um lado (Estado), e nem a outro (servidor). E de fato esse sopesamento de forças entre o interesse público e o direito do servidor representa no Estado Democrático de Direito um verdadeiro equilíbrio diante da supremacia do Estado, e da assimetria com a qual se reveste a relação no PAD. Não é se estranhar, por exemplo, a decisão da Comissão em estabelecer um balanceamento entre esses elementos.

retirando delas um extrato representativo e elaborando um rol de elementos necessários¹⁷ ao conteúdo do relatório de PAD. E assim se manifesta a CGU (2001, p. 561), recomendando que, é importante constar no relatório, os seguintes dados e partes:

- Preâmbulo (identificação da comissão);
- Antecedentes do processo;
- Fatos apurados pela comissão na instrução;
- Motivos da indicição;
- Apreciação das teses da defesa (todas as alegações da defesa devem ser abordadas ponto a ponto, para acatamento ou refutação; esta análise deve ser feita com equilíbrio, sem embate pessoal, ainda que a defesa tenha sido ofensiva contra a comissão; no caso de refutar os argumentos apresentados, isto não se confunde com ofender, denegrir, usar termos subjetivos com a defesa);
- Conclusão (se for o caso de concluir pela responsabilização do servidor, deve-se indicar os dispositivos legais transgredidos, as circunstâncias agravantes e atenuantes referentes apenas ao fato em si e não a toda vida funcional do servidor, e os bons ou maus antecedentes funcionais; no caso de absolvição, deve-se apresentar as razões e fatos que geram tal entendimento);
- Informação de indícios de possível configuração de crime (sempre destacando que o servidor não é competente para afirmar o crime) e de danos a serem ressarcidos ao erário;
- Recomendações ou sugestões, se cabíveis, de acatamento não obrigatório, sobre medidas que podem ser adotadas pela administração, de melhoria de gestão, objetivando evitar a repetição dos fatos, quando se percebem fatores propiciadores na rotina de procedimentos ou nas condições de trabalho da unidade.

Além desse rol de exigências, a CGU interpretando o Artigo 165 da Lei 8.112, destaca que o relatório será sempre conclusivo em relação à inocência e responsabilidade do servidor. Ressalta também que no relatório da comissão é obrigatória a indicação do dispositivo legal ou regulamento transgredido pelo servidor, bem como a explicação das circunstâncias atenuantes e das agravantes que circundam o fato apurado.

Grande polêmica se instaura no artigo 165 supracitado, diz a CGU, uma vez que a indicação da infração já fora exigida na fase da indicição; seu reforço todavia, nos leva a crer que trata-se na verdade, de exigência implícita do legislador para que a comissão ao narrar o dispositivo legal indique também a penalidade correspondente. Diz a CGU (2001, p. 564) que,

[...] Nessa linha, se compreende que, além da descrição do fato e de seu enquadramento, a comissão deve apresentar a proposta de penalidade a ser aplicada. O *caput* do art. 168 do Estatuto estabelece que o julgamento, como regra, acata o relatório.

E conclui que,

¹⁷ Este rol não é interpretativo, representando mera sugestão da CGU, no entanto seu cumprimento tem sido efetivado nos diversos órgãos públicos federais.

[...] ninguém está mais habilitado que a comissão para se manifestar sobre o objeto de apuração e sobre a conduta do acusado. Por este fato, é de se defender que pode a comissão destacar, para o julgador distanciado do fato, qual a exata dosimetria da pena que, na visão qualificada de quem apurou, melhor atende às condicionantes de atenuação ou de agravamento (CGU, 2001, p.564).

É salutar lembrar que, o relatório construído pela comissão de PAD embora claro e objetivo não tem o condão de executar a pena sugerida, isto por que a comissão funciona como órgão *ad hoc* de assessoria para apurar determinado fato, e como tal, tem o dever de sugerir objetivamente um fechamento do processo ou penalidade, mas que por ela não será posto em marcha, pois o relatório é enviado à autoridade que instaurou, para decidir.

A Lei 8.112/90 assim como a Lei 9.784/99, não são taxativamente explícitas em determinar a obrigação da comissão em demonstrar a penalidade no relatório. Todavia, no percurso dos demais artigos da Lei 8.112/90 há indícios dessa delegação de competência da comissão de PAD, de forma subentendida. Quando por exemplo, no artigo 167 a Lei 8.112/90 determina que “[...] se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora [...]”, na verdade está declarando que nesta situação a pena já está escrita no relatório enviado pela comissão.

Outro indício de que a pena deverá constar no relatório, é a autorização para que a autoridade instauradora possa modificá-la tanto por agravamento quanto por abrandamento, o que de certa forma, caracteriza indiretamente que no relatório deva existir uma sanção proposta, pois não há como julgar inadequado e modificar quantitativamente aquilo que inexistente.

E ainda, diz a CGU que, a não apresentação da pena pela comissão, atendo-se somente ao enquadramento do fato, não invalida o relatório pois há nesse agir uma transferência da responsabilidade de cominar pena: esta atribuição, neste caso, passa da comissão à autoridade instauradora sem se consubstanciar em incúria ou fuga de responsabilidade pela comissão. Assim diz a CGU (2001, p.565) “[...] não se configura qualquer nulidade se a comissão acatar a recomendação de apresentar a proposta de pena no relatório (que não vincula o julgador) e tampouco caso se restrinja a descrever o fato e a enquadrá-lo, deixando a matéria punitiva a cargo apenas da autoridade julgadora”.

Dito isto, temos a reforçar que o relatório, além de ser ato derradeiro da fase de inquérito, também o é da própria comissão que com ele encerra seu trabalho, dando por concluída a tarefa administrativa que lhes foi atribuída para ser objetivamente averiguada no prazo de 30 a 60 dias. Assim se posiciona a CGU (2001, p. 565) “[...] relatório é o último ato da comissão, que se dissolve com sua entrega junto com todo o processo, à autoridade instauradora, para julgamento”.

Concluído o relatório, nada mais a comissão pode apurar ou aditar, pois juridicamente sequer ela não mais existe. Desta forma, como ato derradeiro, a comissão remeterá todo o conjunto processual à autoridade instauradora e encerra sua tarefa, dando por concluído seu trabalho, já que reforçamos, ela é grupo *ad hoc*¹⁸. Nesta linha de entendimento diz a Lei 8.112/90 no Artigo 166 que “[...] o processo disciplinar, com o relatório da comissão, será remetido à autoridade que determinou a sua instauração, para julgamento”. E assim o PAD caminha para a última etapa de seu *iter*, qual seja o julgamento ou decisão pela autoridade instauradora. É o que vemos no próximo tópico.

1.4.3 A fase do julgamento

Na administração pública os servidores investidos de cargo de chefia, ou principalmente os gestores da *res pública* são também revestidos de poderes deveres, que representam na verdade, encargos atribuídos às pessoas que gerem bens e interesses da coletividade. Esses encargos são competências legais ou instrumentos concedidos aos agentes, verdadeiro balizamento que cingem sua vontade, não os permitindo a escolha entre agir não agir.

Eis que, investido no cargo público, o poder dever não permite inércia ou inação aos gestores, impondo de imediato a esses profissionais de alta cúpula, a obrigação de fazer. Dentre essas obrigações, podemos destacar o poder dever de agir, significando ativa atuação do servidor público, que não poderá diante de um ato administrativo que requer

¹⁸ Grupo formado por portaria com data pré-definida tanto para o início quanto para o término de suas atividades.

impulso oficial, quedar-se inerte. Esse encargo, é na verdade, a obrigação de atuar e exercitar o poder que lhes confere o interesse público, para dar bom andamento nos atos administrativos.

Contíguo ao poder dever de agir está o ônus de decidir, significando que é obrigatório à administração se pronunciar através de atitudes inequívocas, para fazer o ciclo dos atos administrativos cumprirem seus ritos. Alude a doutrina de Carvalho Filho (2005, p.218) que “[...] decidir é todo ato que resulta em processo mental para definir certa conduta, na forma e de acordo com a competência que a lei estabelece”.

Em sede de processo administrativo, essa incumbência de agir é uma obrigação prevista tanto na Lei 9.784/99, quanto na Lei 8.112/90, apondo diante do gestor público uma atribuição da qual não poderá ele, se eximir. Carvalho Filho (2005) nos explica que a Administração está obrigada a emitir decisões nos processos, bem como, a responder às solicitações ou reclamações em matéria de sua competência. Assim, a Lei 9.784/99 ressalta que “[...] a administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos, em matéria de sua competência” (Art. 48).

Desta maneira, concluída a fase de instrução e recebido o relatório, a autoridade que instaurou o PAD, tem 30 dias para julgá-lo, sendo arrazoado desta forma, tomar uma decisão sobre aquele processo. Dallari (2001, p.149) explica que a fase do julgamento “[...] é a primeira operação intelectual no instante da decisão do processo, até mesmo como imperativo de seus alicerces axiológicos (particularmente os princípios da impessoalidade/imparcialidade, segurança jurídica e igualdade).”

A ação intelectual aludida por Dallari (2001) é a mesma a que Carvalho Filho (2005) denomina de decisão final de inquérito “[...] aquela que põe termo ao procedimento e define sobre a matéria que constitui seu objeto, correspondendo à sentença no processo judicial”. Também caracterizada como ato extintivo do inquérito, o julgamento é o cerne do processo, representando a decisão final.

Assim, informa Dallari (2001), a autoridade decisória terá de relembrar que o princípio da justiça também é vetorial no processo administrativo, isto por que o princípio da decisão não é hermético, ele se correlaciona com os demais traçando uma rede horizontal que informa e motiva a decisão da autoridade. Diz Dallari (2001) que a autoridade obrigatoriamente exercitará seu ônus de ação, assim nenhuma perplexidade

servirá de anteparo para a omissão do encargo de decidir, tampouco poderá ele agarrar-se a falta de elementos ou quaisquer outras esquivas que sejam outros argumentos para justificar imobilidade.

Valha-se o julgador dos elementos fáticos coligidos nos autos, dos fundamentos jurídicos contrapostos ou expostos, e até mesmo subsidiariamente das máximas da experiência, das lições do cotidiano, e dos ensinamentos das outras ciências, mas decida (DALLARI, 2001, p.151).

Retomando a questão por outro ângulo, diz Dallari (2001) que, é dever do julgador investigar e pesquisar casos da mesma índole antes apreciados, para que ele possa ter um balizamento em seu julgar. Eis que, ao analisar o processo, a autoridade instauradora fará o sopesamento já avaliando se ela é competente, pois segundo a Lei 8.112, em seu artigo 167, caso a penalidade a ser aplicada exceda sua alçada de autoridade, incontinentemente, recomenda a legislação que, o processo seja encaminhado à autoridade adequada, para decidir em igual prazo.

Além dos aspectos “temporalidade de resposta” e “competência”, é salutar destacar que a decisão seja, obrigatoriamente motivada, e embora se possa assegurar que “[...] o livre princípio do convencimento constitui-se uma garantia para a autonomia” (BARROS, 2005, p.147), e que há liberdade para apreciação de provas e seu acatamento¹⁹, é aconselhável dizer também que uma boa decisão esteja obrigatória e harmonicamente acompanhada de sua justificativa. Diante de tal fato, é de bom alvitre que a autoridade julgadora antes de sua decisão final possa examinar dois conjuntos de elementos contidos no processo: o primeiro deles refere-se à análise dos aspectos formais, vícios e materialidade do processo; o segundo, refere-se à apreciação do mérito da questão. Passamos a fazer sobre essas questões, breve análise.

Ressalta a CGU (2001) que antes de adentrar especificamente no julgamento do processo, a autoridade instauradora ao receber o compósito documental da comissão, observará o material sob dois aspectos: os elementos formais ou constituição processual propriamente dita, valendo dizer que se debruçará de início sobre as dimensões materiais do processo. Desta forma a CGU (2001, p. 567) destaca que,

Preliminarmente, o julgamento deve abordar aspectos formais, vícios insanáveis e nulidades. E, para isso, a autoridade instauradora é competente (sem prejuízo de nova análise por parte de autoridade superior), mesmo nos casos em que a penalidade cabível extrapola sua competência.

¹⁹ Ao julgar o processo administrativo a autoridade tem autonomia para analisar o conjunto documental, as provas produzidas e a ação da comissão processante.

E assim, se porventura a autoridade identificar no processo quaisquer atos inequívocos ou vícios insanáveis que ensejem nulidades²⁰ totais ou parciais, é um encargo do julgador declará-lo imprestável, no todo ou em parte, constituindo inclusive, outra comissão para refazer os atos. Frisa a CGU (2001), no entanto, que nada impede da autoridade instauradora delegar à mesma comissão que gerou o relatório, a tarefa de refazer o processo na parte que julgar nula. Esta decisão no PAD, no entanto, é exceção e não regra, recomenda Barros (2005). O autor ainda destaca o bom senso pois, o princípio da instrumentalidade das formas recomenda que sejam considerados nulos somente os atos cujos objetivos a que se destinavam se desvirtuarem, e assim possam macular o processo. Após analisar a forma, a autoridade julgadora passará ao segundo momento, qual seja, a análise do mérito processual. Vejamos essa segunda fase de análise do relatório.

Neste segundo momento, é bom frisar que a autoridade instauradora analisará o mérito do processo, tendo como foco os elementos de materialidade ou existência do ilícito, e a autoria imputada ao servidor. Registre-se que embora esses elementos já tenham sido focalizados nas outras fases do PAD, o que se deslinda na relação é a necessidade de a todo momento ser possível a contradição, pois a dialeticidade é a tônica do processo.

Havendo indícios de não materialidade da infração, e não autoria, nada impede que a autoridade instauradora possa requisitar o arquivamento do processo nesta fase. Diz a CGU (2001, p. 566) que a fase de mérito “[...] manifesta como o Direito enxerga o fato configurado nos autos, ou seja, aplica ao fato concreto a legislação de regência; e, por fim, [a autoridade instauradora] conclui pela inocência do servidor ou por sua responsabilização”.

Nessa última hipótese, continua a CGU (2001) quando a autoridade instauradora, após ponderar os fatos autuados, e sobre ele firmar seu julgamento aplicando a legislação de regência, decidir pela responsabilização do servidor, o julgamento encerra a aplicação da penalidade prevista em norma.

Portanto é sobre a faculdade de responsabilização ou não, do servidor, que a fase de julgamento de mérito gravita, lembrando que o julgamento e a aplicação da pena não

²⁰ No processo administrativo cabem todas as nulidades previstas no processo civil, quais sejam os vícios de consentimento contidos nos artigos 138 a 144 do Código Civil.

são atos segregados, nem na materialidade, nem nas pessoas que recomendarão a punição, pois comissão e autoridade instauradora são uma pessoa só, o que as difere é o ato de delegação dada pela primeira à segunda, para apurar o ilícito no PAD.

A CGU (2001), ainda ressalta que o julgamento contém a aplicação da penalidade, sendo ele todo um ato único da autoridade que valorou os fatos autuados à luz do Direito. O que pode sofrer diferimento no tempo e até ser atribuída a outra autoridade é tão-somente a execução (a efetividade) da pena. Sendo assim, as duas fases (da análise formal e do mérito processual), contida no julgamento são materializadas por um documento denominado decisão, emitido pela autoridade instauradora, se posicionando a favor ou contra a recomendação da comissão. A construção e arcabouço da decisão serão vistos no próximo tópico.

Tendo recebido o relatório, a autoridade que instaurou o PAD tem vinte dias para proferir sua decisão sobre as recomendações da comissão. É bom observar que a autoridade pode acatar a decisão da comissão de imediato ou refutá-lo, diz a Lei 8.112/90 que o julgador acatará o relatório da comissão, salvo quando contrariar as provas dos autos ou ainda, quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá motivadamente agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Desta forma, é possível ver que, no julgamento a autoridade instauradora tenha certa discricionariedade, no entanto, é recomendável que esse ato obedeça alguns elementos ao aquilatar seu arbitramento. Dallari (2001) destaca que, na decisão a Administração-juiz resolverá as questões suscitadas durante o procedimento que não tenham sido resolvidas anteriormente. A decisão é ato final, é aquela ação que põe termo ao processo e define sobre a matéria que constitui seu objeto, diz Carvalho Filho (2005), e ressaltando ainda que a decisão corresponde à sentença.

Dallari (2001) por sua vez destaca que a decisão tem três partes: o relatório ou narrativa, a motivação, e o dispositivo. No relatório o agente decisório lança verdadeiramente os alicerces de sua atuação, diz o autor; para tanto, “[...] circunscreverá a pretensão e sua contraposição, bem como descreverá (sucinta, mas, precisamente) os elementos de persuasão carreados ao processo” (DALLARI, 2001, p.161).

Já a motivação constitui etapa essencial da decisão administrativa, sendo inclusive exigida pelo Artigo 50 da Lei 9.784/99, que ressalta o *mínus* de justificar, declinando quais as razões nas quais a autoridade se apegou para exarar aquela decisão.

Diz o supracitado artigo que “[...] os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos quando [...] neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, disponham ou agravem deveres, encargos e sanções”. E recomenda ainda que, a motivação seja clara, explícita e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de pareceres anteriores, informações ou decisões. Dallari (2001) nos ensina que a motivação é uma operação lógica pelo qual o julgador fixa as razões ou técnicas jurídicas que constituíram as premissas de sua decisão.

Portanto, a motivação é atividade de técnica estrita à Lógica Jurídica, evidenciando os argumentos de autopersuasão do julgador, com os quais ele deseja também satisfazer o convencimento do Estado, elemento imediato que suscitou o processo. Diz Dallari (2001, p. 162) que a motivação há de observar os princípios de congruência e da persuasão racional do julgador, ou seja, “[...] a decisão há de se harmonizar com a fundamentação de sorte a haver entre elas uma lógica formal do tipo premissa/consequência”.

Elevada que foi ao patamar de exigência constitucional a motivação passou a se configurar como critério de validade decisional no processo administrativo. Diz a CGU (2001, p. 151) que “[...] a motivação é a explanação dos motivos que justificam a edição ou a emanção ou a prática de determinado ato”. E finaliza que,

[...] a motivação não se confunde apenas com fundamentar ou apontar o enquadramento legal que ampara a realização do ato, mas sim apresentar, previamente ao ato ou à decisão, as razões e os elementos de convencimento para realizá-lo, no que diz respeito tanto aos pressupostos de fato quanto aos preceitos jurídicos e de direito (CGU, 2001, p.151).

Arrematada a motivação, segue-se a parte dispositiva da decisão, diz Dallari (2001) que este último fragmento da decisão é o seu apogeu, pois em senso estrito ela tem o condão de dirimir o litígio e atribuir vitória total ou parcial a um dos personagens do PAD, no caso, o Estado ou o servidor.

O autor conclui que “[...] complexa é por certo a operação de elaboração da parte dispositiva da decisão” (DALLARI, 2001, p.163) pois ela se desdobra em dois planos:

um de ordem intelectualiva no qual interpreta a vontade concreta da lei; e outro de ordem volitiva ou discricionária em que o julgador emite uma declaração de vontade, expedindo uma ordem em nome do Estado.

Dallari (2001) ainda destaca que há uma tipologia de decisões de base farta, e destaca que normalmente a decisão de mérito põe termo ao processo, todavia, casos há em que isso é verdadeiro, quando a decisão extingue o processo. Em outras, porém há possibilidade de revisão do processo administrativo, tema previsto nos artigos 174 a 182 da Lei 8.112/90, que conexo à ética são vetores que informam o processo administrativo.

Para finalizar a análise das fases, destacamos que embora o processo administrativo seja um cânone abrigado sob as Leis 8.112/90 e 9.784/99, o que lhes oferece, certas vezes, um caminho dogmático e vinculado, essa condição não lhe extrai a possibilidade de ser analisado a partir da lente da eticidade e da principiologia.

Esta condição oferece ao processo, e principalmente à Comissão Processante e ao gestor, uma discricionariedade que, de certa forma, torna o processo menos rígido e mais humanizado. Todavia, é acertado não perder de vista, a cautela com a qual manejamos este poder, pois é no escoadouro da discricionariedade que o processo pode resvalar para injustiças, turvando seus principais objetivos. Passemos pois, a apreciar a ética como fonte tanto para a interpretação da lei quanto dos princípios, entendendo que essa matriz ética é um norte que, certamente guiará o iter processual do PAD.

2 ÉTICA NO DIREITO: POR UMA NOVA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Neste capítulo serão discutidas as novas roupagens que o Direito tem recebido a partir do século XX, principalmente no que diz respeito à interpretação principiológica e ética de seus cânones dogmáticos. Entendemos que, estes fatores têm reflexos no PAD, elemento quase sempre atado somente à Lei. Portanto, dividimos o capítulo em três momentos: no primeiro trazemos o papel da interpretação no século XX e XXI e a forma como dialoga com a ética.

Na segunda parte do capítulo abordamos a ética como matriz principiológica do direito administrativo e sua importância, inclusive para interpretar o direito com um olhar de alteridade ao outro e tentar exercitar a justiça restaurativa no Direito Administrativo. Nesta parte tecemos um diálogo com a teoria de Emmanuel Lévinas, principalmente no aspecto em que ele ressalta a sensibilidade como uma característica da relação do Eu com o Outro.

E por fim, na terceira parte do capítulo, fizemos um fechamento trazendo os conceitos de lealdade e *bona fide* processual, por entender que o exercício da eticidade vem jungido a esses dois vetores. Passemos pois, à análise da interpretação fazendo uma

introdução aos principais conceitos, para em seguida, tratar da hermenêutica como campo ético de ação.

A partir do século XX, conforme será visto adiante, pensar o direito e sua aplicabilidade nos remete, primeiramente, à extração de significados dos textos jurídicos para interpretá-los, sendo que, cabe ao leitor impulsionar o texto em uma dialogicidade múltipla fazendo-o descer do papel, pespegando à vida prática. Em visão semelhante, podemos destacar que, a interpretação tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de Direito. Neste sentido,

[...] a interpretação é orientada por princípios e regras e possui a sua técnica e meios para chegar aos fins colimados, [ela] é a aplicação da hermenêutica, pois esta descobre e fixa os princípios que regem aquela [a interpretação]. A Hermenêutica é portanto, a teoria científica da arte de interpretar (MAXIMILIANO 2003, p.1).

Embora no alcance doutrinário dado por Maximiliano os dois vocábulos hermenêutica e interpretação tenham significados desiguais e sejam diferenciados, neste trabalho usaremos a visão de Heidegger (2000), e Gumbrecht (2003) para os quais há uma concepção da unicidade desses substantivos. Maximiliano (2003, p.5) ensina que “[...] a aplicação do direito consiste em enquadrar um caso concreto a uma norma jurídica adequada, submetendo às prescrições da lei, uma relação da vida real”. Então julgamos que, interpretar é dar um sentido ao texto ou ainda, fazer hermenêutica dialogical.

Eis que, ao interpretar ou propor a aderência do fato à norma o leitor carrega algo de sua singularidade pessoal, isto por que, justapõe à interpretação uma gama de elementos que muitas vezes lhe são peculiares. Heidegger (2000, p.304) destaca que “[...] a investigação ontológica é um modo possível de interpretação [vista] como elaboração e apropriação de uma compreensão. Toda interpretação possui sua visão, uma concepção e uma posição prévias.”. Eis que, ao assim fazê-lo o autor destaca uma ação propositiva do intérprete, enquanto edificante de uma realidade textual.

E por assim dizer, a teoria das ações da linguagem pragmática dos textos enfatiza com maior vigor a estética da recepção do texto ao leitor, uma vez que um texto e seu conteúdo complexo podem abrigar uma multiplicidade de sentidos que carecem de maior subjetividade e atenção. Essa teoria enfoca o leitor como principal agente na interpretação e se contrapõe à atividade mecânica da leitura afastada, da interpretação

literal do texto, evento muitas vezes esvaziado de sentido, por que entende o papel do intérprete como um elemento anódino, esvaziado de importância, na leitura.

Assim, a pragmática linguística é uma relação entre formas e significados, e entre funções e determinadas contingencialidades do texto que se dá a ler, e que torna possível extrair suas compreensões através de entendimentos intrínsecos com elementos polissêmicos. É importante ressaltar que, o texto é um complexo invariável de signos linguísticos, formando um misto de multiplicidades e dialogicidades que vai se enlear a outros signos possibilitando ressignificações marcadamente frutos de seu tempo, e principalmente das idiosincrasias do intérprete.

Coura (2009, p.33) ao interpretar Heidegger (2000) nos ensina que “[...] a linguagem enfocada a partir da temporalidade do ser, revela-o como sentido que dialogicamente emerge em caminho necessário do encontro do ser, com o mundo”. Diante de tal assertiva é razoável afirmar que, o texto tem tamanha plasticidade e abertura para tragar o leitor, que é possível ao intérprete “[...] ler o texto, ser lido pelo texto e conseguir compreender o texto” (GUMBRECHT 2003, p.20). Daí que, diante de tal margem para esculpir discricionariedade ao texto, é importante que a interpretação venha acompanhada da eticidade, equilibrando assim sua diversidade e amplitude plurais.

Assim a interpretação é um construto profuso - do leitor como narrador - mergulhado nas sociabilidades de seu tempo e espaço, pois o texto é para ser lido e interceptado por fatos pretéritos e presentes que se inserem entre leitor e *script*, formando uma rede plurissignificativa. Desta forma, diz Gumbrecht (2003) que o texto é mudo, sendo que o intérprete a ele dá voz e o revela, e quando o faz tem uma carga de pressuposição e historicidades, pois ele próprio, enquanto leitor é fruto das sociabilidades de seu tempo.

A percepção de Gumbrecht (2003) sobre as interfaces do leitor com o escrito significa que, além do mergulho no interior da própria obra lida, é necessário a conexão dela com outros textos, para que se possa extrair seus significados e mensagens. Assim, uma leitura não se encerra em si mesmo, pois um texto é muitas vezes o resgate das relações sociais traduzidas por linguagens orais ou escritas, sendo que, na maioria das vezes o escrito traz implícito em sua trajetória o contexto histórico no qual foi gerado. Diz Gumbrecht (2003) que, as circunstâncias nas quais o texto se frutificou o enredam de tal modo que, seu conteúdo é uma reprodução - intencional ou não - do meio que o

abrigou, muito embora sua forma ou aparência queiram se apresentar desvencilhados desses elementos circundantes.

Daí que, o contexto, o texto e o leitor se fundem na interpretação, sendo que o intérprete é o polo irradiador dos significados, é ele quem vai excogitar o texto, traçando nexos entre conteúdo, forma, e sobretudo, com a vinculação a outros textos. Gumbrecht (2003) ao estudar a estética da recepção na leitura, defende um movimento que inverte a chave de importância do texto para o leitor, sendo que este, passa a ocupar o *locus* de maior importância na interpretação, pois ao interpretar se transforma em construtor de significados daquele *script* que corre diante de seus olhos. Desta forma, o leitor não é visto como executor passivo, por movimento contrário, em Gumbrecht (2003) o vento sopra de outro quadrante recolocando o leitor como agente ativo de elucidação do texto.

Desta forma, a interpretação vem lembrar que, na leitura não há esgotamento do sentido de um texto, logo a totalidade de sua compreensão não se alcança, daí que a estética da recepção propõe que os textos sejam lidos de forma horizontal, com a perspectiva de reconstruir novas formações históricas de sentido, revelando assim, outras disputas de significado e as lutas por espaço.

Ou, dito de outro modo, a leitura ainda faz brotar outros posicionamentos e argumentos evocados do passado histórico do leitor, estes por sua vez, carregam determinados significados e se enredam no interior do texto, então, há na leitura um compósito de pensamentos entre leitor e autor, nem sempre consonantes. Isto por que a riqueza de fontes do texto quase sempre tem a faculdade de semear inquietude no intérprete, plantar inteligibilidade pela dúvida, amalgamando certeza e dubiedade, pois o texto não é retilíneo, mecânico.

Desta forma, não há que se falar em univocidade de sentido em um texto à medida que as situações comunicativas são redes neurais pelas quais os sujeitos históricos transitam por diferentes espaços na sociedade, produzindo assim discursos diferenciados trazidos para o âmago dos textos. À luz da teoria discursiva é relevante compreender que as reflexões extraídas do texto, são interpretações que também ocorrem no contexto histórico, pano de fundo complexo de onde o intérprete abstrai significados.

Neste aspecto, a hermenêutica é o estudo da compreensão textual, no sentido de elucidar a significação através da leitura das linguagens, pois ela tem por objeto o alcance de

enunciados que os símbolos emanam, cada um deles situado em seu tempo cultural. Deveras, a decifragem do texto envolve pressuposições do intérprete, uma carga cultural que formula antecipadamente as visões do autor. Em Heidegger (2000, p.304) isso significa que

[...] uma interpretação ontológica deve liberar o ente na constituição de seu próprio ser. Para isso [a interpretação] vê-se obrigada numa primeira caracterização fenomenal, a conduzir o ente tematizado a uma posição prévia pela qual se deverão ajustar todos os demais passos da análise. Estes, porém, devem ser orientados por uma visão prévia do modo de ser dos entes considerados. Posição prévia e visão prévia, portanto, já delineiam simultaneamente, a conceituação para a qual se devem dirigir todas as estruturas ontológicas.

Ademais, o ser humano tem caráter temporal, ele é um indivíduo datado na história, profundamente marcado pelas tradições e hábitos das circunvoluções que o abrigam, portanto quando interpreta, o leitor mergulha em um legado ou herança cultural tanto de seu tempo, quanto do tempo e espaço do texto a elucidar. Isto por que as interpretações se fundam em concepções prévias não sendo jamais apreensões isoladas ou isentas de pressupostos, daí se poder afirmar que não há dicotomização entre sujeito e objeto interpretado, principalmente quando se toma como meio de decifragem, o linguajar.

A pessoa humana é fundamentalmente “memória e desvelamento do ser” (HEIDEGGER 2000, p.23). Então, ao falar em linguagem há de se considerar que, no desvelamento textual a noção de temporalidade vinculada ao intérprete é como se fossem marcas ou impressões injetadas no texto e ligadas ao seu entorno, portanto essas pulsões culturais são lateralizadas a quem lê e compreende um relato.

Diante de tais caracteres, é salutar dizer que a decifragem textual é contextualizada, e tendo essa particularidade, a interpretação é efêmera, característica de seu tempo e espaço, traduzindo uma qualidade de flexibilização ou mudança no entendimento. E diante de tal cenário tão volúvel, o elemento ético é componente desejável, para se postar ao lado do intérprete, como norteador de suas ações, pois ele próprio tem papel relevante no mundo, porém efêmero, falível.

Isto por que, tal qual o ser-no-mundo descrito em Heidegger (2005) como sujeito temporal e portanto transitório, a interpretação também tem a fugacidade como característica, sendo que essa veleidade interpretativa é marca relevante para ressignificar a própria ideia de verdade absoluta. Ademais, a interpretação é mesclagem que se funda em uma relação que envolve sujeito e objeto na pauta dialética da

compreensão que por sua vez sendo circundada pela historicidade se torna elemento volátil.

Essa carga etérea de informações, contém um sistema de valores móveis que acompanha o intérprete e o influencia na produção de resultados. Daí que, a interpretação além de ter o elemento veicidade, traz também uma circularidade móvel entre autor, leitor e história, que torna a interpretação ainda mais imaterial, e portanto, carente de eticidade. Sendo assim, Gadamer (2002, p.72) nos informa que há uma relação circular prévia pela qual “[...] devemos compreender o todo a partir do singular [...] e a antecipação de sentido que comporta o todo, ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, [serem] determinadas pelo todo, e [elas próprias] determinarem esse mesmo todo” que, sensatamente está circundado pela ética.

Daí se depreende que uma obra não é dissociada do intérprete, nem ele divorciado da ética, pois a compreensão do agente é dinâmica envolvendo um sistema de valorações e conceitos que o acompanham e formam sua historicidade, de maneira móvel no tempo e no espaço. Logo, a construção do conhecimento é dialética, influenciada pelas ideias anteriores do sujeito que são seus construtos culturais que o circundam; e por assim dizer quando o sujeito interpreta não está desvencilhado desses recursos, usando-os como um cabedal de conhecimentos para desvendar os textos, como um círculo que nutre e eleva a compreensão.

Gadamer (2002) influenciado por Heidegger (2000) ensina que o círculo da compreensão ou da construção do conhecimento é condicionado às ideias anteriores do intérprete, e ressalta que ao interpretar o leitor traz uma carga anterior cognitiva, de maneira que “[...] o próprio processo de construção [da intelectividade textual] já está dirigido por uma expectativa de sentido que provém do contexto anterior” (GADAMER, 2002, p.100).

Ao afirmar esse postulado o autor destaca que as ciências do espírito são inundadas por experiências vicárias, da historicidade e de engajamento cultural, pois a ciência é um conjunto de saber aderente ao *locus* histórico. Desta forma o autor defende que, a compreensão está repleta de visões prévias que ocuparão os espaços de assimilação do hermeneuta, e que apostas à obra analisada, interferem sobremaneira em seu desvelamento. Então os pressupostos e a própria obra formam um compósito interrelacional cujo resultado é o próprio entendimento ou análise.

Dito isto, é possível destacar que, a hermenêutica é mediação histórica, pois interpretar implica desvelar objeto e situação, uma vez que a obra não está dissociada do observador, assim como o examinador coexiste no mundo tanto quanto a obra, logo, no processo de análise, mundo obra e examinador se fundem em uma dialogicidade dinâmica que os envolve. Gadamer (2002, p.77) a partir do entendimento analítico de Heidegger (2000, p. 78) nos ensina que,

[...] a compreensão do texto permanece determinada pelo movimento pré-apreensivo da compreensão prévia da completude, que guia nossa compreensão, e mostra-se ela mesma cada vez mais determinada por um conteúdo. Não está pressuposta apenas uma unidade de sentido imanente, que direciona o leitor, também o entendimento do leitor está sendo constantemente guiado por expectativas de sentido transcendentais, que brotam da relação com a verdade do que se tem em mente.

Desta forma é salutar destacar que, as ações dos intérpretes do direito são carregadas de práticas e subjetividades por que a ciência jurídica é produto social, construída pelos vetores da comunidade que escreve as leis. Logo, a ciência do direito também é interpretada pelos leitores que lhes retiram do limbo e injetam vivacidade, impulsionando-a à materialidade.

Nessa relação dinâmica e por vezes discricionária, é necessário o acompanhamento da ética, principalmente por que o conhecimento humano é construído por saltos e rupturas, assim, o processo de interpretação jurídica acompanha a historicidade da humanidade e suas interlocuções com a própria lei. Daí que, o componente ético é fundamental na interpretação, cuidando assim que, em cada fenda da história, o direito esteja protegido.

A ideia de ética traz uma reaproximação do direito com os fenômenos materiais, fazendo emergir a ciência jurídica de seu limbo, e traçando um enleir com o fato posto à análise, assim destaca Barroso (2005, p. 24) que, “[...] na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que cabe analisar”.

É importante destacar que, no tempo hodierno, vivencia-se o fenômeno do neoconstitucionalismo ou neopositivismo, movimento que se aproxima da interpretação principiológica, conclamando a ética para o bojo da hermenêutica.

A pauta ética, na verdade, foi fortalecida no apelo da sociedade do pós-guerra ciosa por outros movimentos com conotações diferenciadas, que fossem capazes de solver as

demandas peculiares do século XX. Barroso (2006, p. 5) destaca que, no século XX o Direito Administrativo também sofre intensas modificações, pois não está isento dos cataclismos da modernidade. Isto por que diz Ohlweiller (2000, p.11)

[...] O Direito Administrativo hodiernamente deve passar por um aprofundamento hermenêutico. O Estado Democrático de Direito impõe um novo questionamento dos diversos institutos possibilitando nova perspectiva para temas há muito tempo já tratados pela dogmática jurídica.

Conforme aprofundaremos no próximo tópico, o Estado Democrático de Direito revisita uma série de cânones, dentre eles o processo administrativo, a interpretação e o controle jurisdicional. Sobre as características do Estado democrático de direito Sarmento (2005, p.xi) destaca que a dogmática jurídica sofreu profundas transformações de um conjunto de ideias que sob a denominação genérica de pós-positivismo ou principialismo, tem a perspectiva de superação do legalismo escrito.

Eis que, como superação do positivismo o Estado democrático de direito se articula com o pós-positivismo e se remodela, Sarmento (2005, p.xi) cita como exemplo dessas remodelações: “[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”.

Essas mutações no neoconstitucionalismo, tem reflexo no Direito Administrativo, e sobretudo no processo administrativo disciplinar, objeto deste estudo. Cambi (2010, p. 21) ensina que “[...] o neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais, trazem novas ideias que permitem revisar posições tradicionais, incapazes de transformar a realidade jurídica”.

Barroso (2005) destaca que são três os marcos delimitadores do neoconstitucionalismo: o histórico, o filosófico e o teórico. O marco histórico representa a ressignificação da ciência jurídica no final da segunda guerra mundial, foi neste momento pós guerra²¹ que valores como ética e moral se reaproximam do Direito. O marco filosófico que traça a linha limítrofe desse momento histórico está encartado no questionamento do

²¹A constituição da Alemanha ou Lei fundamental de 1949 e a Constituição da Itália em 1947 são elementos históricos demarcadores da transmutação constitucional.

positivismo com posterior ascensão do pós-positivismo.²² E por fim o marco teórico significa um misto, querendo a todos lembrar que essas mudanças se reuniram, se fundiram em uma gama de novas ideias²³ que vieram dar novos contornos à ciência jurídica.

No neoconstitucionalismo, destaca Ferreira (2009) que a Constituição adquire novo tónus, passando a representar junto às leis esparsas, o documento da mais alta relevância, isso representa a superação da noção reducionista de governo regrado e de garantias individuais formais. E por assim dizer, os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a quaisquer forças que o desejem contrariar.

Logo, continua a autora, a constituição passa a ser vislumbrada como força plural capaz de impulsionar o sistema jurídico, e assim o faz como núcleo interconectado com as demais normas que com ela são complementares e dialógicas implicando verdadeira sinergia jurídica que como tal demanda novas interpretações. Neste aspecto, a efetivação da Constituição exige a superação do positivismo jurídico e do formalismo processual exacerbado, como diz Cambi (2010, p. 21) “[...] é urgente despertar do sono dogmático para forjar o pensamento crítico indispensável para avançar o estudo do direito”.

Eis que o reconhecimento da importância da Constituição enquanto corpo jurídico de regras aplicadas à sociedade, conduz à ideia de que somente plasmar a ordenação jurídica em documento escrito, não significa assegurar direitos (FERREIRA, 2009). Então, é prudente que eles sejam interpretados conforme o momento político e o contexto social. Desta forma o neoconstitucionalismo representa importante aproximação entre direito e moral, significando também aderência entre direito e ética na perspectiva de rompimento com a legalismo escrito, demonstrando relevante sutileza com a leitura do direito sem ser contudo, metafísico. Isto por que a garantia constitucional dos direitos individuais não se restringe somente à aplicação de direitos defensivos clássicos. A garantia constitucional engloba uma ordem complexa de direitos.

²²O pós-positivismo é uma releitura do positivismo, uma vez que significa um conjunto complementar de novas ideias entre elas a argumentação jurídica e a leitura moral do Direito com aproximação da Filosofia.

²³Dentre essas ideias, destaca-se a nova interpretação constitucional, a expansão da jurisdição Constitucional e a força normativa da Constituição.

Ferreira (2009) ainda destaca que a aplicação do ordenamento jurídico por sua vez é inspirada na teoria da justiça trazendo à tona ideias de normatividade dos princípios uma vez que a forma da nova hermenêutica também se reaproxima da filosofia enquanto desenvolvimento edificante da dignidade pautada na expansão da jurisdição constitucional.

Logo, estão presentes no neoconstitucionalismo o afastamento da verticalização na interpretação do constitucionalismo clássico, uma vez que a abstratividade jurídica positivista celebra a técnica pura do direito. Pelo modelo puro, o ordenamento jurídico é vislumbrado de forma simplista qual um complexo de normas abstratas com forte ênfase no normativismo. Na verdade, diz Maximiliano (2003) que dada a complexidade dos fenômenos materiais, a lei tem dificuldade de exaurir em sua pauta, todas as minudências da vida, cabendo ao intérprete a sensibilidade para interpretar, e portanto,

[...] não há fórmula que abranja as inúmeras relações variáveis da vida; cabe ao hermenauta precisamente adaptar o texto rígido aos fatos, que dia a dia surgem, e se desenvolvem sobre aspectos imprevistos. Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elasticidade, alcance, ductilidade é a interpretação (MAXIMILIANO, 2003, p.29).

Sendo assim é de se destacar que vários fatores contribuíram para que, na segunda metade do século XX a Constituição passasse a ocupar o marco filosófico da compreensão do direito. Concordamos com Cambi (2010) quando lista dentre esses fatores, o declínio da escola da exegese, a avulsão da nova hermenêutica constitucional, a força normativa da Constituição e a natureza contratual do Estado, dentre outros aspectos. Guastini (2003, p. 43) por seu turno nos ensina que “o neoconstitucionalismo tem impacto principalmente na cultura legiscêntrica” desconstruindo o positivismo, daí a interpretação mais abrangente.

Cittadino (2004, p.34) ao conceituar o neoconstitucionalismo considera que na sociedade “existe uma transformação, um jogo mutável de forças plurais”²⁴ interagentes com os vários campos jurídicos, e principalmente com a Constituição. Esse compartilhamento, impulsiona, dá vida ao ordenamento, transmutando a morfologia jurídica, e por conseguinte, a estrutura da interpretação dos fenômenos materiais, transformando a Constituição em tessitura interpretacional aberta.

²⁴ Existe uma perspectiva interdisciplinar entre Filosofia do Direito e Direito Constitucional na perspectiva de atendimento dos direitos fundamentais uma vez que há polissemia entre os temas, daí a perspectiva plural do fenômeno de constitucionalização, inclusive buscando a viabilização de diálogo intercultural na sociedade globalizada.

Ferreira (2009) em acordo com a autora supracitada lembra que o neoconstitucionalismo é teoria antiformalista uma vez que demanda as necessidades de se estabelecer limites legais ao poder político e agregar valores capazes de remodelar interpretações a partir da conjugação da constituição com a sociedade. Logo, o novo paradigma que envolve a constituição representa a tentativa de aclarar os caracteres generalistas e de abstratividade do modelo racionalista, e tentar abrir dialogicidade sobretudo através da interpretação e do reconhecimento dos princípios constitucionais. Cambi (2010, p.88) ao definir a estreita relação dos princípios com o neoconstitucionalismo, os define como

[...] pilares axiológicos do sistema jurídico, e conseqüentemente [elementos] de força normativa imediata. Não exercem apenas a função secundária de preenchimento de lacunas na lei. São fontes primárias do direito, subjacentes às regras, expressando juridicamente os valores e os fins de uma sociedade.

Ocorre que, além do aspecto axiológico como elementos meramente informadores e esvaziados de eficácia, os princípios adquiriram neste novo paradigma um status de normas jurídicas. Robert Alexy (2008) um dos principais representantes da teoria neoconstitucional conceitua a categoria norma, como um tronco comum ou gênero donde emanam duas espécies normativas: as regras e os princípios, sendo que os princípios são valores elásticos que pairam heterônomos sobre as normas, iluminando por vias éticas seu caminhar. Nessa seara Maximiliano (2003, p.241) complementa que

[...] todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *substratum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, [ou ainda] uma série de postulados que enfeixam princípios superiores.

O Direito a partir da segunda metade do século XX já não cabia mais no positivismo jurídico, principalmente pela rigidez entre direito e norma e o alheamento com moral e ética. Santos (2012, p. 29) nos ensina que “[...] neste contexto a codificação estática restou superada por disposições abertas, normas fluidas cuja plasticidade trouxe como penhor a aderência a cada momento histórico numa perfeita adaptabilidade do contexto social com a ordem jurídica”. A autora destaca portanto, que os princípios viabilizaram a sincronia da ciência do direito com a dinamicidade do tecido social.

Neste aspecto surge com o ímpeto de uma superação do convencionalismo e a aproximação de outras modelagens mais dúcteis, assim o pós-positivismo além de reavivar os contornos da lei, se harmoniza também com outras fontes do Direito. Nessa esteira doutrinária, Barroso (2006, p.28) destaca com propriedade que,

[...] o constitucionalismo moderno promove assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre Direito e Ética. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, materializam-se em princípios.

As considerações elencadas acima dão conta que os princípios são cânones que iluminam o direito e que por tanto encartam valores indefinidos, pois segundo Alexy (2006), eles são mandamentos de otimização, ou como queira Barroso (2006) são normas que determinam que uma medida seja aplicada da maneira mais completa possível, dentre as possibilidades jurídicas e fáticas admitidas no caso concreto.

Assim, entender a interpretação como operação mental intelectual que abriga o elemento principiológico é entender que o Direito tem uma roupagem plástica, aberta ao diálogo, pois os princípios são dotados de ação prospectiva, dinamizadora. É oportuno aqui destacar ainda, a forte carga valorativa e axiológica dos princípios que reforçam o conceito dúctil do Direito, exigindo assim uma aproximação com a ética e a moral. Examinemos pois, a concepção de Barroso (2006, p.29) sobre a temática:

[...] os princípios passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia de uma sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão harmonia ao sistema integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.

Maximiliano (2003, p.241) esclarecendo o alcance dessa assertiva ressalta que os princípios “[...] constituem as diretivas ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica”. Se é deficiente o repositório de normas, continua o autor, se este não oferece explícita ou implicitamente o meio para regular e solver o caso concreto, é recomendável que o intérprete proceda de cima para baixo, do geral ao particular, diga-se então que, sensatamente, recorra aos princípios.

Deveras, as bases doutrinárias de Maximiliano (2003, p. 241) destacam que, “[...] alteia-se o aplicador do direito desde os fatos mais mezinhos da vida diária até a cúspide do saber profissional; da realidade terra a terra ele ascende às razões econômico-sociais; age, enfim, como jurista sociólogo”.

Assim os princípios são guias para o intérprete, pois é desejável que este, se encaminhe pela identificação do maior princípio que rege o tema apreciado, vergando do mais genérico ao específico, fazendo assim um percurso vertical descendente, sem ser todavia, dogmático, pois a interpretação principiológica ao mesmo tempo que dá a impressão de descenso vertical, pode ser também mais horizontalizado. Isto por que diz

Bastos (1997, p.13) “[...] os princípios são mais projetores de critérios interpretativos que receptores”. Dentre a diversidade destes, que muitas vezes são contraditórios, é recomendável que se dê preferência aos que melhor se amoldem ao caso concreto.

Com efeito, o princípio se amolda à norma, para permitir seu preenchimento de acordo com os valores que o princípio emana, há portanto uma relação simbiótica que confere coesão ao sistema. E de fato, da análise empreendida por Usera (1988, p.56) se pode deduzir que,

[...] los principios actúan básicamente de contraste a la rigidez del legalismo, en tanto en cuanto la concreta disposición no debiera nunca interpretarse em virtud de si mesma, sino em aras de la realización, a través de ella, de determinados fins recogidos, precisamente, em los principios.

Para concluir, Barroso (2006) diz que a constituição passa a ser vislumbrada como um sistema aberto de princípios e normas permeável a valores supra positivos, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Isto por que os princípios contem normalmente uma carga maior valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante.

Em sede de direito administrativo, essas características principiológicas da interpretação se perfazem ao mesmo tempo como um elemento assertivo na perspectiva de nutrir o processo administrativo disciplinar, mas que também podem se configurar como elementos lesivos, dada sua alta plasticidade²⁵. Assim as construções abstratas, as constelações de termos indefinidos tão comuns no direito administrativo, quando se amalgamam aos princípios, é sensato que sejam manejados com cautela e alteridade para que sua combinação não resulte em flagrante injustiça aos jurisdicionados.

Em verdade, a hermenêutica no Estado Democrático de Direito concedeu uma pauta elástica de interpretação principiológica e isso de certa forma impulsionou o Direito Administrativo, fazendo dele uma rede horizontal que dialoga com outros campos e outras ciências. Todavia, tanta plasticidade, decerto que, envolve maior carga de discricionariedade, situações que requer na pauta do Direito, uma maior interlocução com a ética, que na verdade sempre esteve presente no cenário da ciência. Para demonstrar tal assiduidade, no próximo tópico trazemos breve recuo histórico da ética,

²⁵ No direito administrativo há termos genéricos, expressões abertas, plásticas, cujo conteúdo pode abrigar uma gama de infinitas adjetivações. Leonel Ohlweiller cita, além dos princípios, por exemplo, os termos indeterminados: interesse público, razoabilidade, etc. que por sua ampla indeterminação linguística, podem representar no processo administrativo disciplinar, um perigoso viés intelectual.

desde a Grécia Antiga até nosso tempo, para demonstrar como ela é necessária ao Direito Administrativo, principalmente ao tratar de PADs. Vejamos de que forma.

2.1 ÉTICA: DA ANTIGUIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao tratar da aproximação do Direito Administrativo com a ética no Estado Democrático de Direito, temos a destacar que, embora essa temática tenha recebido, na uma última década, grande foco dentre os pesquisadores neoconstitucionalistas²⁶, na verdade a ética sempre esteve muito presente e em uma relação de colateralidade com a ciência jurídica. O que acontece, certamente, é que em alguns momentos da história ela foi considerada protagonista, mas em outras fatias temporais, decerto fora relegada ao plano secundário.

Portanto, julgamos necessário e premente seu resgate, “[...] como um desafio de mobilizar uma profunda e rigorosa revisão dos fundamentos [...] nos quais os indivíduos são equalizados em função do valor de troca do mercado” (SANTOS, 2009, p.20). É bom destacar que, quando o autor relata o termo mercado faz uma metáfora da sociedade que deseja, com veemência, escarnecer e dispor em cena pública, a administração. Ocorre que, mesmo reconhecendo a necessidade de transparência cristalina no serviço público, é de boa recomendação que a ética e sensibilidade estejam contíguas aos atos administrativos, sob pena de afligir desnecessariamente a dimensão humana dos sujeitos envolvidos, principalmente em processos administrativos.

Neste tópico discutimos a eticidade e sua presença na comunidade desde os tempos antigos, para demonstrar que a ética está presente e sobretudo é de bom grado que seus contornos sejam reacendidos no Estado Democrático de Direito. Para tanto, traçamos breve observação sobre o conceito de ética no trabalho dos filósofos, abordando como cada um deles tratou a temática em seu tempo. Aqui não se teve a pretensão de discutir a pauta complexa e necessária da filosofia, mas sim demonstrar brevemente nela, como o conceito de ética esteve incluso em cada momento da história, para enfim destacar sua importância no Direito Administrativo de nosso tempo. Passamos à análise.

²⁶ Dentre outros, destacamos Luiz Roberto Barroso, Gustavo Binbenbujm e Flávia Piovesan.

Desde Platão (428-348 a. C) ao descrever os diálogos socráticos as discussões sobre a ética estão presentes, sendo que Platão ao interpretar o filósofo Sócrates (470-399 a. C.), destacou que seu mestre levantou relevantes questões que a filosofia discute até hoje, tais como os conceitos envolvendo a palavra ética, o entendimento desses conceitos e os critérios para aplicação em situações concretas. Como se pode verificar a temática envolvendo ética remonta aos gregos, e já naquele momento se perfaz como importante ferramental para o Estado, que por sua vez exige dos cidadãos na *polis*, o exercício de condutas aderentes às virtudes.

Marcondes (2007, p.17) nos ensina que “[...] se a ética depende de virtudes inerentes à natureza humana ou se estas podem ser adquiridas ou ensinadas, são alguns dos problemas encontrados nos diálogos socráticos”. Eis que Sócrates, interagindo com a escola sofística de seu tempo, ensina Bittar (2007), conduz a discussão ética para a dimensão da sabedoria, cuidando de acentuar a preocupação da ética com a formação e educação da alma.

Com o filósofo Górgias, por exemplo, Sócrates é enfático ao proferir que o indivíduo que comete injustiças e causa dano a outros, será visto como perverso e isso será negativo para sua reputação na sociedade. Sem dúvida, é possível afirmar que esta seria uma das primeiras informações sobre ética, desenvolvida por Platão, que na obra *República* retoma o tema apresentando longa discussão sobre a degeneração da democracia ateniense. Temos na obra um elevado grau de relatos sobre a justiça e a ética com dimensões complementares entre política e as ações da conduta humana na *polis*. Ao tratar das ações do homem, Platão não se esquivava de discorrer sobre a natureza desse homem, e o faz considerando sua vivência política na *polis*.

E assim ao discorrer sobre a natureza humana na cidade grega, Diz Marcondes (2007) que “[...] Platão faz uma analogia entre os tipos de governo (timocracia, oligarquia, democracia e tirania) e o governo da alma”. Apresenta também três tipos de homem: “o governado pela razão, [...] pelo desejo de glória, [...] pela ambição de riqueza” (MARCONDES, 2007, p. 36). Platão conclui que o senso racional é o mais adequado, pois se a conduta ética depende do autocontrole, então o homem governado pela razão, sensatamente é o que predomina. Bittar (2007) por seu turno, ressalta que Platão faz residir na transcendência do mundo das ideias, o bem – fundamento da ética e modelo de conduta humana para a arquitetura das relações sociais.

Em Aristóteles (384-22 a. C.), a ética e a política pertencem ao saber prático denominado prudencial por ter como faculdade o comedimento, eis que em alguns casos, ensina Marcondes (2007, p.39) que “[...] o termo grego *phronesis* é traduzido como razão prática ou capacidade de discernimento”. Aristóteles centra sua obra na ideia de uma ética teleológica, cujo fim precípua é a felicidade, realizável pela prática da virtude. No que consiste essa característica e como ela pode ser alcançada parecem ser as questões nucleares na obra “Ética a Nicômano”, na qual Aristóteles examina a natureza humana e suas características definidoras do ponto de vista ético: as virtudes.

Considerado como o primeiro tratado de ética da filosofia ocidental, a obra supracitada é pioneira ao abordar uma análise sistemática sobre normas e princípios que regem a ação humana. Não é de se surpreender que para Aristóteles, a virtude não é inata, mas resultado de hábitos (*ethos*, raiz do termo ética), ou seja, é necessário pôr em prática, exercê-la em sua plenitude para que os homens se transformem em sujeitos virtuosos.

Santo Agostinho (354-430) por sua vez, discute a ética e a natureza humana a partir do caráter inato da virtude, e dentre as questões que aborda, está a compulsão do homem de agir para o mal e a escolha ou autonomia de não fazê-lo. Sobre o tema Marcondes (2007, p.54) desataca que “[...] o livre arbítrio ou liberdade individual é a característica do ser humano que o torna responsável por suas escolhas e decisões”. Desta forma, o mal moral resulta de um elemento de *voluntas* e intencionalidade que se perfaz por atos conscientes.

São Tomás de Aquino²⁷ (1224-1274) considera a ética aristotélica para ampliar e se contrapor ao conceito de vontade agostiniana, pois São Tomás parte da concepção de virtude em Aristóteles, considerando a natureza do homem capaz de aperfeiçoamento, assim é interessante destacar que no tratado sobre o homem, contido na summa teológica, “[...] São Tomás também discute o livre arbítrio (*libero arbítrio*) em termos de liberdade do ato voluntário, como escolha racional [...] e pressuposto da ética enquanto possibilidade de optar pelo bom em detrimento do mal” (MARCONDES, 2007, p.64).

²⁷A summa teológica, a principal obra de São Tomás aborda as principais questões de filosofia, tais como conhecimento, verdade e virtudes.

Desde os gregos, até hoje na sociedade complexa tem avultado alguns problemas de configurações intrincadas que desafiam a ciência jurídica de cunho clássico²⁸, daí que a ética tem sido tema amplamente discutido, antepondo-se como via para facear o repto da modernidade, isto por que ao tomar a ética como veículo, seu direcionamento conduz à reflexão dos valores adotados na sociedade e a forma com que as pessoas se conduzem diante desses vetores.

O filósofo René Descartes (1596-1650), considerado um dos fundadores da filosofia moderna, embora tenha se debruçado sobre o conhecimento e o método científico, não abandonou as questões sobre ética e natureza humana. Em sua obra “O discurso do método” traçou algumas linhas sobre a fundamentação da ética, não obstante sua preocupação com o tema o faz pelas vias da concepção cartesiana. E assim, segundo Marcondes (2007, p.72) Descartes nos brinda com “[...] regras para a moral provisória”, e assim as regras do método cartesiano aplicado através dos princípios da evidência, da análise, da síntese e da verificação apontam para a ética cartesiana como uma ação prescritiva.

Benedito Spinoza (1632-1637), na mesma linha de Descartes, descreveu a ética segundo o método geométrico, em uma obra de metafísica que parte da ontologia. Nela o autor desenvolveu uma teoria sobre a natureza humana e a conduta ética tratando os dois temas através de um processo lógico. Para ele, “[...] o bem é caracterizado como aquilo que conhecemos como útil [...] e a virtude aquilo que contribui para a autopreservação do homem” (MARCONDES, 2007, p.78).

Francis Bacon (1561-1626) John Locke (1632-1704) e David Hume (1711-76) fazem parte do movimento empirista que tem a tradição como guia, Bacon defende o método experimental. Locke desenvolve um modelo antiespeculativo e antimetafísico considerando a mente como uma folha em branco ou tabula rasa, na qual a experiência escreve suas marcas, então para ele a ética é conhecimento adquirido e desenvolvido pela linguagem e significado. Segundo ele “[...] as ideias são signos mentais, e as palavras são signos das ideias [...] então a semântica ideacional é a representação da ética” (MARCONDES, 2007, p.181).

²⁸Na asserção aqui utilizada a ciência jurídica clássica significa modelo positivista que tem em sua maioria das vezes, como fonte, apenas a legislação.

É importante destacar que além dessas premissas, os autores Descartes e Bacon são dois autores fundamentais representantes do “[...] fundamento racional da modernidade” (KROHLING, 2011, p.47), eis que pertencentes ao período renascentista, os dois podem ser descritos como ícones do corte histórico entre o modelo helenocêntrico antigo e a época moderna, continua Krohling (2011), pois com eles são desenvolvidos os dois paradigmas da modernidade: o racionalismo matemático dedutivo e o empirismo científico-natural indutivo que irrigaram o iluminismo. Assim, na esteira do pensamento racional emerge a revolução industrial que de certa forma pavimentou a estrada para fortalecer a economia capitalista.

Esses vetores estão em sintonia com o desenvolvimento da filosofia moral kantiana, abordando a filosofia moral, para quem alguns autores tais como Krohling (2011), consideram o “modelo utilitarista”, isto por que na visão de Kant “[...] a ética é estritamente racional” (MARCONDES, 2007, p. 213).

Na verdade, Emmanuel Kant (1724-1804) foi um dos maiores pensadores do fenômeno ética, na época denominada modernidade, pois com sua obra crítica da razão pura, centrou suas ideias sobre a investigação da razão, descrevendo o modo como opera. Diz Marcondes (2007, p. 93) que “[...] o pressuposto fundamental da ética kantiana é a autonomia da razão, tanto que na obra “Fundamentação da metafísica dos costumes” Kant formula seu célebre princípio do imperativo categórico: “age de tal forma que sua ação seja considerada norma universal”. Daí a acusação do formalismo ético frequentemente lançada sobre o autor, já que este princípio não estabelece o que se deve fazer, determinando apenas um “[...] critério geral para o agir ético” (MARCONDES, 2007, p.213).

Bem verdade, o utilitarismo como corrente de pensamento no campo da ética e filosofia política, tem seu florescimento principalmente nas ideias do pensador Jeremy Bentham²⁹ que formulou o princípio da utilidade como critério do valor moral de um ato, e de acordo com ele “[...] o bem seria aquilo que maximiza o benefício e reduz a dor ou sofrimento” (MARCONDES, 2007, p. 127). Sendo assim será de maior valor do ponto de vista ético, as ações que possam beneficiar o maior número possível, de

²⁹ A teoria utilitarista de Bentham e Stuart Mill focada no critério quantitativo e nos resultados encontrou abrigo no sistema capitalista. A obra *Panoptico* de Jeremy Bentham foi uma recomendação para a humanização do sistema carcerário inglês, e um modelo para construção de escolas e hospitais.

peças. Trata-se portanto, de uma visão que mensura as atividades e seus fundamentos éticos a partir da produção de consequências ou resultados.

Assim, o tema ética, no século XX a partir do Estado Democrático de Direito, foi tratado por diversos autores dentre eles Max Weber³⁰, Sigmund Freud³¹ e Michel Foucault³², importantes pensadores dos campos da filosofia, sociologia e psicologia, cujas importantes contribuições para a ciência jurídica são até os dias de hoje reverenciadas. Isto por que o *corpus* doutrinário sobre ética desenvolvido pelos autores acima citados é relevante arcabouço teórico que fornece sustentação à prática cotidiana das organizações, na atualidade.

A filosofia do Direito, nos tempos atuais, promove a reflexão ao condão das regras morais, ao ponto de Mariá Brochado (2006, p. 14) afirmar que há alta carga de “eticidade no fenômeno jurídico”, uma vez que o direito é sobremaneira ação axiológica.

Logo, no Estado Democrático de Direito o fenômeno da eticidade se faz mais fortalecido. Brochado (2006) por seu turno ensina que a ética “[...] é a realização objetiva da ideia universal da essência humana, considerando a moral e o direito o lado subjetivo dessa realização”. Para Brochado (2006, p.45) não há como divorciar a ética do direito pois este é concebido em

[...] uma comunidade ética: o Estado, que busca o bem supremo [o interesse público, o bem estar da coletividade]. E a realização dele advém das atividades que os indivíduos adotam segundo o senso da ideia ética universalmente determinada que se chama virtude.

Krohling (2011) na mesma linha de pensamento ressalta que, no Estado Democrático de Direito, as virtudes decorrem da consciência, então a ética “[...] é a reflexão crítica sobre escolhas ou decisões entre fazer ou não fazer (KROHLING, 2011, p.29). A ética tem por objetivo tornar possível e respeitosa a realização das pessoas, de modo que o ser humano chegue a realizar-se a si mesmo como tal. Desta forma ética significa sempre cuidado e respeito à alteridade do outro.

Na obra de Aristóteles, diz Krohling (2011, p.23) “[...] o sábio usa a reta da razão buscando o justo meio, isto é, a virtude [se alia] com prática da ética como fortaleza”.

³⁰ Em Ética Protestante e o Espírito do capitalismo o autor explica essa relação.

³¹ Na obra o Mal estar da civilização, estão demonstrados de maneira bem detalhada, essa vertente.

³² Quando o autor fala da História da sexualidade, relata de forma mais acurada essa temática.

Logo, a ética aristotélica é a ética³³ do bem e a finalidade da *práxis* humana, conjugada pelo cuidado com o outro. Eduardo Bittar (2007, p.3) por seu turno, destaca que o direito é fenômeno humano, virtuoso, então diz o autor “[...] a ética encontra na mais robusta fonte de inquietações humanas, o alento para sua existência. É na balança ética que, prudentemente, são pesadas as diferenças, as ações humanas”.

Do que foi visto neste breve mergulho histórico, imperioso é para o direito a fonte da eticidade. Ao tratar de processo administrativo essa necessidade é premente já que os profissionais exercem conduta suscetível de oferecer aos processados uma pena ou sanção.

Portanto, não há que se negligenciar ética e o fenômeno moral do processo administrativo, como faz a cultura legiscêntrica agrilhoadada ao solipsismo, certas vezes esquivando-se de utilizar a interpretação principiológica. Então ao afastar a ética do processo administrativo, negligencia-se o outro. E por via contrária se cria o ser “[...] processante, imóvel, imperturbável como uma cultura prévia inquisitorial em desfavor do processado” (NERY COSTA, 2003, p.25), fato que fere seus direitos fundamentais de defesa, no processo.

Todas essas modalidades de apuração de faltas disciplinares almejam uma gestão pública socialmente responsável e dinâmica. Mas a temeridade de uma resposta impetuosa, pode por vezes causar sérias distorções. Daí o poder de império do Estado que no afã de gerar atividade administrativa eficiente e demonstrar moralidade à sociedade, pode ferir os direitos e garantias fundamentais dos administrados envolvidos no processo.

Ressalte-se ainda que, o paradigma do Estado Democrático de Direito supera o formalismo, rompe com a ideia de Constituição programática ou mera exortação moral (BOBBIO, 2002). Destaca ainda que, é razoável a compreensão do Direito ser submetida à força normativa da Constituição e seu caráter principiológico, dialogando com a Lei, a moral e a ética³⁴, tendo como núcleo axiológico a dignidade da pessoa

³³ Mariá Brochado (2006, p.47) ensina que o direito (objetivo) vige no interesse do todo, e os direitos (subjetivos) vigem no interesse das pessoas, mas sobre a base do direito comum. O todo é a coletividade (todo social) ordenada eticamente. O todo ético é o modo de viver do todo social, que tem seus órgãos manifestos como direito e moral.

³⁴ Bittar (2006) ressalta que a prática ética deve representar a conjugação das atitudes permanentes de vida, que se construam interior e exteriormente, atitudes gerenciadas pela razão e administradas perante os sentidos e apetites. Assim fala-se no bom governo da coisa pública, quando não somente de boas

humana. Então, é desejável que no processo disciplinar sejam observados elementos complexos tais como a Lei, os princípios constitucionais, os princípios processuais civis, e a ética.

A administração pública é iluminada pelo princípio da supremacia do interesse público, considerado pedra de toque ao atendimento dos anseios da sociedade. Este cânone³⁵ proclama a vontade do coletivo enquanto fator exponencial, daí que, firma a prevalência do Estado sobre o particular. De caráter formalista, a supremacia é pressuposto de uma ordem considerada hierárquica e estável, de maneira que o órgão público tem posição privilegiada pois está adstrito ao zelo da *res* pública e ao interesse público³⁶. Autores mais clássicos tais como Celso Antonio Bandeira de Mello e Helly Lopes Meireles, defendem essa posição de privilégio como forma de organização legal do Estado.

Pela corrente tradicional o poder público encontra-se em posição de autoridade e comando acima da sociedade, em uma verdadeira relação de assimetria. Esta ação de *autoritas e potestate* são delegadas pelo Estado aos órgãos públicos para o exercício do poder de império para gerir a *res publica*. Porém, não se pode esquecer que esta visão mais clássica da administração pública foi firmada pelo pensamento do direito público francês, que influenciou a corrente administrativista pátria.

E se as demais áreas do Direito no paradigma da sociedade atual foram transformadas, o mesmo não se pode deduzir da área administrativa, que continua com sua doutrina advinda do Estado Liberal³⁷. Daí que o processo administrativo, herdeiro da tradição liberal permanece com resquícios do Estado contratualista, e detém poderes de império consentâneos à sociedade neutral do século XVIII. O processo administrativo nascido no bojo do direito administrativo é ato de força, com vistas à punição, daí seu caráter de aplicador de penalidades.

A conduta ética diz respeito ao cotidiano e o bom agir em sociedade, mas sobretudo, por que etimologicamente, diz Marcondes (2007, p.9) a palavra ética “[...] origina-se do

intenções se constrói o espaço público. Diz-se que a prática de condução das políticas públicas é ética se se realizarem atitudes positivas em prol da coisa pública.

³⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello também se posiciona nessa direção.

³⁶ Sobre o tema Joaquim Gomes Canotilho trabalha com maestria, estabelecendo bons comentários.

³⁷ A noção de Estado Liberal dada por José Joaquim Canotilho é a do Estado com leis codificadas, com forte prevalência do poder legislativo. Essa estratégia remonta ao início do século XVIII na França, e foi desenvolvida principalmente para proteger o Estado da volta da monarquia.

termo grego *ethos* que significa o conjunto de costumes, hábitos e valores de uma sociedade”. Explica o autor que os romanos a traduziram para os termos em latim *mos*, *moris* (que mantem o significado de *ethos*), dos quais advém o vocábulo *moralis*, que originou a palavra moral em português.

Partindo da ideia de Marcondes (2007) os conceitos de ética e moral, diz Krohling (2011), vem sendo usados quase que como sinônimos, quando na verdade tem uma etimologia diferenciada. Krohling (2011) destaca que para evitar desalinho semântico seria interessante demarcar os dois substantivos, embora já destacando que eles não se excluem. Assim, por uma questão pedagógica melhor seria “[...] intitular a deontologia profissional como conjunto codificado de deveres impostos aos profissionais de uma determinada área, no exercício de sua profissão” (KROHLING, 2011, p.18). Sendo assim, complementa o autor, o que se chama de ética profissional poderia ser denominada de moral ou conduta deontológica.

Isto por que a moral ou *mores* enquanto hábito se remete à prática ou conduta reiterada, então sua esfera é mais circunscrita ao cotidiano, aos afazeres demarcados pela rotinização das profissões, principalmente. Bem verdade é que, o termo moral “[...] é um sistema de condutas, costumes, regras e valores que regulamentam as relações mútuas entre os indivíduos ou dentre estes e a comunidade” (KROHLING, 2011, p.18). Esse conjunto de atuações sociais são historicamente construídas tendo portanto um valor socialmente aceito pelo grupo.

Etimologicamente, diz Elizete Passos (2011) os dois vocábulos ética e moral se equivalem, embora possuam origens distintas e significados diferentes, pois se termo moral equivale a *mores*, que significa costume, conduta, modo de agir; o vocábulo ética vem da matriz grega também expressando ação humana.

Assim, a ética se encontra nas mais robustas fontes da ação humana, como também é nutriente que reforça a conduta imprimindo a ela, principalmente, o elemento de cuidar, de ter zelo com o outro. Contudo, para alguns autores dentre os quais Krohling (2011), Vásquez (1975), admitem que apesar da tênue distância entre os vocábulos são eles pertencentes a esferas diferenciadas, embora com realidades afins. Isto por que a moral enquanto norma de conduta refere-se às situações cotidianas, particulares, já a ética

embora não tenha papel punitivo como a endonorma e a perinorma³⁸, é na verdade censor da moral, e censor das próprias leis.

Para o filósofo grego Aristóteles, continua Krohling (2011) a palavra ETHOS (escrito com letras maiúsculas) é costume, hábito ou valores culturais socializados de geração a geração através de tradições. Então eticidade e moralidade se equivalem como exercício da liberdade e voluntas humana, e neste aspecto “[...] a ética seria a filosofia da moral, [que por sua vez] seria a raiz ou o princípio originário e diretriz da moralidade” (KROHLING, 2011, p. 19).

Em sentido amplo, destaca Marcondes (2007) que a ética impele a inquietação sobre determinar o que é certo ou errado, adequado ou não, de acordo com o conjunto de normas e valores legitimados na sociedade. Em princípio, os seres humanos são livres para agir, porém alguns encargos legais, morais ou de cunho ético limitam essa pauta de autonomia, visando a felicidade e bem comum, atributos essenciais da polis, já citados em Aristóteles na obra *Ética à Nicômano*.

Daí que a ética como condição de balizamento ou de determinação de deveres, designa certas condutas que servirão de parâmetros para avaliar se o ato emanado está condizente com os elementos comunidade (lócus), temporalidade (tempo), e organicidade (situação). Sendo assim o vocábulo ética e seu exercício implica uma aproximação com a ideia de ação conjunta, sincrônica; esta, por sua vez tem uma condição primeira de refutar decisões individualistas, apontando mais para o elemento comunhão e cuidado consigo mesmo, e com o outro.

A partir de Martin Heidegger (2008) a ideia do cuidado se inscreve na literatura sobre ética, significando que cuidar, no sentido de “ocupar-se de” transmite a noção do desvelo como um “fenômeno ontológico existencial” (KROHLING, 2011, p.20) traduzido em atitudes de respeito e dignidade ao outro. Desta forma, já de início se refutam os atos atomicistas de pensamento isolado da ciência e da conduta humana, privilegiando um pensar mais inclusivo e horizontalizado.

Daí que na área jurídica, quando nos debruçamos sobre a condição teleológica do processo jurídico, acompanhado a essa característica de buscar resultados, há que se ter

³⁸ Na classificação de Carlos Cossio (1939), a endonorma é a descrição do dever, ou norma primária. Já a perinorma ou norma secundária é a sanção aplicada caso haja descumprimento de dever.

em mente também a conduta dos profissionais de direito em perscrutar decisões justas. Nesse aspecto, há sem dúvida um entrelaçamento da ética no *iter* processual, obrigando que tanto as ações dos sujeitos no processo sejam as mais adequadas, quanto o próprio processo seja manejado pelas vias de valores humanísticos que obrigam a tratar o outro de forma justa e respeitosa, abrigando dessa forma os vetores da ética, da alteridade e da boa-fé.

Sendo que, a presença do tríduo supracitado nutre a pauta processual significando uma bússola a apontar rotas e destacar determinados desvios para que haja necessárias correções. Com isto, vejamos como se pode analisar o processo administrativo e seu percurso dogmático, mitigado na discricionariedade com “uma [...] interpretação em chave ética” (SANTOS, 2009, p.20), já que como o autor supracitado, consideramos a ética como uma camada ontológica sobre a falta de sensibilidade.

2.2 ÉTICA COMO RAIZ FONTAL E PRINCIPIOLÓGICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Em um mundo plural como o que se apresenta hoje aos olhos dos profissionais do direito, ensina Herkenhoff (2003, p.85) que seria “[...] acertado rejeitar propostas éticas que se restrinjam apenas a um credo ou a uma filosofia particular”.

Assim, continua o autor, há um elenco de valores fundamentais que se desdobram e criam outras virtudes nos vários domínios da ética e que criam com ela uma pauta semelhante a um rizoma, que se desdobra em miríades de outros elementos. Essa diversidade interpretativa é salutar ao processo administrativo disciplinar por que traz uma pauta diferenciada de temas colhidos tanto da legislação, quanto da doutrina, nos quais a comissão haverá de considerar.

Tomando a intelecção de Herkenhoff (2003), o autor destaca que, não pretende exaurir o tema e nos brinda com lúcida pauta de direitos humanos que considera como valores morgados da sociedade, verdadeiro patrimônio de virtudes fundamentais que são caminhos a percorrer pelo direito, na perspectiva de alcançar objetivos éticos. Vejamos quais as categorias citadas pelo autor:

[...] a dignidade de todos os seres humanos sem exceção; o sentido de igualdade de todas as pessoas e a recusa de privilégios; a exigência de condições sociais concretas que efetivem a igualdade de modo que não seja uma promessa vã; a proscrição de todos os preconceitos e exclusões; a proscrição das marginalizações sociais; [...] o sentido de justiça na sua maior amplitude; o direito de todos à proteção da lei; os valores democráticos; a fraternidade e a tolerância (HERKENHOFF, 2003, p. 86).

Desta forma, é possível destacar através dessa cartela humanitária com a qual nos brinda Herkenhoff (2003), que a ética expressa os valores da verdade, em especial no tocante aos elementos mais fundamentais da natureza humana, o que para Matos (2008, p.9) está assentado no “[...] respeito à vida, à dignidade humana, à liberdade, ao trabalho e ao bem comum”, elementos importantes a considerar no processo administrativo, insculpido que está este, na pauta de direitos fundamentais e defesas constitucionais.

Destaca Herkenhoff (2003) que, os valores encartados na pauta fundamental são aderentes à justiça e clamam por seu abrigo, logo a ética é predisposição da ciência jurídica, pois ela é fonte onde o direito colhe seus principais elementos vetores, e que ilumina os processos jurídicos na persecução de seus objetivos. Então, se desejarmos formular um direito que se posicione como instrumento de justiça, é fundamental que, a ética seja componente pertinaz no percurso e esteja subjacente em cada uma dessas proposições que iluminam a conduta dos profissionais da área jurídica.

Assim, sendo a eticidade do fenômeno jurídico característica orgânica, desejável portanto que seja estruturada em três formas ideais: o bem supremo, concebido por ele como a realização universal do homem; a virtude, atividade individual livremente usada no sentido de ideia; e o dever, limitações impostas pela virtude.

Os três elementos acima descritos formam um conjunto harmônico nutrido pelo bem agir, e principalmente pelas circunscrições lindeiras que são na verdade, determinações que a ciência jurídica estabelece como encargos para melhor elevar a sociedade e a boa convivência social. Não obstante ter alcançado o direito, esse patamar de coercibilidade, é consagrada na Filosofia de Direito, “[...] que a moralidade [e a ética] são paradigmas aos quais o direito se submete” (BROCHADO, 2006, p.169).

Isto por que, se o direito nasce do mesmo espírito do qual nascem os deveres, ao flanco da lei e da doutrina, também são estabelecidas as deontologias ou condutas morais, destacando que seria desejável que elas estivessem irrigadas pela ética. Desta forma, é possível destacar que, a ética é raiz ou princípio fontal que irriga tanto a lei quanto à

própria doutrina, e principalmente os aspectos deontológicos da moral. Daí que, não se pode conceber condutas prescritas em lei ou em códigos deontológicos, divorciadas do elemento ético por que eles são elementos descritivos ou factuais, referindo-se à maneira adequada de ação de determinado grupo profissional.

Eis a assertiva de Srour (2008, p.14) lembrando que “[...] do ponto de vista moral os usos [e costumes] reconhecidos e socialmente sancionados” em determinada sociedade, se denomina comportamento moral ou ético. O autor continua explicando que, a ética também pode ser descrita na acepção prescritiva ou normativa enquanto “[...] um conjunto de preceitos que estabelecem normas e deveres”, e neste aspecto também se aproxima da moral pois esta enquanto sistema de normas consuetudinárias equivale também às condutas dos agentes sociais.

Sendo assim, Elizete Passos (2011) nos ensina que “[...] a moral normatiza e direciona a prática das pessoas e a ética teoriza sobre as condutas estudando as concepções que dão suporte à moral”. São pois - segundo a autora supracitada - dois caminhos diferentes porém complementares, donde se pode deduzir que o primeiro (a moral) tem status de objeto que se estuda e prescreve, já o segundo (a ética) tem a roupagem científica propositiva de como deve ser aquele objeto. Então como define Sanchez Vasquez (1975, p.12) “[...] a ética é a ciência que estuda o comportamento moral dos homens na sociedade”.

A ciência jurídica tem como pressuposto o elemento ético por que está assentada na juridicidade; esta, por sua vez é o plano mais elevado da ética, isto por que, a qualificação dos fenômenos sociais descritos nas normas, apresenta elementos universais construídos historicamente. Assim, a dignidade humana, por exemplo, é um princípio ético contido na Constituição Brasileira de 1988, que vê iluminar de forma heterônoma as decisões dos profissionais do direito, essa luz que paira sobre as codificações são os construtos éticos.

Dito isso, é salutar destacar que, a norma é a consciência prática humana dirigida ao fenômeno social, na perspectiva de pacificação da sociedade, através da díade autonomia-liberdade que consiste na faculdade de cumprir ou não o comando normativo. Logo, há na norma um comando ético implícito, mas também há na conduta humana uma vontade em cumprir a lei ou não, ligando-a inexoravelmente também ao construto ético da vontade, e do bem viver. Sendo assim, há um elemento de escolha ou

decisão implícito no comportamento dos sujeitos, que não basta apenas a coercibilidade para fazer cumprir normas; sobre o tema, Brochado (2006) destaca que embora esse cumprimento da lei possa estar enredado no temor da pena que acompanha a norma, é deveras simplista analisar a lei e sua eticidade pelo mero ângulo da coercibilidade.

Isto por que, continua a autora, a eticidade do fenômeno jurídico é mais amplo e comporta outros elementos que, embora jungidos à reverência da pena, tornam o fenômeno jurídico com maior complexidade e relevância. Diz a autora que,

[...] a eticidade do direito não pode ser buscada na coerção, que é, sim, o seu modo de operar, logo, reduzir o direito à sua coercibilidade é aliená-lo em si mesmo, no plano eficaz. Em essência, valores são jurídicos por que surgem com os contornos éticos. (MARIA BROCHADO, 2006, p. 156).

E continua ressaltando a necessidade de destacar a consubstanciação do direito com as categorizações éticas, aspecto presente na ciência jurídica desde a experiência romana, para quem as condições do alcance à justiça se colocavam para além do véu da coercibilidade, esta vislumbrada como “[...] máscara convincente por demais aos olhos do senso comum” (BROCHADO, 2006, p.155) mas que isoladamente tem dificuldade para implementar o direito.

Assim junto à coerção há outros elementos que com ela fazem do fenômeno jurídico, um compósito ético. Tais categorias seriam “[...] a bilateralidade acompanhada da atributividade, a exigibilidade, a irresistibilidade a universalidade formal e material” (BROCHADO, 2006, p.156) presentes no processo jurídico que quase sempre se fazem acompanhar pela ética, elemento presente tanto no direito subjetivo enquanto expectativa, como no direito objetivo ou ação que o impulsiona.

Desta forma, continua a autora, se a todo direito corresponde uma ação que o assegura, a *actio* é o principal meio de tutela do direito subjetivo, ou o que o distingue do mero interesse. A ação é a força aparelhada, consubstanciada no processo jurídico capaz de fazer o sujeito perseguir em juízo aquilo que lhe considera devido. É através da *actio* e por vias do processo concretizado, que a ética se corporifica nas ações dos profissionais do direito, e não obstante o percurso ético que o fenômeno jurídico deva trilhar, muitas vezes as noções de valor moral, justo, adequado, parecem estar apartadas da justiça. Sobre essa fragmentação, Brochado (2006, p.200) tem a nos dizer que,

[...] assumindo que a ordem jurídica ideal é concebida como justiça jurídica ela também é componente do direito. Logo, não tem sentido histórico a

doutrina do Direito permanecer num discurso eterno de despreendimento (sic) do fundamento ético.

Portanto, se o direito com a faticidade se comungam de forma dialética no curso histórico, há de ser destacado que, nessa relação está implícita a pessoa humana, seus bens, seus temores e seus amores, então o projeto de direito é a realização efetiva de um *maximum ethicum*, visando o bem estar dessa pessoa humana, principalmente no momento da implementação da prestação jurisdicional pelo Estado.

No caso estudado – o processo administrativo - esta atuação estatal, é indispensável sendo que, seu cumprimento cause o mínimo de distúrbio social e o máximo de ética, a fim de que, a finalidade da paz pública seja atingida. Isto por que o Estado, embora na categoria de sujeito ativo, está a serviço da comunidade.

Desta forma aqui - no processo administrativo disciplinar, como nos demais - não há que se falar em divórcio entre direito e ética, pois esta traz consigo a ideia de justiça, tal qual um ingrediente do direito que se revela como um nutriente a suprir todo o processo em seu *iter*, e que também, na íntegra, instrui a conduta dos profissionais de direito em suas minudências.

Há de se entender, portanto, a ética como elemento inseparável dos processos judiciais, pois neles ela está fixada como uma bússola a nortear caminhos, principalmente por que o processo administrativo disciplinar é elemento subjetivo elástico, que embora iluminado pelas matrizes objetivas das Lei 8.112/90 e 9.784/99, certas ocasiões também está irrigado pela interpretação discricionária. Isto por que o fenômeno processual não é monolítico.

Desta forma, há no processo administrativo disciplinar - objeto tratado em tela - uma vertente subjetiva e peculiar que muitas vezes requer as intelecções da hermenêutica mais atualizada, envolvendo maior carga de princípios. Esses vetores, por sua vez, magnetizam a necessidade da ética no percurso do PAD para dar substancial roupagem de alteridade. Passamos a tratar de alguns princípios, escolhidos na pauta do Direito Administrativo, os quais, reiteramos, consideramos os mais relevantes para esse trabalho, não significando que os demais sejam de menor porte.

2.3 PRINCÍPIOS REITORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Os caminhos pelos quais as doutrinas constitucional e administrativa percorreram até admitir o diálogo principiológico em seus conteúdos, foram trilhas sinuosas. Assim como sinuosas e complexas foram as matrizes doutrinárias que após acatar os princípios, o fizeram por uma gama quase interminável de veredas.

Neste tópico, transcorreremos as trilhas do Estado e o fenômeno da constitucionalização, e reconhecemos que os princípios admitidos em sede administrativa são muitos e se apresentam de maneira complexa, formando um conjunto intrincado que interage com outras disciplinas. Para exemplificar tal complexidade, a CGU (2011) em magistral trabalho demonstra que os princípios que iluminam o PAD estão presentes na Constituição Federal, na Lei 8.112/90, na Lei 9,784/99, e nos códigos de Processo Civil, de Processo Penal, no Código Civil, e no Código Penal.

Daí que, face ao objeto deste trabalho ser o PAD e não os princípios, escolhemos na pauta da CGU aqueles cânones que consideramos mais relevantes, repisando o dantes dito que, os demais não são menos importantes. Evitamos também as classificações mecanizadas que separam os princípios por área temática, por considerar essas catalogações embora didáticas, muito estanques. Ao invés disso, tratamos os princípios como conjuntos integrados que se comunicam através da dinâmica de um rizoma³⁹. Passamos então a discorrer sobre a evolução constitucional e administrativa, enfocando como os princípios foram envolvidos nas duas disciplinas.

As transformações advindas da sociedade pressionaram o Direito, que embora ciência humana, construída a partir do meio social, estava com os olhos voltados aos códigos, estando hermética, vislumbrava principalmente as vias formais da legalidade. Como resposta, o Estado do século XX conduziu a jurisdição constitucional a um movimento ampliativo com conotações diferenciadas, que dialogam com elementos além de seu texto legal. Bacellar Filho (1988, p.21) ressalta que “[...] o Estado Constitucional é o subtipo de Estado moderno, pois [sua carta constitucional] é fruto da participação da sociedade, sendo denominada de constituição cidadã na qual seu destinatário é a pessoa

³⁹ Gilles Deleuze (2000) conceitua o rizoma como uma raiz horizontal multifacetada formando um todo orgânico que se une às demais raízes irrigando-os. Há no rizoma a ideia de diálogo múltiplo e conexão.

humana em todas as suas dimensões”, então a Carta acolhe as transformações sociais, dialogando com outras matrizes do Direito.

Quando se pensa nas alterações constitucionais advindas da era moderna Barroso (2006, p. 5) destaca que “[...] o século XX apresenta três momentos histórico-sociais de conotações bem demarcadas”, cada um deles traz denominações apropriadas e características peculiares. Para o autor o Estado liberal “[...] inaugura a etapa da pré-modernidade, seguido pelo Estado de Bem Estar social na era da modernidade; e por fim, a pós modernidade foi desenhada com as cores do Estado neoliberal ou Estado democrático de direito”.

Na mesma esteira de pensar, Sarmiento (2005, p.xi) destaca que neste último paradigma a “[...] dogmática jurídica sofreu profundas transformações [...] que sob a denominação genérica de pós-positivismo ou principialismo tem a perspectiva de superação do legalismo escrito”, sendo que neste paradigma o Estado Democrático de Direito se articula com o pós-positivismo e se remodela. Sarmiento (2005, p.xi), cita como exemplo dessas remodelações:

[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Assim, a constituição ganhou novo tônus, e passou a afetar as matérias reguladas pelo Direito Administrativo que por sua vez adquiriu nova roupagem se metamorfoseando, passando do Direito Administrativo autoritário, afeiçoado à legalidade e subsunção para a abertura moderna e principiológica, que erige a pessoa humana como seu ponto mais relevante. Bacellar Filho (1998) salienta que durante muito tempo o Direito Administrativo atuou sob o manto da incontestabilidade da supremacia de interesse público, e como tal voltava-se absolutamente à interpretação subsumida às leis, de certa forma desprezando os princípios.

No neoconstitucionalismo tanto a constituição quanto o Direito Administrativo atravessam o fenômeno da recepção dos reclames da doutrina principiológica, para por vias alternativas elidir a aplicação solitária do cânone legalidade, e dialogar com outros elementos normativos, tais como cláusulas abertas e princípios. Então a Constituição e em sua trilha, o Direito Administrativo passam a ser vislumbrados como forças plurais

capazes de impulsionar os processos jurídicos como núcleos interconectados com as demais normas. Essa interlocução do Direito Administrativo com os princípios e outros elementos infraconstitucionais representa uma complementaridade inteligente e dialógica implicando verdadeira sinergia jurídica que como tal demanda novas interpretações.

O reconhecimento da importância da Constituição enquanto *corpus* jurídico de regras aplicadas à sociedade é relevante para o Estado Democrático de Direito, portanto é sensato que ela ilumine o direito administrativo, e isso, conduz à ideia de que o poder público não é “[...] arbitrário, limitado e vinculado somente por seus próprios atos” (BACELLAR FILHO, 1998, p.22). E que acima de tudo não pode arrogar-se a autocracia do isolamento em suas próprias normas, olvidando-se de analisar o contexto social e o conjunto de direitos fundamentais. Assim as liberdades e organização do governo, estão fixadas como balizamentos para limitar excessos da sociedade, mas recomenda-se que sejam pluralizadas e dialógicas, de modo a estabelecer uma dinâmica mais aderente à finalidade pública, o que equivale dizer, à observância de princípios.

Nesse aspecto nos dizeres de Sarmiento (2003, pp.70-71) “[...] a constituição se transforma em estatuto fundamental do Estado e da sociedade”, que se conecta ao direito administrativo pelas vias principiológicas. A partir dessa visão a forte crítica à racionalidade, (principalmente ao modelo legiscêntrico) faz emergir o Direito Administrativo com novo papel na sociedade, de forma diferenciada. Barroso (2005, p. 12) destaca que se passa a reconhecer a força normativa da constituição, plasmando nela um caráter social vinculativo que ilumina os cânones do Direito Administrativo, dando roupagem diferenciada à Administração Pública e seus institutos.

O vínculo do Direito Administrativo com a sociedade inaugura novas conexões complexas com conflitos sociais e categorias de alta complexidade trazendo elementos causadores multifatoriais, que necessitam fazer emergir à cena outros elementos, dentre eles os princípios. Diante dessa configuração dialética a lei isoladamente tem dificuldade de interpretar e dar solução adequada aos casos heterodoxos. Nesses tempos de incerteza no plano jurídico instaura-se novo modelo de Direito Administrativo enquanto estatuto reflexivo, permitindo a existência de pluralidades que por sua vez sejam capazes de compatibilização com as recorrentes rupturas advindas do mundo atual.

Bello (2007, p.13) ressalta que o direito constitucional tornou-se “[...] o epicentro do ordenamento jurídico hodierno [...] representando a matriz por intermédio da qual devem ser extraídos os elementos e técnicas necessárias para a deliberação do norte de cada ramo subsidiário do Direito.” Essa interação impulsiona e dá vida ao ordenamento transmutando a morfologia jurídica, e por conseguinte, as estruturas do Direito Constitucional e do Administrativo transformando-os em tessitura aberta, com plasticidade para abrigar os princípios jurídicos.

Duarte (2004, p. 55) lembra que há um “[...] desafio de que as decisões constitucionais se produzam a partir de uma prática discursiva” e que envolvam outros ramos do direito, sendo que a ação que se apresenta é mais dinâmica na interpretação dos fenômenos e dialoga com vários campos de produção do saber, daí a nova concepção da ciência do direito, pois ela supera as regras estáticas e se torna mais aderente aos fenômenos sócio-políticos.

Bello (2007, p.17) sobre esse aspecto destaca as novas roupagens jurídicas afirmando que “[...] há questões que o Direito isoladamente não consegue responder, [...] faz-se necessário, portanto, a abertura [do Direito] para interdisciplinaridade”, o que significa transformação da ciência jurídica. Na trilha deste raciocínio, Barroso (2006, p.7) destaca que “o neoconstitucionalismo é um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito Constitucional” envolvendo elementos políticos, éticos e filosóficos.

É neste sentido que explica Binenbojm (2006, p.64) “se pode falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente acolhidos pela Lei Maior”. Desse conjunto de fenômenos resultou a constitucionalização do Direito entendendo-se que, é importante à lei infraconstitucional ser interpretada à luz da Constituição, recomendando-se ao jurista a revisitação de conceitos nas diversas disciplinas para submetê-las à releitura constitucional.

Diante do que foi dito, Bacellar Filho (1998, p.27) ressalta que “[...] se concretiza um movimento da Constituição em direção à Administração ou ao Direito Administrativo”. E que o novo constitucionalismo altera a perspectiva legalista⁴⁰ dos princípios contidos

⁴⁰ Durante muito tempo o Direito Administrativo restou hermético abrigado no princípio da supremacia do interesse público para se proteger principalmente dos abstrusos atos do Estado Monárquico e seu

na Constituição Federal de 1988, iluminando-os e estendendo tentáculos dialógicos a outros princípios infraconstitucionais para que o Direito Administrativo seja impulsionado nesta nova cena jurídica tão complexa.

Bacellar Filho (1998) revela que a assunção de princípios gerais no procedimento administrativo está contida na doutrina desde a década de 70, no Brasil. O autor cita como exemplo a inteligência de Helly Lopes Meirelles (1975) ao citar a principiologia, e se referir à: legalidade objetiva, oficialidade, informalismo, verdade material e garantia de defesa como princípios. Por sua vez Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1979) em estudo precursor, ressaltou na década de 1970 os princípios informadores do Direito Administrativo: legalidade, impulsão de ofício, contradição, instrução, verdade material, garantia de defesa e imparcialidade.

Por seu turno Ari Sundfeld (1993) nesta linha de entendimento refere-se a três segmentos principiológicos. No primeiro patamar estabelece os princípios gerais de Direito Administrativo, aplicáveis a todo procedimento: racionalidade, utilidade pública, finalidade, conveniência, julgamento objetivo e legalidade objetiva. No segundo degrau cita os princípios gerais do procedimento administrativo: oficialidade, publicação, fiscalização, e obediência ao procedimento. E por fim, no último patamar Sundfeld (1993) destaca que há princípios intrínsecos, peculiares, que não se aplicam a todos os procedimentos, e cita como exemplo deles, a verdade material.

Além disso, Moreira (2000, p.197) ainda nos lembra que o “[...] Direito Processual Administrativo não se esgota em tais cânones, nem tampouco são apenas estes que lhes dão configuração específica”. Então, o autor cita outros princípios, dentre os quais a gratuidade, a revisibilidade, o juiz natural, reforçando que a Lei 9.784/99 ao elencar o rol de princípios se vale da locução “[...] dentre outros”, o que por sua vez amplia mais a pauta principiológica.

Do exposto se pode ver a amplitude e profundidade da pauta principiológica envolvendo uma série de cânones, alguns constam na Constituição de 1988, outros são

possível retorno à cena constitucional. Daí deriva uma série de atos coercitivos dentre eles o princípio *in dubio pro societatis*.

infraconstitucionais. Dada a extensão da pauta, este trabalho não tem a pretensão de exaurir o tema “princípios”, por que este não é nosso objeto de pesquisa, então elegemos alguns cânones ou pedras angulares do Direito Administrativo, verdadeiros guias ao processo administrativo disciplinar, e que serão trabalhados mais adiante.

Advirta-se que, há entre os princípios que informam o PAD uma verdadeira simbiose, pois o processo disciplinar é um conjunto sistêmico composto por micro princípios que se articulam. Portanto, outros princípios estão esparsos nesta pesquisa, constando difusos no corpo do trabalho, embora sem estar no *caput* como título destacado de algum tópico de seção ou capítulo. Todavia, eles estão dispersos no interior do texto, não por menoscabo, mas por que reconhecemos que embora não se podendo trabalhar todos em nossa pesquisa, alguns deles são nutrientes dos demais princípios dando-lhes tanto musculatura intelectual, quanto sustentação doutrinária.

Portanto, lembramos mais uma vez ao leitor que, por uma questão de delimitação temática, elegemos alguns dos princípios que julgamos importantes do PAD, recordando que, há uma farta cartela deles na doutrina pátria, mas que, para atender os balizamentos de tempo e espaço desta pesquisa, bem como os objetivos deste trabalho, elegemos para análise dos PADs em questão, os princípios do devido processo legal, da oficialidade e ampla defesa, os quais passaremos a tratar no próximo tópico

2.3.1 Devido Processo Legal

Moreira (2000) destaca que, dentre os princípios de processo administrativo em exame, talvez o de maior complexidade seja o devido processo legal⁴¹. No Direito Brasileiro a Constituição de 1988, consagra-o explicitamente no art. 5º. LIV, destacando que “[...] ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O que significa dizer, no entender da Controladoria Geral da União (2011) é que “[...] não se admite no atual ordenamento a aplicação de penalidade a servidor de forma discricionária, sem se seguir o rito legal de apuração”. Portanto, o princípio do devido processo legal obriga que, antes de tomar decisões gravosas sobre um administrado, é necessário que, a autoridade instaure um processo formalizado e regular, oferecendo a

⁴¹ O princípio do devido processo legal tem raízes na Inglaterra do século XIII do Direito Inglês e Norte Americano.

oportunidade de contraditório e ampla defesa no que seja pertinente à formação de culpa do acusado.

Esse cânone pode ser entendido como o “princípio matriz dos demais princípios constitucionais” (BACELLAR FILHO, 1998, p.200), ele representa na Constituição um a ideia do rizoma, descrito em Deleuze (2000, p.13) como “[...] o movimento fractal no qual a imagem lançada se acopla às demais, formando infinitas combinações, gerando assim novas geometrias multidimensionadas”. O rizoma é um conceito do conjunto múltiplo contendo os princípios da conexão, multiplicidade, ruptura assignificante e cartografia-decalcomania que evoca no Direito Constitucional o paradigma rizomático⁴².

Assim, o princípio do devido processo legal como rizoma dialoga com os outros princípios pois representa uma garantia contra arbitrariedade na medida em que, obriga o impulso do direito material da lei preestabelecida e o direito processual do juiz competente, de maneira que, o processo desencadeia-se na forma legal dotada de todas as garantias processuais.

É pelo devido processo legal que, segundo a CGU se tem um regramento observado, com reflexos no Estado Democrático de Direito e na justiça adequada, pois “[...] A cláusula do devido processo legal repercute tanto em aspecto formal quanto material; ou seja, o processo deve não só obedecer às formalidades e aos ritos previstos em lei, como também deve conter decisões razoáveis e proporcionais” (CGU, 2011, p.45).

Dessa forma, diz a CGU (2011, p.136) que como “[...] pré – requisito inafastável para qualquer grau de responsabilização disciplinar se deve assegurar ao acusado a observância de um rito procedimental previsto na legislação” pois a lei é a base dos atos de Administração, logo esse princípio se ancora também no princípio da legalidade e ampara não somente o particular⁴³ como o próprio interesse público na defesa da norma positiva. O princípio do devido legal, diz a CGU (2011, p. 136) afasta de imediato os

⁴² O conceito de rizoma descrito por Deleuze (2000, p. 15-18) enquanto estrutura componente de algumas plantas, tem aproximação com a Biologia. Rizoma ou haste é um tipo de caule de plantas vasculares, fazendo parte do eixo vegetativo da planta. Este tipo de caule tem crescimento horizontal, apresentando-se subterrâneo e paralelo ao solo.

⁴³ Tome-se neste trabalho a expressão particular sendo usada como sinônimo de servidor público pois o PAD aqui analisado envolve vínculo trabalhista.

descomedimentos de uma conduta não regradada na lei, repele, por exemplo, o princípio da verdade sabida, uma vez que

Não se cogita mais, no atual contexto jurídico e constitucional, de emprego da afastada verdade sabida, a necessária busca da verdade material somente se amolda ao ordenamento em vigência caso se instrumentalize nos termos do devido processo legal estabelecido pelos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112, de 11/12/90.

E continua ressaltando que,

Esse rito [PAD] deve permitir ao acusado ser notificado, a fim de poder se manifestar, ter acesso aos autos, produzir provas em igualdade de condições com a comissão, não ser processado com base em provas ilícitas, apresentar sua defesa, ter decisão motivada e razoável e ainda ter assegurada a possibilidade de recorrer da decisão. Decorre ainda do devido processo legal a garantia da não auto-incriminação: o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo (CGU, 2011, p.136).

Ao obrigar a forma processual na apuração dos atos, o Estado visa garantir imparcialidade, pois é através do rito formal que a autoridade pública estabelece a depuração dos eventos equivocados na Administração Pública, e assim o faz de maneira legítima, legal e de boa-fé, sem ferir suscetibilidades de quem quer que seja, pois o procedimento é impessoal.

Reforçando as características do devido processo legal como rizoma, é possível dizer que ele é um polo irradiador ou galeria que dá vazão a outros princípios para com eles dialogar, em sede de PAD. Sobre esse aspecto, a CGU (2011, p. 136) reforça nossa percepção lembrando que “[...] o princípio do devido processo legal embute em sua essência quase todos os demais princípios garantidores da correta atuação estatal e das prerrogativas da defesa, podendo dizer que estes, daquele se ramificam e fortemente se interligam e mutuamente se reforçam, mitigando, por vezes, a precisa fronteira entre um e outro tal é a intensidade com que se associam”.

Assim, se a ninguém é lícito, ser privado de seus bens sem o devido processo legal, esse princípio se alinha a outro, refletindo que o processo teve como norteadora a própria lei. O princípio do devido processo, portanto, se perfila ao princípio da reserva legal que alude à atuação das pessoas com estrita subordinação da lei, de modo que determinadas matérias, diz Nelson Nery Costa (2003, p.14) “somente podem ser normatizadas mediante lei formal”, daí que o regulamento dispendo sobre o processo administrativo

tem suporte legal, e observa a matéria pelas vias do princípio da reserva legal, disciplinando-a.

Com efeito, o princípio da legalidade é dispositivo voltado especificamente à Administração com o enunciado apontado a toda sociedade e encartado no art.5º, II da CF ressaltando que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, isto significa na visão de Moreira (2000) que a administração está circunscrita a cumprir com exatidão e excelência os cânones e preceitos normativos do direito positivo. Vê-se portanto que, o objetivo de enaltecer o princípio da legalidade é estabelecer previamente os balizamentos da atuação administrativa, assegurando, desta forma, as garantias fundamentais aos cidadãos.

A conduta do agente público haverá de ser conforme a lei, nos informa Moreira (2000, p.77) pois isto imuniza “deliberações oriundas exclusivamente de sua vontade pessoal”. Dito isto, o autor reforça que, não é lícito à administração pública, emanar provimentos administrativos que porventura estejam dissonantes à lei. Isto por que, continua o autor, a norma legal outorga competência específica ao agente público e define os parâmetros de sua conduta, logo a partir deste princípio “[...] todo o plexo de competências administrativas do Estado deve vir preestabelecido em lei” (MOREIRA, 2000, p. 76).

Com efeito, o autor destaca que a partir da Lei 9.784/99 o princípio da legalidade adquiriu novo tónus frente ao processo administrativo se transformando no preceito mais importante daquela Lei. No que se refere à legalidade está escrito em seu artigo 1º. O seu desiderato, ressaltando que o escopo legal “[...] dirige-se à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (LEI 9.784/99, art. I).

Logo, se pode observar que o princípio da legalidade “é uma determinante essencial” (FRANCO SOBRINHO, 1979, p.36). Para a Administração Pública, o princípio da legalidade é um condicionante contido no Art. 37 da Constituição Federal de 1988, que expressa a ideia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certos temas. Di Pietro (2001) leciona que importa para a Administração fazer somente aquilo que a Lei permite.

Como se percebe, o princípio do devido processo legal se coaduna com o princípio da legalidade e os dois são guias norteadores para as trilhas do processo administrativo

disciplinar, como uma perfeita fórmula subjetiva para fazer vicejar o Estado Democrático de Direito. Sobre o tema A CGU (2011) em magistral percepção nos ensina que,

Aplicando este princípio [a legalidade] no processo administrativo disciplinar, em indissociável relação com o princípio do devido processo legal, afirma-se que os agentes públicos competentes para sua condução (autoridade instauradora, comissão e autoridade julgadora) têm sua atuação delimitada pela previsão legal, de forma todos os atos processuais sejam produzidos da forma prevista em lei (no sentido amplo do termo, de qualquer ato normativo).

Assim é que através da legalidade se dá exercício concreto do Estado Democrático de Direito, pois a lei é a vontade do povo mediatamente representado pelo Estado. Moreira (2000, p.77) lembra que “é mediante aplicação formal e substancial da lei, que a Administração cumpre a vontade popular e confere vitalidade aos demais preceitos constitucionais”. Nery Costa (2003), explica que através do princípio da legalidade a isonomia tem êxito, pois quando a lei torna equivalentes as situações determinando que “todos são iguais perante a lei” traduz a sensação de trato imparcial, que dá noção de paridade entre pessoas iguais, afastando desde logo as assimetrias.

E com efeito, é pelas vias do princípio do devido processo legal rizomático que os princípios da legalidade e isonomia são atraídos para o processo administrativo disciplinar, pois a “[...] lei é a base dos atos da administração, de modo que não só ampara o particular como serve ao interesse público na defesa da norma positiva, visando-lhe garantir um caráter imparcial” (NERY COSTA, 2003, p.14). E por fim, o princípio da legalidade recomenda o manejar do processo pelas vias legítimas e legais, significando dizer que se utiliza de expedientes formais⁴⁴ e devidamente oficiais.

2.3.2 Oficialidade

Como a Administração Pública tem como preceptor em seu regime jurídico o princípio da supremacia do interesse público e este se sobrepõe aos demais cânones que

⁴⁴ Não se alude na formalidade e oficialidade a burocracia ou exigência descabida de papalórios e ritos que de certa forma poderia macular o PAD. Aqui há que se lançar mão do ato administrativo adequado, conduzido pelas vias da razoabilidade.

envolvem o Estado Democrático de Direito, a supremacia pública é pedra angular que obriga a imediata apuração da autoridade diante de um ato indevido. Isto posto, o princípio da supremacia impõe uma conduta proativa ao administrador público no sentido de agir para esclarecer os fatos, dando mobilidade ao processo, cumprindo premente tanto os termos quanto os objetivos impostos pela Lei.

Desta forma o princípio da oficialidade significa que o administrador “[...] tem o poder dever de inaugurar e impulsionar [o PAD] até que se tenha um resultado final conclusivo” (DALLARI, 2001, p.85). Desta forma, o princípio da oficialidade impõe ao gestor público um verdadeiro encargo para, diante de uma conduta inadequada, apurar fatos e exaurir informações através do PAD, até se esgotar seu ciclo processual.

O princípio em tela significa ação sistêmica de apurar fatos, e que independe de consulta ao poder judiciário, pois em sede de direito administrativo a autoridade pública tem independência e autonomia, significando portanto, o ônus de acionar o PAD e cumprir pelo princípio da oficialidade, o circuito de atuação ou marcha processual do início até a conclusão. Assim se manifesta a CGU (2011, p. 154) destacando que

Este princípio se manifesta no processo administrativo disciplinar por meio da perseguição ininterrupta do esclarecimento do fato supostamente ilícito de que a administração teve conhecimento, como forma de atender ao indisponível interesse público de ver iniciadas e esgotadas as apurações.

Logo, se pode observar que, pela oficialidade há uma regra de conduta obrigatória que coage o administrador público a agir na persecução do resultado do PAD, no sentido de dar início e concluir seus desideratos. Desta forma, o princípio da oficialidade está positivado na Lei 9.784/99 no inciso XII do parágrafo único do art. 2º determinando que nos processos administrativos serão observados dentre outros critérios, a “[...] impulsão, de ofício, sem prejuízo da atuação dos interessados”.

E ainda, a supracitada Lei à medida que determina a condução do processo administrativo conforme a lei e o Direito, evoca à autoridade administrativa o poder dever de prosseguir o processo fazendo dele um caminho legal que tenha um ciclo iniciado e concluído com eficiência. Assim nos artigos 29 e 51, § 2º, todos da referida Lei, o princípio da oficialidade se inscreve qual elemento norteador. Senão, vejamos:

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

§ 1º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.

§ 2º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

[...]

Art. 51.

§ 2º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o entenda.

Sobre o princípio da oficialidade, assim se posiciona Dallari (2001, p.85) “uma vez deflagrado o processo fica pendente uma tomada de posição a respeito de algo que, em última análise e ao final, vai corresponder ao interesse público”. Por essa razão, continua o autor, não é razoável nem lícito, que o processo sofra parálise ou solução de continuidade pois isto implicaria a “[...] deixar descuidado, em estado latente, um interesse público” (DALLARI, 2001, p.85).

Fica claro, portanto, o encargo da administração pública em impelir a marcha processual buscando aclarar o objeto do processo através da produção de provas e documentos, por exemplo, que possam auxiliar no provimento da decisão final. Assim se posiciona a CGU (2011, p.154) destacando que

Pelo princípio da oficialidade, a administração tem o poder-dever de apurar, por meio do processo administrativo disciplinar, todos os documentos, dados, informações de que tenha conhecimento e que se refiram ao fato investigado, estando autorizada a laborar na sua formalização como autos processuais, ou seja, a trazer para o universo juridicamente reconhecível das peças autuadas todos os fatos de relevância de que tenha conhecimento da vida concreta, desde que por meios de prova lícita.

Bacellar Filho (2011) por seu turno destaca que o princípio da oficialidade pode ser visto como manifestação do princípio do poder disciplinar no campo procedimental, à medida que evoca à ideia de poder-dever. Isto por que para os gestores da *res* pública os poderes são encargos expressos em lei ou competências legais, verdadeiros instrumentos concedidos aos agentes para desempenhar atividades.

Assim, quem detém o poder de agir, desfruta também o ônus de exercitá-lo, na esfera da oficialidade, que jungida à legalidade, oferece aos gestores o decorrente poder disciplinar. Com efeito, a construção doutrinária do poder disciplinar na inteligência de Bandeira de Mello (2008) é definida como a faculdade obrigacional ou poder-dever de punir infrações funcionais dos servidores e demais administrados.

O poder disciplinar se aproxima do princípio da oficialidade pois refere-se ao impulso do processo, compelindo a autoridade a tomar todas as medidas necessárias ao trâmite contínuo até a conclusão, isto implica nas palavras de Bacellar Filho (1998, p.174) “[...] a responsabilidade da administração pelo andamento regular e contínuo do procedimento, independente da provocação dos sujeitos”. Sobre o tema, assim se posiciona a CGU (2011, p. 154),

Outra decorrência deste princípio é que a movimentação e a decisão do processo incumbem à administração, ainda que a instauração tenha sido provocada por particular. Uma vez instaurado o processo (e, se o foi, foi porque assim indicava o interesse público), ele passa a pertencer à administração, a quem não é concedida a discricionariedade de retardá-lo ou dele se desinteressar, passando a ser exigida a decisão, seja favorável ou seja contrária ao administrado, sob pena de infringir não só a este princípio como também ao princípio constitucional da eficiência e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Todavia, adverte Dallari (2001) que o princípio da oficialidade não pode ser invocado para efetivar atos unilaterais que excluam o processado, fazendo do PAD um elemento meramente verticalizado, que aniquilaria os princípios do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais do acusado. Por via contrária, a oficialidade é corolária da responsabilidade na condução do processo, significando atitude dinâmica do gestor público no sentido de fazer impulsionar a supremacia do interesse público, protegendo pelas vias democráticas o direito de defesa que toca o processado. Esse direito de proteção se corporifica nos princípios do contraditório e ampla defesa, tema que passamos a abordar no próximo tópico.

2.3.3 Contraditório e Ampla Defesa

Corolário do Estado Democrático de Direito, o princípio do contraditório e ampla defesa está positivado na Constituição Federal de 1988, como uma garantia fundamental contra as coerções do Estado em sede processual. Importante destacar também, é que este princípio encontra sua real significação no Estado Democrático de Direito. Ou melhor, diz Moreira (2000, p.298) “trata-se de uma das manifestações dinâmicas deste cânone constitucional”.

Assim, no artigo 5º, inciso LV a Carta Magna se compromete com a democracia, ressaltando que “[...] 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”. A defesa, em rigorosa técnica e em terminologia científica, ensina Moreira (2000, p.297), “é o exercício da pretensão à tutela jurídica, por parte do acusado”.

O princípio do contraditório e ampla defesa é verdadeiro rizoma, uma vez que contida na Constituição ilumina também a Lei 8.112/90 e a Lei 9.784/99, mas também é polo irradiador de outros princípios, pois como um agente de atratividade e conexão, funciona como verdadeiro imã, formando uma rede de diretos e garantias fundamentais que aproxima os princípios da gratuidade, moralidade, razoabilidade, legalidade, dentre outros.

Logo, se pode perceber que o princípio do contraditório enreda uma série de temas principiológicos, formando com eles uma trama de diálogos democráticos e éticos. Nesse aspecto Bacellar Filho (2011, p.264) destaca que, foi assegurado constitucionalmente “[...] o *status* dessa garantia como princípio norteador de todo processo administrativo, inclusive o disciplinar”.

O princípio da ampla defesa é uma salvaguarda contra a assimetria do Estado diante do particular e serve como verdadeiro escudo protetivo para mitigar essa desproporção entre as partes. Assim, não basta que seja dado ao polo passivo a faculdade de intervenção no processo para se proteger, é necessário que essa intervenção seja de tal forma ampliada como um anteparo de resistência do qual se serve o sujeito para demonstrar sua resposta. Assim é de bom alvitre que a ampla defesa seja compreendida como: “[...] garantia de poder articular suas razões, e que elas sejam apreciadas e levadas em conta, pois o princípio representa o todo dessa escala ascendente de direitos do particular em face da Administração pública” (MOREIRA, 2000, p.298).

Registre-se que, a ampla defesa é um todo, um leque vasto que abriga uma série de micro direitos, dentre eles a gratuidade processual que na Lei 9.784/99, vigora como critério. Desta forma já de imediato, se assegura que, determinados direitos do processado são gratuitos, pois isso perante a Administração é uma forma de acolher suas defesas de maneira justa e equânime. Assim, destacamos o direito de ser notificado gratuitamente da existência do processo, como uma forma amplificada do Estado dar ciência ao interessado, sem quaisquer ônus financeiros. Sobre a ampla defesa, assim se posiciona Dallari (2001, p.70):

[...] o primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso é essencial que qualquer processo punitivo comece pela informação ao acusado [sem, contudo, atribuir-lhe ônus financeiros].

Registre-se que, o princípio da gratuidade está tutelado no Artigo 2º. inciso XI da Lei 9.784/99 que destaca “[...] a proibição de cobrança de despesas processuais” como uma forma de mitigar a assimetria entre Estado e particular. No mais das vezes, o servidor em processo está na condição de hipossuficiência, e isso somado à vulnerabilidade psicológica a que se encontra, deixa-o mais debilitável. Daí que, a diferença entre o poderio exercitado pelo Estado e a prejudicabilidade inerente ao servidor podem se acentuar. Então a gratuidade é uma das formas de aplacar esse distanciamento, e também exercitar a finalidade pública do Estado, que é a dinâmica social. Sobre o tema, a CGU (2011) reitera a posição de desproporcionalidade entre os dois polos e assegura a não onerosidade financeiro do PAD ao servidor, e se posiciona desta forma:

Não cabe à administração impor obstáculos ao direito do servidor exercitar a ampla defesa, impondo-lhe pagamento de custas, de despesas processuais ou pagamento de honorários decorrentes de ônus de sucumbência, a menos de expressa previsão legal (CGU, 2011, p.160).

Desta forma, haverá de se realçar o caráter da persecução da finalidade pública do Estado, e a roupagem ética e moral, cânones norteadores dos atos processuais e sua marcha, não se admitindo de forma alguma que se faça do instrumento disciplinar um fator de captação de recursos ao Estado.

Daí que, o processo como estrutura lógica que admite contraditório e ampla defesa não haverá definitivamente, de admitir envolvimento com emolumentos, que decerto poderiam supor a visão de funcionalidade financeira, o que causaria incômodos ao processo, que por via contrária, é elemento cristalino, sendo razoável que seja iluminado pela boa-fé, então segundo a CGU (2011, p.160),

[...] em rigor, o que há no processo administrativo disciplinar é ausência de custas processuais. A administração não pode cobrar custas ou despesas processuais como condição para realização de determinado ato, visto que o que a move é o interesse público.

Logo, a gratuidade nos atos processuais é verdadeira possibilidade de defesa, principalmente quando se tratar de servidor público hipossuficiente que na maioria das vezes milita no processo solitariamente, sem se fazer acompanhar de advogado. Como

elemento assecuratório de tutela, o princípio da ampla defesa também possibilita ao interessado o acesso aos autos, pois no entender de Bacellar Filho (2011, p.270) “[...] o direito à defesa corresponde ao verso da moeda do direito de ação (art. 5º. XXXV). Ao lado do dever do Estado de apurar a responsabilidade disciplinar, está o direito de defesa do acusado”. E este direito de defesa é assegurado pelo ingresso processual gratuito, completa o autor.

Portanto, é necessário aclarar que o ingresso é condição de ciência, que vem acompanhada da devida oportunidade de consultar os autos, com faculdade de extração de fotocópias de documentos e reprodução de papéis como meio assecuratório de defesa. Convém reiterar ainda, que segundo Dallari (2011, p.71) a garantia constitucional da ampla defesa exige que “[...] seja dado ao acusado a possibilidade de apresentar defesa prévia à decisão administrativa”.

Além disso, o princípio da ampla defesa também possibilita ao processado a participação na formação de provas e o direito de vê-las apreciadas. Essa faculdade envolve tanto a constituição de provas contrárias ao processo, e sua devida apreciação; quanto os meios probatórios de defesa que o processado tem de construir em prol de si mesmo, as medidas assecuratórias de sua inocência e a consequente avaliação dessas provas. A possibilidade de acompanhar a produção de provas forma um duplice ato, à medida que o processado além de se defender, também coopera com a comissão de PAD na construção do edifício que sedimentará o juízo de valor da autoridade que o conduz.

E por fim, como uma das garantias preconizadas pelo instituto da ampla defesa, a doutrina se refere ao direito do servidor ser alvo de julgamento fundado e motivado, fato que gera para a comissão processual o dever do cumprimento dos princípios da motivação significando a clara alegação em sede processual, das razões que concorreram para que a autoridade tomasse determinada decisão.

Quanto a isso, assim se posiciona a CGU (2011, p. 151), “[...] a motivação é a explanação dos motivos que justificam a edição ou a emanação ou a prática de determinado ato”. Logo, a motivação é a ação cristalina que se deixa ver, ademais, continua a CGU (2011, p.151), “o princípio em tela [a motivação, além de propiciar ampla defesa] atua como inibidor do arbítrio, da pessoalidade e da discricionariedade”.

Isto por que a motivação determina os atos ou decisões administrativas que importarem em restrição de direitos, portanto é lícito que, as decisões em PAD tragam obrigatoriamente expressas sua justificativa amparada na lei, sob pena de restarem fulminadas por nulidade. Além do direito à defesa, encartado na motivação, nela está também, o direito de contradizer os fatos alegados.

A respeito do princípio do contraditório, temos a destacar que ele oferece o estabelecimento de uma relação bilateralizada atraindo o polo passivo para o processo oferecendo a ele a possibilidade de contestar. Com a ampla defesa, o contraditório forma um arranjo rizomático estabelecendo uma relação que possibilita trazer elementos reversos, em verdadeira oposição ao que está sendo demonstrado pelo Estado, na possibilidade de contrair e lançar ao chão, os argumentos da parte contrária. O princípio do contraditório é portanto a faculdade de discordar das razões do polo ativo e elucidar o fato perquirido no processo, para tanto é possível ao servidor efetivar a contradita em relação aos fatos que militam em seu desfavor.

O contraditório é um pilar que sustenta a dialética, se perfazendo como a antítese produzida para contrarrazoar e produzir alegações e premissas para esboroar a tese contrária e formar o juízo de inocência do administrado. Para aclarar tal desiderato, Bacellar Filho (2011, p.204) ensina que “[...] a verdade não pode ser simplesmente adquirida, ela pressupõe a divergência de dois pensamentos contrapostos por meio do diálogo. O julgamento, a superação da dúvida, depende do cotejar de ambas as posições”. Sendo assim, diz o autor, o contraditório pressupõe a existência da lógica, pois a síntese resulta do confronto entre tese e antítese de forma balanceada e racional. Ao dissertar sobre o contraditório, Bacellar Filho (20011, p.206) assevera que,

[...] o fundamento lógico do processo assenta-se na ideia da bilateralidade, pois ele é constituído por duas partes contrapostas. Sob o ponto de vista prático, o contraditório fundamenta-se na facilitação, por meio da atividade contraposta das partes.

E por fim, temos a destacar que o direito de defesa exigindo o contraditório, determina a existência da bilateralidade na própria lógica da argumentação, uma vez que cada parte exercita sua técnica de defesa desenvolvendo raciocínios, muitas vezes opostos entre si. Daí ser possível dizer que além da diáde “partes”, há também uma dicotomia nas argumentações de cada parte, defendendo aquilo que creem ser a verdade processual. E nisto repousa toda a dialética do contraditório.

Então, é possível destacar que o contraditório está inserido no princípio da ampla defesa formando com ele um rizoma na medida em que os dois elementos se nutrem. Celso Ribeiro Bastos (1989, p.267) afirma que “daí decorre o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz”. E por fim, a CGU (2011, p. 138) recomenda que “[...] as garantias da ampla defesa e do contraditório devem ser encaradas pela comissão como a base da condução do processo, pois são os pilares da validade dos atos processuais”. É interessante que, a Comissão os observe no iter processual.

E por fim, temos a destacar que, no Estado Democrático de Direito⁴⁵, a interpretação⁴⁶ tem nova roupagem, isto por que, além do aspecto principiológico que irriga o PAD, a eticidade e hermenêutica são elementos fundamentais no iter processual. Sobre a temática, Dezan (2013, p. 162) em uma visão mais clássica faz interessante separação terminológica entre os termos interpretação e hermenêutica. Vejamos:

[...] a interpretação jurídica não se confunde com a hermenêutica jurídica, pois esta, apresenta como objeto de estudo a identificação sistemática dos métodos de aplicação para a delimitação do sentido e do alcance dos enunciados do Direito, ao passo que aquela, a interpretação, consiste na ação do operador do direito, de identificar o sentido e o alcance das expressões contidas nas leis, delimitando e aclarando os termos genéricos, os princípios, esclarecendo a relação existente entre o texto normativo e o caso concreto, norma jurídica e fato social.

Desta forma, o autor continua destacando que, são muitas as espécies de interpretação normativa em sede administrativa disciplinar, desde a interpretação autêntica, doutrinária até a jurisprudencial, e ainda ressalta que, dentre os elementos ou métodos de interpretação normativa administrativa disciplinar, o sistemático é a interpretação levada a cabo fazendo uma relação entre o texto interpretado e o seu conjunto de elementos internos tais como: seções, títulos, nomen juris, etc.

Na mesma linha de entendimento, reiteramos que nessa interpretação, além de endogenia, ou seja, o alinhamento aos elementos internos do texto interpretado, o intérprete haverá de fazer uma ligação com os demais textos jurídicos, confrontando-os. E acima de tudo, haverá de fazer também, um transbordar de ações interpretativas, ultrapassando as fronteiras da ciência jurídica, submetendo-as ao balizamento da

⁴⁵ Trataremos desta temática no tópico 2.1 do próximo capítulo deste trabalho.

⁴⁶ Neste trabalho foi utilizada a linha de entendimento da CGU, para quem a interpretação em sede de PAD é a lei, todavia, não é adequado usar como fonte única a legislação, daí a necessidade das fontes principiológicas e da eticidade.

alteridade. É o que veremos no próximo capítulo que aborda além da ética, a sensibilidade, buscando em sede de PAD, não a visão coercitiva do Estado algoz diante do cidadão, mas a justiça restaurativa, aquela que, com sensibilidade consegue ser adequada e pedagógica.

2.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA, ÉTICA, SENSIBILIDADE E ALTERIDADE

O movimento atual da modernidade cunhado por uma série de temas que se interceptam diluindo fronteiras, representa um desafio para a ciência do direito, impulsionando-a para pensar a complexidade dos fenômenos jurídicos em um modelo neural de rede transfixada por uma multiplicidade de eventos.

Assim, o direito moderno é instigado a ampliar a problematização de seu objeto, fazendo diálogo com outras ciências, pois ao tratar fenômenos multidimensionais, dilata também suas raias de alcance. Quando se pensa no direito penal, ou no processo administrativo disciplinar, essa ampliação de estudo significa dizer que, o foco não mais se resume somente à investigação sobre o delito e à pessoa do infrator, por exemplo. Essa postura era típica da raiz metafísica que nutria a fixidez jurídica transformando a ciência do direito em normas uniformizadoras, e que de certa forma, por muitas vezes, diluiu o sujeito no interior de uma igualdade abstrata, retirando dos envolvidos suas singularidades, seus rostos, sua existência, sua concretude enquanto pessoa humana.

Tais concepções, na verdade, foram tributárias da filosofia ocidental, marcadamente influenciada pela ôntica que apresentou uma pauta racional como matriz, e por certo, veio acompanhada pela concepção unívoca do ser humano. Analisando esses critérios, é possível dizer que, a ôntica padronizou os conceitos, refutando de certa forma, as noções de diversidades. Para Levinas (2005) esse manancial de ideias pode ter sido o fundamento pelo qual se pretendeu dominar o “outro”, obscurecendo sua identidade, refundando um *pathos*⁴⁷ impessoal generalizado.

Eis que, a vertente positivista fortaleceu os requisitos de impessoalidade, padronização e formalização de seus princípios para demarcar o direito como *corpus* científico e

⁴⁷ *Pathos* é um vocábulo grego que pode significar no fenômeno de mudança, a condição de sofrimento, assujeitamento. Neste trabalho tomamos o substantivo para denominar a condição de servilismo na ciência, quando absorve os conceitos da matriz ocidental, de maneira indiferenciada, imposta.

granjear respeito na comunidade acadêmica. De certa forma, essas perspectivas trazem alguns aspectos adequados, pois o direito se fortaleceu como área específica da ciência humana, demarcando seu espaço. Sem dúvida, esse caminhar gerou para o direito uma série de postulados e axiomas que por certo imprimiram exatidão e certeza na aplicação dos comandos, entretanto ancorados na perspectiva da neutralidade e afastamento, tanto seccionaram o agente do fato, quanto trataram os dois como um só, de maneira abstrata.

Tais concepções podem ser citadas, por exemplo, na sintaxe entre uma lei abstrata e um sujeito despersonalizado, onde juridicamente não há que se falar em diferenças, por via contrária, nesta relação impessoal estão implícitos dois polos cingidos pela ideia do uno, do indiviso, que desconsidera as singularidades dos sujeitos, da história e das contingencialidades que tecem a vida.

O Direito é uma tessitura de litígios, contenção e equilíbrio, construída junto com o fluir da vida, que envolve pessoas e fatos em um enovelamento imbricado que, certas vezes, se desalinham. Mas a veste mais clássica da ciência jurídica desconsidera-os como tal, e ao conduzi-los no processo jurídico faz um itinerário burocratizado, envolvendo-os numa relação insensível, na conformidade da neutralidade impessoal, e que se mantém equidistante, na perspectiva de imparcialidade. Se é certo à justiça trilhar as vias da equanimidade, também é correto asseverar que, ela exerce a inteligibilidade para perceber as diferenciações e possibilidades de arcar com um processo cumpridor de lei, sendo este, justo, na medida das diferenças entre os envolvidos.

Não obstante, é oportuno destacar que, na maioria das relações litigiosas quase sempre se pugna por uma dualidade entre polos antagônicos: o ativo e o passivo, estando implícita a ideia de uma dicotomia, uma cisão entre vencido e vencedor. Convém reiterar que, nessa rivalidade processual há uma cultura da negação do outro, da eliminação do outro para que um polo saia vencedor na prestação jurisdicional.

Partindo da ideia do direito verticalizado, é possível destacar que, a ação racional que tem uma trajetória processual estatocêntrica, muitas vezes vislumbra os contendores como seres atomizados. Essa perspectiva que fraciona os sujeitos, também os obscurece enquanto pessoas no processo, pois focaliza somente a extração da figura típica do ilícito para subsumir o fato social à norma em uma relação equidistante e afastada.

Assegura Tiveron (1998) que não há como cindir os sujeitos do processo e entenebrecê-los, iluminando somente a lei, pois esses elementos são autorreferentes e dentro da construção processual, fazem parte de um conjunto de informações que se nutrem. Diz Aguiar (2006) que, os sujeitos algumas vezes transitam na lateralidade, correndo na mesma raia, convivendo em situações imbricadas, formando um emaranhado social, que dialeticamente informa o processo jurídico.

Portanto, a visão mais clássica de traçar a rota unívoca processual, com o olhar meramente punitivo, está sendo gradativamente substituída pela ação de ler os ilícitos no processo administrativo disciplinar como problemas complexos, vistos pela lente teleológica do conjunto, requerendo do pesquisador um elemento denominado “empatia” (TIVERON, 1998, p.37). Segundo a autora, o termo empatia não significa condescendência nem simpatia com o infrator, mas a capacidade de análise do conjunto que fez nascer o ilícito, e principalmente o desenvolver de uma sensibilidade para tentar evitar a ação “[...] indiferente, fatigada, burocrática e técnica dos que cuidam do fenômeno delitivo como qualquer outro problema [isolado de seu contexto]” (TIVERON. 1998, p. 36).

Conforme salientado pela supracitada autora, essa concepção de empatia representa uma nova resposta da justiça, que ao invés de ter racionalizadora e maximizante focagem somente na punição, é um movimento que se centra com maior vigor no dano causado à vítima e à comunidade. Trata-se da justiça restaurativa, um programa de reconciliação entre vítima e ofensor, desenvolvido por John Braithwaite⁴⁸, no Canadá, na perspectiva construtiva e pedagógica de verificar os delitos e dar uma resposta justa à sociedade.

Eis que, a justiça restaurativa inverte a chave da inteligibilidade saindo do foco do ataque à lei, para trazer à ribalta os sujeitos envolvidos no processo. Esse novel paradigma é denominado justiça restaurativa, pois “[...] prioriza a reposição dos danos causados, a assunção da responsabilização do ofensor por suas próprias ações, e a perspectiva [humanizada] de criar um futuro [esperançoso] e positivo para os envolvidos (TIVERON, 1998, p. 37)”.

⁴⁸ O autor refuta o conceito de etiquetamento ou *labeling approach* da justiça retributiva, pois acredita que esta, implica aposição de rótulo preconceituoso ao ofensor, não surtindo o efeito pedagógico mais desejado. Em seu lugar, propõe a restauração ou justiça restaurativa, um programa de reposição do bem ao seu proprietário.

Sendo restaurativa, esta modalidade de justiça busca antes de quaisquer olhares punitivos, atender as necessidades da vítima, fazendo imediata reposição do dano causado, pelo agressor. Não se confunde, todavia, com mera justiça comunitária ou popular, na qual o caráter repressivo é dissolvido e muitas vezes as medidas acabam se revestindo de ineficácia.

Por via contrária, a justiça restaurativa é baseada em valores humanísticos como encontro, inclusão, reparação e reintegração. É importante destacar sua importância, pois, restaurar é um verbo que transcende fronteiras, tanto que, a atuação da justiça restaurativa vai além da esfera penal, portanto “[...] o termo justiça restaurativa acaba por ser empregado em diversas situações, ainda que em campos não judiciais – como, por exemplo, na resolução de conflitos escolares, hospitais, empresas e, até mesmo, em comunidades *on line*” (ACHUTTI, 2013, p. 159).

Logo, a estratégia é assim denominada (restaurativa) porque busca pedagogicamente e em primeiro lugar, resgatar a dignidade e o bem estar dos prejudicados pelo ilícito, em uma relação que considera os dois polos como elementos de acolhida humana pelo Estado. Desta forma, a justiça restaurativa está presente em vários diplomas legais do Brasil, e como por exemplo “[...] a aplicação de medidas socioeducativas, [...] a concessão de remissão a adolescentes, [...] a prestação pecuniária, a interdição temporária de direitos, etc.” (TIVERON, 1998, p.39). Sendo assim, a autora apresenta uma série de vantagens da justiça restaurativa, dentre os quais o resguardo da dignidade dos sujeitos, pois

[...] o processo de justiça restaurativa não é estigmatizante, os ofensores e as vítimas tem participação ativa, não se resumindo a meros expectadores de seu destino, as partes se envolvem na decisão final que não lhes é simplesmente imposta, sem o necessário convencimento, [...] dá-se poder à comunidade, que retoma o controle da situação, o qual deixa de estar exclusivamente ao encargo do Estado (TIVERON, 1998, p.39).

Consideramos portanto que, a justiça restaurativa embora trabalhada inicialmente na esfera penal, tem aplicação adequada na área administrativa, principalmente por envolver a ideia de pequenos danos patrimoniais na esfera cível, excluindo de imediato valores como vida e integridade física, em sua grande maioria.

Julgamos seu uso adequado também, por que a justiça restaurativa tem como substrato a ideia de alteridade, um substantivo com uma pauta ampliada de significações para a ciência jurídica. Na esfera do direito administrativo, por exemplo, a alteridade é um

importante princípio que ilumina o processo, tornando-o mais humanizado. Portanto, é possível destacar como características da justiça restaurativa, o foco na reposição de bens ao acervo, retirando portanto, o grau de importância do delito em si mesmo, deslocando-o para a recomposição, evitando assim, inúteis e alongados processos, uma vez que,

[...] a justiça restaurativa considera [que] a reparação do dano causado no conflito pode ser feita sem que o ofensor passe por processos dolorosos ou humilhantes, [...] mas com a sua participação como polo ativo na resolução da situação gerada. A questão central está na verdadeira solução do problema, e não das consequências que o ofensor deve sofrer para que a vítima tenha a (falsa) sensação de que a justiça foi alcançada e o conflito resolvido (PINHEIRO, 2013, p.8).

Portanto, a justiça restaurativa entende que, o mais importante é a reintegração, o atendimento às necessidades de quem sofreu o dano, ao invés da fustigação ao agressor. Logo, essas condutas são excluídas do espaço de coima penal, pois elas representam meros flagelos, que muitas vezes no afã de tornar pública a punição, agravam-na, inviabilizando sua roupagem pedagógica. Por ser um conceito ainda muito vasto, a justiça restaurativa pode abrigar uma série de estratégias, “[...] e essa construção ainda em aberto e em constante movimento é, paradoxalmente, um dos pontos mais positivos da justiça restaurativa (ACHUTTI, 2013, p.159)”, isto por que, continua o autor “[...] não há um engessamento de sua forma de aplicação e, portanto, os casos-padrão e as respostas-receituário permanecem indeterminadas, na busca de adaptação a cada caso e aos seus contextos culturais (ACHUTTI, 2013, p.159)”.

É importante destacar também que, a justiça restaurativa é um procedimento por consenso, que muito se equipara ao processo administrativo, uma vez que em ambos os eventos os vogais atuam de forma coletiva, no fomento para encontrar soluções aos danos causados pela infração. E sobretudo, na área administrativa, entendemos que há situações de baixo potencial ofensivo, nas quais o processo administrativo é desnecessário, daí a urgência da justiça restaurativa.

Ademais, mesmo em casos que o PAD é instalado, muitas vezes se vê que no evoluir de cada uma de suas fases há relações aflitivas que evoluem, ao invés de ser sanadas. Há ainda, outras tessituras que são criadas e se aderem ao conflito primário, gerando um acirramento maior a uma causa rudimentar que poderia ser elucidada por restauração.

Registre-se ainda que, a restauração propicia devolução do bem ao erário, facilitando a interação do servidor ao ambiente de trabalho, evitando na medida do possível, a carga de preconceito com a qual o processado é investido ao final do iter processual. Portanto, julgamos que, como Gonçalves (2009) pontua, a justiça restaurativa é medida pedagógica, que aperfeiçoa condutas, trazendo mudança de atitudes nos envolvidos, de sorte tal que, pode ser vislumbrada como inibidora de novas atitudes inadequadas.

Para este trabalho, importa destacar o ponto focal da justiça restaurativa, qual seja, a reposição do dano ou devolução, na medida do possível, do bem lesado ao proprietário. Sendo na esfera administrativa, a maioria dos conflitos resolvidos por longos processos que nem sempre conseguem tais feitos, cremos que a restauração, combinada com a alteridade e a principiologia, formam uma triangulação interessante, capaz de atender os objetivos dos processos administrativos.

Eis que, no direito penal o princípio da alteridade tem estreita relação com a produção de atos lesivos à pessoa ou ao patrimônio, portanto a justiça restaurativa se aplica adequadamente ao Direito Administrativo, que quase sempre gravita em torno de questões patrimoniais. Bem se vê que na esfera penal, embora implicitamente mencione a presença do outro como fator para completar o ciclo da infração, o princípio da alteridade analisado pelas vias transversais traz a ideia do direito proteger o outro, cuidar de seu patrimônio. Sob esse aspecto Aguiar (2006, p.14) nos ensina que

O direito só pode ser entendido como um sistema de interações simétricas ou assimétricas, onde uma dualidade mínima é condição para sua existência. O direito é uma impermanente (sic) ponte social entre sujeitos postados em patamares pré-definidos que os colocam no centro ou na periferia dos sistemas sociais.

É sob esse aspecto, que neste trabalho trazemos a ideia de alteridade e sensibilidade, a partir da doutrina de Imanuel Lévinas (2005), que critica as premissas filosóficas do pensamento lógico unívoco, aquele que, na busca pela racionalidade desenvolve uma cultura fundamentada no modelo binário que, não raro, secciona conceitos e sujeitos. Em rigor agindo dessa forma, a ciência jurídica é inclinada a gerar uma matriz uno *stricto sensu* como modelagem a ser seguida, e nessa condição refuta distinções ou dessemelhanças contrárias a si própria acabando por recusar o outro.

Sobre o tema, é bom destacar o termo impessoal descrito por Heidegger como a existência obscurecida pela padronização que acaba por anular o rosto do outro

tornando-o difuso em um espaço ou ambiência que forja opiniões, portanto, é como se a replicação por récpes ou bulas acabasse por produzir verdades. Todavia, diz Lévinas (1993, p. 84) que “[...] a verdade obtida como por ricochete, no esfacelamento das verdades e pela usura deste real correto, é como se fosse o reverso do verdadeiro”.

A fim de melhor ressaltar por contraste, a teoria ôntica que tem por base a padronização e impessoalidade, Lévinas (1993) se opõe a essa corrente, estabelecendo que, ao tratar o humano e seus fenômenos pelos cânones da previsibilidade, o que resulta dessa relação é um agir fragmentário, produzindo afastamento e desvirtuamento de seus resultados, já que a leitura que se tem da vida, é escrita na ausência da própria essência humana. E assim destaca que,

[...] a justiça só tem sentido se conversar o espírito do des-inter-esse (sic) que anima a ideia de responsabilidade pelo outro homem. Em princípio, o “eu” não se arranca à sua própria responsabilidade [mas] sustém o mundo. A subjetividade ao constituir-se no próprio movimento em que lhe incumbe ser responsável pelo Outro tem alteridade (LEVINAS, 1988, p.83).

Diz Krohling (2011, p.85) que esse olhar levinasiano é relevante pois “[...] consegue questionar com maestria e profundidade o paradigma do saber instrumental da modernidade”. E ao aprofundar sua crítica sobre a ontologia Lévinas (2005) propõe outro paradigma para os estudos sobre ética, recomendando como “[...] filosofia primeira e raiz mãe dos direitos fundamentais” (KROLING, 2011, p.85).

Nessa neo perspectiva, os autores trabalham com categorias de alta plasticidade humanística tais como, os direitos humanos e os direitos fundamentais inscritos na Constituição. Assim, na ciência jurídica são usados nos processos termos filosóficos tais como: “[...] rosto, responsabilidade e intersubjetividade” (HERRERA FLORES, 2003, p.12). Destarte, essas premissas também estão presentes na obra de Lévinas (2005), autor fecundo que se move na contracorrente da tradição órfico-platônica e se lança na sensibilidade das relações com o outro. Assim, a obra arrojada levinasiana se projeta nos percursos das tradições hebraicas para analisar as relações humanas, descrevendo a forma sensível com a qual o autor deseja construir tais liames na sociedade.

Com muita propriedade Lévinas (2005) amplifica a ideia das ações humanas para um encontro ético entre sujeitos ao explicar que, nas relações sociais há necessidade da interação com desvelo ao outro, pois a interdependência que viceja nos nexos vitais se perfaz em uma composição cujo “[...] eu individual somente me complementa mediante

um contato com o outro, pois o eu se expande, se funde no outro” (LÉVINAS, 2005, p.34).

Na relação de sociabilidade a diferença entre o conceito de indivíduo e conjunto é mera ação pedagógica demonstrativa, pois os dois conceitos são interdependentes em uma lógica que, para individualizar, é necessário antes de tudo, uma coletividade. Para descrever as relações na sociedade, o autor parte de dois conceitos relevantes, quais sejam: a alteridade e a sensibilidade. Este último, é narrado como uma faculdade da pessoa ser responsiva no sentido de ter vocação para retribuir aos apelos do outro, de maneira que o sujeito se constitui como humano, somente se, e quando, é capaz de desenvolver a responsabilidade com o outro, em uma relação “[...] pele do Outro sob a minha pele” (LÉVINAS, 1998, p. 23), o que significa a capacidade de vivenciar a dor alheia.

Desta forma, na fruição das coisas do mundo, ser sensível implica se tornar suscetível às demandas das outras pessoas, fortalecendo com elas, uma relação ética, capaz de se ter empatia, ou capacidade de se colocar no lugar do outro e experimentar, ainda que metaforicamente, seu sofrimento. Assegura Lévinas (2005) que o “eu” existe somente a partir do “outro”, que me permite compreender o mundo a partir de seu olhar diferenciado, “do meu”.

Assim, a alteridade considera a integratividade, a necessidade do outro, inclusive para completar a bipolaridade mínima da relação jurídica, ou para expressar os liames necessários do percurso processual. Neste, em especial, é mister a interferência de terceiros, que são “os alheios, os outros” (LÉVINAS, 2005, p.36), as pessoas distintas, diferentes, mas que complementam a relação primário que foi formada entre sujeito ativo e passivo.

Cumprimento portanto explicar que, um processo não se desenvolve apenas com um sujeito, tampouco dois; ao contrário, um itinerário jurídico percorre uma relação envolvendo partes, Estado, testemunhas, peritos, secretaria, comunidade, etc. em uma relação tão complexa que seria necessário esmiuçar suas entranhas para entender que, ele, não se resume a somente um *iter*, mas a uma rede neural de informações envolvendo sujeitos, pessoas e suas vidas. Em verdade como bem destaca Aguiar (2006, p. 14) “[...] há, na visão levinasiana, uma pretensão de continuidade objetivando a construção e

manutenção de um “nós” que amalgama os sujeitos justificando os entendimentos que se expressam na ordem jurídica”.

Daí que, a alteridade é ela própria, um rizoma que nutre o processo, pois através dela haverá de ser desenvolvida uma estrutura de entendimento ao outro, e para o outro. Este suporte se constrói pela fluidez e constante interação entre Estado, processado e os terceiros que formam a relação processual. Isto por que, o olhar de alteridade é acumulado de relações traduzidas em direitos fundamentais, modelos de redes movediças e inesperadas para entender o outro, e ter a capacidade de empatia com ele, de tal forma que o aplicador do Direito seja capaz de colocar-se no lugar do “outro” para ter com ele uma relação processual mais humanizada.

De forma bem consistente Aguiar (2006) destaca a alteridade como tessitura móvel, fluida, construída pelas relações entre os sujeitos processuais. Logo o direito administrativo é o espaço onde a alteridade se acomoda, amalgamando os percursos do *iter* processual, isto por que “[...] as relações jurídicas são móveis, constituindo-se em processos permanentes de variações e transformações” (AGUIAR, 2006, p.14). Daí o autor destacar que, nas relações processuais com o outro, quase não há determinações rígidas e com direcionamento invariável, por que embora se tenha um percurso sugerido do processo jurídico administrativo, a linearidade quase sempre é ductibilizada pois os fatos jurídicos são imprevisíveis.

Tampouco o processo administrativo disciplinar pode ser visto ou expresso por elementos de causalidade em uma relação mecanizada de causa e efeito sucedâneos. Por via contrária, informa Aguiar (2006, p.14), que a ciência jurídica e seus processos são o “[...] reino da probabilidade e da bifurcação. A história mostra experiências jurídicas onde essas redes se constituem de formas diversas, tanto nos fundamentos das ordens, quanto no entendimento dos sujeitos, seus lugares e suas relações”.

E como a ciência jurídica é uma doutrina social que se desenvolve no enleir das relações envolvendo os sujeitos, é nesse *élan* que a alteridade haverá de ser semeada, isto porque na relação do eu com o outro há um reconhecimento do “nós” esse amálgama respeitoso entre os sujeitos que traça limites preliminares de ética. Em verdade como bem destaca Aguiar (2006, p.15):

[...] A alteridade pode ser vista e vivida como condição prévia, como anterioridade existente que está à minha frente e que me obriga a responder a

ela em termos de conduta e posições perante o mundo. É o rosto do outro, do outro que existe, que sofre, que me desafia, que sente, que pulsa e erra, que sofre e vive a dor, a alegria e as opressões, que exige a construção ética, antes mesmo que iniciemos o desvelamento ontológico.

É oportuno aqui, destacar a aproximação dos termos alteridade e responsabilidade à medida que se nutrem em uma relação autorreferente, em decorrência dessa congruência fornecem significado ao contato com o outro, uma vez que, concedem um canal de comunicação sem arbítrios, tampouco subterfúgios ou mascaramentos que possam, por ventura, turvar a identidade do outro.

Desta forma, a responsabilidade é corolária da alteridade e se transforma em via de escoamento da ética, pois representa uma aproximação de deferência com o outro o que significa por sua vez, uma relação de respeito à sua dignidade. Haddock (2010, p. 1) ao discorrer sobre justiça, alteridade e ética levinasiana, destaca que

[...] a ética, para além de uma relação gnosiológica é experiência; consiste em experimentar-se através da transcendência da ideia de infinito que é o outro. Trata-se, por conseguinte, da experiência da assimetria significada na epifania da face do outro, ou mais propriamente na linguagem mesma. Mais que uma relação, a experiência é a relação que se estabelece no infinito espaço assimétrico entre eu e outro e é estampada na nudez do rosto deste que me convoca à palavra, que me invade violentamente com a demanda da ética e que, por isso, me institui como eu.

Importa destacar que, o pensamento levinasiano vai além da dicotomia “eu-outro”, tão decantado por outros filósofos, dentre os quais Martin Heidegger (2000). Lévinas (2005) amplia essa relação ressaltando que nela, há uma certa conotação assimétrica, portanto ela é tão ontológica quanto a cultura do *uno stricto sensu* que tenta monolitizar as relações. Isto por que a ideia de Lévinas é que a filosofia é uma ciência de mediação entre a ética e a justiça, então não é de se surpreender que o autor tente abstrair a ciência filosófica de seu substrato ou base ontológica, e a deposite nos pináculos da ética, que passa a ser elemento essencial nas relações gnosiológicas.

Nos ensina Haddock (2010, p.2) que, o aspecto concreto e formal dessa relação da ética com a própria alteridade é o reconhecimento do “outro”, pois a relação ética com o outro é “[...] de acolhimento [do outro], do rosto do outro, o que Lévinas chama de face a face”, um conceito que lembra horizontalidade, e que portanto se opõe à assimetria da visão verticalizada do *uno stricto sensu*.

De modo contrário a essa vinculação dessimétrica da unicidade que separa os sujeitos, fragmentando-os, Levinas (2005) propõe outra direção, na qual, destaca o respeito e

reconhecimento alheio, sendo traduzido pela metáfora do “rosto do outro”, relacionando-o ao conceito de alteridade, e ressaltando que, a epifania do rosto do outro é o evento que inaugura o exercício o nexos entre os sujeitos “eu” e “outro”. A alteridade se coloca entre esses dois sujeitos como mediadora de sua relação, ela é a tradução da ética e dos direitos fundamentais nas vinculações jurídicas.

Não se pode entender todavia, a metáfora do rosto do outro ou a acepção “face a face” descrita por Lévinas (2005) como o ato de encarar a frente ou feições faciais dos sujeitos. Por via contrária, o vocábulo rosto descrito nos ensaios sobre alteridade levinasianos, representa a exterioridade do sujeito, dessa forma o rosto pode ser um conjunto de informações sobre o outro, suas representações e codificações, que não necessariamente se apresentam como feições físicas.

Haddock (2010) ao descrever a obra de Lévinas (2005) nos ensina que há situações em que o rosto é intematizável, indeterminável, muitas vezes imaterial, mas que representa a identidade do sujeito, pois tem a perspectiva de traduzi-lo sem máscaras, sem subterfúgios. E assim Lévinas (2005) ancorado na relação com o outro, destaca que o rosto é a demonstração da alma alheia, de seu substrato, de suas minudências. Então, há

[...] uma exterioridade extraordinária do rosto – rosto de outrem - que sob todas as formas particulares da expressão, é expressão pura, extradição sem defesa, sem cobertura, retidão extrema, nudez, passividade e vulnerabilidade pura. Rosto é como a própria mortalidade do homem (LÉVINAS, 2005, p.215).

O outro nem sempre é identificável, logo seu rosto apresenta-se ao “eu” e traduz a ideia de nudez que significa o processo de desenraizamento do contexto do mundo, o rosto é a identidade fugaz, o fragmento identitário do sujeito que se deposita nas mãos do “eu” que o lê. Portanto em Lévinas (2005) o rosto é “[...] nudez e carência, exposição à queima roupa [...] O rosto é fraco e indefeso em relação às capacidades de um ‘eu’ centrado em si mesmo. O rosto está exposto a todos os poderes do ‘eu’, sobre os quais ele nada consegue fazer, pois ele é fraqueza (LÉVINAS, 2005, p.237).”

Quando o autor discorre sobre o rosto, a metáfora da natureza e pureza do outro, está relacionando sua identidade e a exposição dela, para ser examinada de forma justa pelo “eu”. Eis aqui, a estreita relação entre identidade, rosto, ética e justiça traçadas entre o “eu” e o “outro” levinasiano.

Decerto que Levinas (2005) destaca as respostas do “eu” diante do rosto do outro: o “eu” pode responder de duas formas: a primeira diz respeito à indiferença, o exercício do poder do “eu” que subjuga o outro interditando-o, anulando sua identidade, quebrando a alteridade, e expandido o “eu”. Essa atitude é coerente com a unidade *scritto sensu*, a filosofia ontológica. A segunda forma de resposta é o acolhimento do “outro”, a não indiferença, a abertura de portas, então se instaura uma nova relação de responsabilidades para com o “outro”. Pimenta (2010, p.4) ao descrever a relação do “eu” com o “outro” nos ensina que

O rosto não desafia a fraqueza dos poderes do “eu” mas seu poder de poder. Ele se dirige ao sujeito, convidando-o a uma relação sem comparação com um poder que se exerce. O outro faz frente aos poderes do “eu” e o convida a uma relação para além das capacidades de síntese e redução do sujeito, para uma relação que Lévinas chamou de “frente a frente”. Neste sentido, surge a responsabilidade não como uma retirada da autonomia do sujeito, mas como uma relação de não indiferença ao apelo, que se instaura com o acolhimento de outrem.

Por sua vez, diz Pimenta (2010) que a ética da relação face a face somente se inicia se o “eu” se despoja de sua arrogância diante do rosto nu do outro, e o acolhe com alteridade, pois este, traz ao proscênio sua face mais indefesa, mais inerme. Todavia, essa responsabilidade pelo outro não implica subjugar-lo, pois a “relação ética é uma relação assimétrica, que funda-se na ideia de que a inquietude do sujeito pelo outro não depende, de modo algum, de uma eventual preocupação deste com aquele” (LÉVINAS, 2005.p.34). A atitude de acolhimento, está relacionada, pois, ao cuidado e acolhimento, portanto, não há que se falar em relação de poder ou hierarquia, mas sobretudo de justiça pedagógica. Sobre o tema Pimenta (2010, p.6), nos ensina que,

[...] a partir da noção de responsabilidade, Lévinas iniciou sua definição de justiça. É sempre a partir do rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça. Esta, consiste em reconhecer em outrem o próprio mestre. Como se pode observar, acolher outrem, é a própria responsabilidade, é acolher sua ordem, reconhecê-lo como seu senhor. Mas é um mestre que só é mestre porque é nudez e despojamento. É a este acolhimento de frente, a este reconhecimento que chega até a substituição que Lévinas chamou de justiça. Neste sentido, se a ética é uma relação de consideração à alteridade, a justiça é a ética realizada como discurso.

Daí que, em nosso entendimento é possível entender a assertiva de Lévinas (2005, p. 237) quando nos ensaios sobre alteridade, afirma que “[...] a justiça brota do amor”, é incontestável a relação que Lévinas estabelece entre ética e justiça. Embora Lévinas (2005) nos dê pistas neste sentido, Haddock (2010, p.86) não é assente com nosso ponto de vista, e discorda com veemência, ressaltando que “[...] não há, no pensamento

levinasiano, nenhuma espécie de determinação segundo a qual a ética confluiria na justiça; não há, de modo algum, entre ética e justiça, uma relação de causa e efeito”.

Por fim, Pimenta (2010, p. 9) destaca que essa relação do “eu” com o “outro” e com os terceiros que porventura se insiram na relação, é uma tessitura ética, e para a qual Lévinas (2005) denominou “justiça”, de maneira que ela está apoiada sobre questões de comparação e igualdade.

Mas para comparar, continua o autor, é preciso contextualizar, mirar, ter uma visualidade dos rostos, o que exige já participação da consciência, do saber como critério, como forma de criteriosa observação. “Toda esta questão de comparação traz à tona a necessidade de visualização do rosto, de consciência e do saber como fundamentos da justiça. Mas um saber e uma consciência éticos, pois ambos têm na responsabilidade sua estrutura fundamental e primeira: a ética” (PIMENTA, 2010, p.9).

Junto com o termo alteridade, Levinas (1991) também descreve uma condição humana que ele denomina de sensibilidade em contraposição ao que ele denomina de sujeito monológico, tautológico que não escuta nem a si mesmo (SANTOS, 2009).

A palavra sensibilidade é retirada do instituto gnosiológico fruição, o qual a mantém reduzida e permanentemente atada à tradição ocidental, como uma capacidade humana de contemplação meditativa, em uma postura que, geralmente é passiva e receptiva às sensações. Para explicar essa experiência sensorial, destacamos que, algumas vezes, experimentamos esse sentimento ao admirar uma obra de arte, fazendo uma apreciação que, é investigação das minúcias da obra com a postura de recepção cognitiva meramente apática, como um observador afastado e inerte.

Mas, em Lévinas (1993), o pensar sensível escava no *conatus* do sujeito, um vazio ontológico que o impulsiona. Eis que, a sensibilidade ganha contornos de proximidade com o outro sem mediação e reservas, de maneira que a obra ingressa no observador, interpelando seus sentimentos mais humanos. E assim, a obra desperta receptividade no espectador, de maneira a anular as análises superficiais e alheias à alma da obra e do próprio autor que as produziu.

Na verdade, a sensibilidade forma uma amálgama entre o intelecto da obra, do autor e do observador, gerando a perplexidade de transformar os sentimentos, logo a interpretação se metamorfoseia. Eis o que significa sensibilidade em Lévinas (1993),

uma perspectiva hermenêutica que por sua vez, recebe uma nova e decisiva inflexão: a sensibilidade ética.

Diz o autor que, somente um ser sensível pode ser afetado e deslocado de seu núcleo a outro, a tal ponto de, ter com ele uma relação de alteridade. Portanto, sensibilidade enquanto faculdade de recepção, implica auferir dados de experiência de forma a ter capacidade de desenvolver altas habilidades cognitivas de compreensão emocional e estética do fenômeno interpretado. Sendo assim, é uma forma de atuação intencional ou não, mas sempre ativa, capaz de receber as representações e ser afetada por elas. Nesse caminhar, Santos (2009, p. 145) ensina que, se instala um nexó ético sensível, pois,

[...] a relação ética instaura uma insuperável diacronia entre os sujeitos, fazendo gorar a pretensão de assimilar o Outro ao seu próprio tempo. [...] Nessa perspectiva a relação com o Outro é descrita como linguagem – revelação, e não manifestação, palavra escutada no silêncio do pensamento.

Desta forma, a sensibilidade em Lévinas (1993) tem um sentido antropológico desenvolvido no âmbito da linguagem interpretativa. Essa faculdade cognitiva é capaz de desenvolver uma inteligibilidade falada, pois o pensamento é o modo, pelo qual, se interioriza a ideia sensível, que por sua vez é exteriorizada pela linguagem, seja ela falada ou expressa por movimentos corporais.

Diante do que foi visto, tanto a alteridade quanto a sensibilidade são conceitos trabalhados nas obras de Emmanuel Lévinas que podem ser trazidos ao percurso processual administrativo, como forma de interpretação ou faculdade hermenêutica de fazer as leituras do iter, para enfim proferir a decisão. Isto por que a subjetividade tratada como perspectiva ética confere o acolhimento ao outro na verdadeira expressão da alteridade, aquele sentimento capaz de entender o sofrimento do outro, processado.

Portanto, o discurso de Levinas com o outro é adequado quando se pensa em PAD, principalmente por ter o condão de retirara o curso administrativo de sua perspectiva congruentemente positivista e caldeá-lo com a ética discricionária que tem um olhar mais principiológico. Ao assim fazê-lo, se promove um rompimento com a esfera monologal obtemperando a interpretação com a faculdade ética de entendimento do respeito à Lei, mas sobretudo, ao sujeito. Eis que, a sensibilidade é capaz de filtrar no processo administrativo as dobraduras e ranhuras que a lei não mostra, as vielas e reentrâncias que um olhar ético e responsável é capaz de descortinar e trazer à tona.

Sendo assim, a ética em Levinas consegue sobre exceder o conceito meramente normativo que significa adesão somente às normas, e consegue assegurar a capacidade de filtragem principiológica combinando os dois elementos, para abrigar os sujeitos como atores mais importantes no processo administrativo. Isso por que, para Levinas a ética é o acontecimento decisivo e definitivo, vínculo capaz de encontrar a alteridade do outro, evitando produção de sofrimento e angústia.

Ética em processo administrativo não é tarefa das mais fáceis, eis que, o tema traz consigo abalos, traumas e toda sorte da possibilidade de sofrer pena administrativa. Daí que, se faz necessário, em nosso entendimento, o despertar do sujeito para sua face eticamente mais humana, na perspectiva de desenvolver empatia com o outro, na perspectiva de entender suas aflições.

Ação da mais alta complexidade, a interpretação envolvida por sensibilidade e ética, requer do vogal na comissão de PAD, uma série de outras posturas, algumas delas, previstas em Legislações esparsas, outras em códigos de conduta e outras em princípios. Então, em sede de ética, o PAD é compromisso moral que cumpre a legislação, mas que não implica seara adstrita na esfera legal, embora com ela tenha estreito entrelaçamento.

Portanto, ressaltamos que, há compromissos legais, mas também ônus esculpidos em ética e princípios que se unem ao PAD formando um conjunto de compromissos no *iter*, irrigando-o. Trazemos ao leitor, no próximo tópico os deveres de lealdade e boa fé, no processo jurídico, cânone extraído do Código de Processo Civil, que ilumina também o processo administrativo, formando um núcleo ético sensível e com elevada taxa de alteridade. Passamos a examiná-los.

2.5 LEALDADE E BOA-FÉ NO PROCESSO JURÍDICO

Dentro da sistemática do processo civil moderno, Theodoro Júnior (2002) ensina que, as partes têm o livre arbítrio para escolher os meios mais idôneos à consecução de seus objetivos. Essa liberdade de escolha, todavia, haverá de observar o respeito aos princípios e aos fins superiores pelos quais o processo é conduzido. Daí a exigência legal estabelecida pelo Código de Processo Civil, que em seu artigo 14 destaca os deveres das partes e dos procuradores no curso do processo. Vejamos:

São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito;

V- cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (CPC, Art. 14).

Desta forma é possível perceber que o Código de Processo Civil é polo irradiador de condutas, e que a partir dele as demais áreas processuais se guiam, sendo assim o processo administrativo disciplinar, terá como base de conduta ética o artigo 14 supracitado. Como elemento norteador para o Processo Administrativo Disciplinar também o é, o Artigo 2º. da Lei 9.784/99 e seus incisos de I a IV, que descrevem os princípios admitidos no processo administrativo, e que já foram apresentados no primeiro capítulo deste trabalho⁴⁹. Aqui, daremos destaque ao parágrafo único do Artigo 2º. da referida Lei 9.784/99, em especial o inciso IV, destacando que “[...] Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] atuação conforme os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Também a Lei 8.112/90 ao tratar dos deveres do servidor público, estabelece implicitamente a boa-fé em seu artigo 116, inciso IX, lembrando ao servidor que é obrigatório “[...] manter conduta compatível com a moralidade pública”. Os três mandamentos normativos citados se alinham ainda, com o Código de Ética do Servidor Público, que em seu artigo I e II, determina que,

I - A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, já que refletirá o exercício da vocação do próprio poder estatal. Seus atos, comportamentos e atitudes serão direcionados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.
II - O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal. (CÓDIGO DE CONDUTA DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL, ART. I E II).

Sendo assim o conceito de boa-fé está implícito nos ordenamentos jurídicos ora estudados, estabelecendo ao servidor público no Processo Administrativo Disciplinar, além do cumprimento dos princípios estabelecidos no Direito Administrativo, também

⁴⁹ Ver os princípios da moralidade, eficiência, legalidade, impessoalidade e publicidade descritos no primeiro capítulo deste trabalho. Contudo, a Lei 9.784/99 ressalta a boa-fé como critério processual.

observar a pauta ética de boa-fé e lealdade exigidas na legislação. Sobre o tema Leide Santos (2012, p.24) nos ensina que “[...] a eticidade deve nortear as condutas dos que compõem a sociedade, inclusive os que atuam no microcosmo do processo” e que portanto a eficácia do ordenamento jurídico processual está condicionada à observância da boa-fé objetiva.

Conforme destaca com propriedade Pimenta (2010) a ciência jurídica reconhece de pronto, os valores regentes das relações humanas. Sendo assim, às partes inseridas no curso do Processo Administrativo Disciplinar recomenda-se observar o encargo de probidade, principalmente por que, esses sujeitos, na maioria das vezes são servidores públicos tanto no polo passivo quanto no ativo processual.

Eis que, quanto à peculiaridade supracitada do PAD, claro está que o Estado figura nos dois polos, representado por seus servidores, então face a este modelo diferenciado, é exigida uma carga valorativa maior de ética. Sendo assim, Santos (2012, p.24) assegura que “[...] a boa-fé objetiva é um vetor de condutas na relação jurídica processual como valor que anima as garantias constitucionais”. Além disso, continua a autora, pode-se dizer que a boa-fé desvenda um novo olhar no desenvolvimento processual, promovendo a potencialização e aprimoramento dos princípios constitucionais.

Tanto assim que à Comissão Processante é de bom alvitre, respeitar e guiar essa pauta, reprimindo os atos atentatórios contra a ética, boa-fé e lealdade processual. Decerto que este *mínus* de cuidado e observação da boa-fé envolve também os processados. Isto por que esses três critérios são balizamentos dentro dos quais as partes devem gravitar, lembrando que o processo é instrumento ético utilizado também como forma de cumprimento da pacificação da sociedade, logo é recomendável que essa conduta ética seja observada pelos sujeitos processuais envolvidos no iter, inclusive o Estado.

Sobre o tema Didier Júnior (2009, p.46) explica que, “[...] a vinculação do Estado-juiz ao ônus de boa-fé é o reflexo do princípio que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a ética. Trata-se de uma cláusula geral processual, portanto”. E conclui que, de acordo com a doutrina alemã, são quatro os casos de aplicação da boa-fé ao processo:

[...] a proibição de criar dolosamente posições [protelatórias] processuais, a proibição do *venire contra factum proprium*⁵⁰, a proibição de abuso de

⁵⁰ Situação paradoxal ou comportamento inadequado, de por exemplo, aceitar uma situação processual como correta, e depois recorrer dela sem que tenha havido fato novo.

poderes processuais; e o *Verwirkung* ou perda de poderes processuais em razão do não-exercício por tempo suficiente para inculcar no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não seria exercido (DIDIER JUNIOR, 2009, p.47).

A boa-fé portanto, é um princípio geral de direito encartado na Constituição Federal, no Código do Consumidor e no Código Civil, principalmente no capítulo que trata dos contratos civis. Na seara processual, a boa-fé é um pressuposto de conduta adequada, que se liga à virtude, lhanza, lisura e lealdade processual – vocábulos, que certamente, apontam para comportamentos isentos de astúcias e soléncias, pois a boa-fé é antagônica dos ardis e estratagemas dissimulados que por certo ocasionariam deslustres ao processo jurídico, em quaisquer das espécies.

Santos (2012, p.26) destaca que “[...] à vista da vaguidade do conceito de boa-fé, é que se estabelece o dinamismo na adaptação dos valores éticos da sociedade aos valores normativos do ordenamento”. A autora ressalta que o conteúdo da boa-fé é conforme o critério da sociedade, daí ser perigoso seu estabelecimento *a priori* sendo às vezes necessário se socorrer da lei e da jurisprudência para saber se a ação de um litigante está em sintonia com ou não com a sociedade e sua legislação.

Portanto, como um elemento principiológico a boa-fé tem plasticidade, de maneira que “[...] não é possível, efetivamente tabular ou arrolar *a priori* o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé”, (MARTINS COSTA, 1999, p.42) por que se trata de uma norma de conteúdo volúvel, fluido, dependendo de elementos culturais da sociedade.

E embora tendo seu conteúdo apresentando alta fluidez a boa-fé é corolário de brio, honradez e dignidade, virtudes rigidamente exercidas pelos meios da generosidade e humildade, pois uma decisão justa implica boa-fé, que na verdade representa um resumo dos critérios de ética, que por sua vez tem como alicerce, a moral jurídica. Sendo assim a boa-fé se manifesta através do cumprimento de manter fidelidade ao processo, ao que nele for declarado e ao que nele for executado. Neste aspecto é mister aclarar os conceitos de boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva milita na esfera cognitiva dos sujeitos, sendo adstrita ao livre pensar, ao exercício do raciocínio e reflexão tão comuns aos seres humanos. Assim os atos da boa-fé subjetiva quase sempre estão restritos ao imaginário, ao exercício da meditação e atividades cerebrinas. Enuncia-se com isso que a boa-fé subjetiva pode ser expressa em

juízos morais que embora importantes, escapam ao domínio do direito pois o pensamento é livre, todo ser humano tem independência e autonomia para exercê-lo sem as amarras do Estado, desde que permaneçam agrilhoados à atividade meramente reflexiva.

Na esteira do entendimento de Martins Costa (1999), Didier Júnior (2009, p.46) informa que a “[...] boa-fé subjetiva é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos, [com tal] também é fato”. Para o autor não há que se falar em princípio da boa-fé subjetiva, pois esta é mera intencionalidade, reflexão, que está adstrita aos cânones morais.

Noronha (1994, p. 132) ao conceituar a boa-fé subjetiva, nos ensina que, “[...] ela é conhecida como boa crença e decorre de avaliação individual que a pessoa desenvolve”. Ou como explica Amaral (1995, p.33) “[...] a boa-fé subjetiva é a convicção pessoal, um estado de espírito”. Os autores destacam que quase sempre, a boa-fé subjetiva envolve um pensar sobre determinada situação que o sujeito crê ser verdadeira, isenta de vícios. Martins Costa (1999) de forma bem consistente destaca que a boa-fé subjetiva denota uma ideia de crença errônea que repousa no próprio reflexo subjetivo do sujeito, ou seja, uma pessoa crê em uma aparência, daí que prevalece um entendimento ou juízo pessoal.

Já a boa-fé objetiva, representa um estado de conduta, pois é o pensamento executado, exercido através de ações que se exteriorizam em comportamentos humanos ou condutas sociais. Nesta, o direito tem interesse de tutela pois a boa-fé objetiva guarda padrões exigidos em lei e ética, sendo assim o comportamento exteriorizado mais oportuno, não é outro, senão aquele de acordo com os padrões exigidos no *locus* e tempo em que ele se desenvolveu. Portanto, Yokohama (2006, p.45) explicando a boa-fé objetiva diz que ela enquanto comportamento depende de averiguação e comparação “[...] face a um modelo ou arquétipo que indica como deveria ser realizado”.

É possível destacar que desde os gregos a boa-fé tem aderência à honestidade, e confiança, padrões que por sua vez também estão próximos à respeitabilidade e licitude, traços típicos de uma conduta coerente com o que se espera de um homem probo, consigo mesmo e com a sociedade.

Em rigor, a boa-fé cria a presunção de que existe nos processos jurídicos uma atuação de integridade e lealdade e que há por certo, uma cooperação entre os sujeitos ativo e passivo na busca da resposta mais correta, o que por sua vez, imprime ao processo

maior lisura e senso de justiça. A boa-fé, por conseguinte, se manifesta como virtude criadora de deveres jurídicos de boa conduta, que por sua vez impõe às partes, ações éticas. Isto por que a ação pautada na conduta adequada, retilínea, é um valor que defende no interior das relações humanas alguns valores tais como transparência, lealdade e solidariedade.

Antonio do Passo Cabral (2007) entende que o alicerce do princípio da boa-fé objetiva é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas de deveres, isto porque o contraditório serve como ponto de referência que fornece fundamentos para decidir. Ou seja, a boa-fé pode ser vista como uma forma de proteger a tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária, e do direito ao processo com todas as garantias legais.

Tais concepções da boa-fé como o veículo que potencializa vetores éticos no sistema jurídico exigindo que as partes se mantenham em sintonia com a deontologia ou dever moral da profissão, podem também estar ligadas a um outro critério exigido no Artigo 14, inciso II do Código de Processo Civil: trata-se da lealdade processual. Lembremos que:

São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé; (grifos nossos)

O princípio da lealdade⁵¹ é corolário da verdade pois além de evitar endrôminas no PAD, estes cânones requerem que o servidor deva estabelecer com o processo uma relação íntegra obedecendo seus ritos e cumprindo com fidedigna conduta, às exigências que forem a ele apresentadas. Com este princípio há um fortalecimento da ideia da prestação jurisdicional correta, e que entabulada com a ética cumpre a efetividade e interesse público.

Grinover (2003, p.71) aponta que “[...] sendo o processo, por sua índole, eminentemente ético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever da verdade”. Isto porque diz a autora, o processo tem ação dúplice, qual seja eliminar o conflito entre as partes, dar uma resposta às suas pretensões, mas também colaborar com a pacificação

⁵¹ Ada Pellegrini Grinover (2003) lembra que, parte da doutrina mais antiga manifesta-se contrária ao princípio da lealdade no processo (principalmente, na área cível) por considerá-lo instituto inquisitivo, contrário à livre disponibilidade das partes.

social. Essas duas finalidades, diz Grinover (2003) lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, encargo relevante que se reveste de dignidade para corresponder aos seus fins.

Neste cenário, nos ensina Iocohama (2006) que o estudo da lealdade está implicitamente ligado à boa-fé, é possível assegurar que a lealdade é dela derivativa, e algumas vezes não é estranho desenvolver a compreensão de que um princípio completa o outro (quando não se confundem), uma vez que eles são cânones gerados do mesmo tronco e caminham na perspectiva de destruir as paredes processuais deformadas eivadas pelas imprecisões de toda sorte.

Rocha (2003, p.225) aclarando o princípio da lealdade e urbanidade explica que “[...] as partes e seus defensores tem o dever de comportar-se, em juízo, com probidade”, ou seja, haverão de atuar no feito conforme a moralidade e retidão processual, isso inclui respeitabilidade ao *iter*. Como decorrência desse compromisso, cabe às partes se absterem de empregar certas condutas, por exemplo, diz o autor, “[...] empregar frases inconvenientes e ofensivas, nem agir ou resistir com má fé” (ROCHA, 2003, p.225).

A noção de lealdade evoca ao servidor público, a incumbência de agir com probidade, envolvendo nesta esfera tanto a comissão processante quanto os servidores processados em uma relação ética que transborda o PAD e que envolve a relação processual como um conjunto de ações mergulhadas na moralidade. Isto por que lealdade e probidade são condutas aderentes ao princípio em questão, formando com ele um amálgama de boa conduta.

Theodoro Júnior (2002) ensina que lealdade e probidade são características da experiência social, hábitos de lhanza, que naturalmente reforçam a verdade e a conduta da boa-fé, tão exigidas do servidor público. Eis que ser leal corresponde a ter posturas éticas, honestas, probas e proceder com lisura, estas condutas são exigidas tanto do Estado quando dos processados. Em sede de PAD essas atitudes não são faculdades, mas encargos reforçados com a devida probidade “[...] de quem atua com retidão, segundo os ditames [da Lei] e de sua própria consciência” (THEODORO JÚNIOR, 2002, p.76).

A lealdade e boa-fé reforçam a dignidade no processo e vedam, por conseguinte, os expedientes indignos, principalmente aqueles de mera conduta procrastinatória,

servindo para injetar no processo uma elasticidade desarrazoada, na perspectiva de protelar prazos e decisões. Eis que em sede de processo, a lealdade está ligada à probidade, uma vez que o ato leal ao abarcar o conceito de procedimento probó significa conduta isenta, ou seja, não lançar mão de artifícios, embustes ou artimanhas, ou ainda quaisquer perspicácias ardilosas em desacordo com a verdade. Decerto que essa conduta processual de retardamento é contrária à lealdade e boa-fé que se exige dos envolvidos.

Por via contrária, pela concepção teleológica a lealdade também se une a boa-fé e respeito à justiça, e este liame pode ser traduzido em veracidade sobre todos os aspectos trazidos ao processo, robustecendo assim as condutas probas. Essas ações podem ser traduzidas pelas vestes da lealdade e veracidade, o que por sua vez se liga ao princípio ou critério da urbanidade implicando às partes efetiva colaboração com o processo, para que sua marcha seja operacionalizada com efetividade e segurança jurídica.

Eis que esse proceder correto, sem dúvida, tonifica as posturas essencialmente éticas que se almeja construir na Administração pública, cumpridora de obrigações para com a sociedade. Nelson Nery (1999) ao tratar de posturas técnicas no processo, refere-se ao princípio da lealdade como um critério ético de moral e boa conduta, que evita às partes se utilizarem de chicana e fraudes processuais. Sendo assim, a lealdade impõe às partes o *múnus* de agir com a verdade, a dívida de ação com boa-fé, e principalmente a deferência de agir e praticar somente atos necessários ao processo.

Assim o dever de lealdade ou probidade processual é um dos arrimos do sistema judiciário processual, daí sua importância relevante na construção do edifício do PAD. É bom lembrar a inteligência de Bacellar Filho (1998), para quem em sede de direito processual administrativo, é de bom alvitre que, seja observada a concepção teleológica de perseguir o bem comum, e essa trilha é irrigada pela boa-fé e respeito à justiça, se traduzindo no agir com veracidade, enquanto elevada responsabilidade, que toca o jurisdicionado.

É salutar também, trazer a descrição de Alexandre Freitas Câmara (2012) quanto às obrigações das partes envolvidas no processo, pois o autor ressalta que tais atribuições, “em verdade, poderiam ser reduzidas à uma única frase: cabe às partes auxiliar o juízo no descobrimento da verdade e na efetivação das decisões judiciais, sem utilizar expedientes antiéticos” (CAMARA, 2012, p.151). E conclui que, “a existência de

deveres das partes, tem como corolário lógico a existência de uma responsabilidade das mesmas, a que se poderia chamar de responsabilidade processual civil”.

Desta forma, a lealdade e boa-fé no processo significam encargos aos envolvidos, no sentido de, ao sustentar suas razões, é recomendável fazê-lo na ética e na moral, observando a devida retidão e o compromisso de firmar posturas adequadas no processo.

É de bom alvitre também, lembrar as palavras de Rodrigues (2000) ressaltando que há inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no inciso XXXV do artigo 5º. da Constituição Federal de 1988 o que significa dizer que “[...] está consagrado o direito de ação e defesa, um direito público e subjetivo de exigir do estado a prestação da tutela jurisdicional” (RODRIGUES, 2000, p.56). Todavia, assevera o autor que, esta prestação há de ser fruto de uma ordem jurídica justa e efetiva, o que significa dizer que, é razoável ao direito subjetivo estar incluso em um processo ético e bem conduzido.

Dito isto, é bom destacar que a lealdade é critério capaz de imantar a boa postura e sinceridade no decurso jurídico, afastando a má fé, aleivosias e tredices tão comuns aos processos equivocados, inobservadores da ética, e que acabam oscilando para as raias da nulidade. Por via contrária, destacamos o encargo das partes, de evitar imposturas, e pugnar pela lealdade e moralidade. Com efeito, Bacellar Filho (1998, p.181) nos ensina que

[...] o princípio da moralidade aplicado ao campo da processualidade administrativa disciplinar, incide justamente na esfera do anseio da certeza e segurança jurídica mediante a garantia da lealdade e boa-fé tanto da Administração Pública que acusa, instrui e debate, quanto do servidor público acusado ou litigante.

Desta forma, a boa-fé e a lealdade como instrumentos processuais garantidores da moralidade administrativa no exercício da competência disciplinar do processo produzem certeza jurídica e sensação de justiça. Diz Bacellar Filho (1998) que esses sentimentos consubstanciam elementos objetivos capazes de definir métodos adequados e práticas do bom comportamento administrativo no PAD.

Isto por que a boa-fé, conclui ele, “[...] incorpora o valor ético da confiança, retrata a integração do ordenamento às regras ético materiais de finalidade, crença e confiança” (BACELLAR FILHO, 1998, p.181). Na esteira de Celso Antonio Bandeira de Mello (2008), entendemos que os princípios a lealdade e boa-fé estão inclusos no conjunto que

abriga o cânone ou princípio da moralidade na Administração Pública, e como tal, é recomendável que esse conjunto ético possa irrigar o PAD.

Diz Bacellar Filho (1998, p.182) que a boa-fé e a lealdade possuem um campo fértil no processo administrativo disciplinar, podendo manifestar-se de várias formas, dentre elas o autor cita o “[...] exercício de poderes e faculdades em relação ao tempo” pois a fixação de prazos adequados para a prestação de informações no PAD é uma variável que pode ser exercitada como imposição de obstáculos às partes.

Além disso, o autor ressalta como lealdade e boa-fé o exercício da retórica e boa argumentação sendo levado a cabo no interior do processo, eis que o estabelecimento de um debate processual leal expõe os argumentos de forma clara, sem lançar mão de expedientes falaciosos ou manobras de intrujice que certamente causariam lesão na imagem processual. Bacellar Filho (2011, p.204) destaca que “a decisão é o juízo que resulta da síntese das opiniões opostas, e pressupondo-as, supera e resolve todas as contradições”.

Outra forma de exercer lealdade e boa-fé diz Bacellar Filho (1998, 182) é o meio probatório, pois “[...] os meios de prova devem limitar-se aos fatos debatidos para evitar a maliciosa dispersão do material probatório e demonstração de fatos irrelevantes”. Sem dúvida que o conjunto probatório se consubstancia no exercício da dialética demonstrada pelas dinâmicas da tese e antítese trazidas ao lume do processo para se formar um juízo de valor adequado. Todavia, a elasticidade exacerbada de demonstração de meios de prova, muitas vezes esconde falaciosas ações dilatórias que somente servem para delongar, procrastinar ações no PAD.

Por fim é mister destacar a civilidade e urbanidade que se deseja na condução do PAD, pois boa-fé e lealdade humanizam a relação entre Administração e servidores no processo administrativo disciplinar, em uma relação de ética que civiliza as relações sem que haja autocracia e sem ferir a dignidade das pessoas envolvidas. Sobre a temática Iocohama (2006, p. 45) tem a dizer que

[...] a expressão lealdade se confundirá com a boa-fé objetiva, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito. Lealdade é um modelo ou padrão de comportamento estabelecido nas pautas social e legal.

Além da lealdade enquanto padrão ético de conduta, há que ser observado também a lealdade processual, esta é uma espécie particular de ação onde a figura própria do

processo é a base de sustentação para os atos emanados pelos sujeitos. Recomenda-se portanto, a estes, que exercitem condutas adequadas, envolvendo padrões de sociabilidade de acordo com seu tempo e cultura, o que se pode chamar de civilidade ou urbanidade.

Pelo exercício da urbanidade se espera relações pautadas no respeito e boa convivência nos meandros tão delicados de um processo administrativo inquisidor, mas que nem por isso há de ser agressivo e ultrajante. Pela urbanidade se exercita uma relação mais humana na marcha do PAD, sem que para isso seja quebrado o princípio da impessoalidade, nos lembra Bacellar Filho (1998). Isto por que a moralidade é corolária da boa conduta e da observação dos direitos e garantias fundamentais, o que implica agir de boa forma, evitando-se assim comportamentos inadequados. Eis que a urbanidade é corolária da lealdade processual. Iocohama (2006) explicando a temática revela que projetando-se a noção etimológica da expressão lealdade, é possível fazer-se várias inferências.

Dentre elas há também na doutrina processual pátria o relevante encargo de colaboração que, emerge não só das regras infraconstitucionais, mas da própria Constituição que tem a perspectiva de construir uma sociedade justa e solidária, e dispõe esse porvir como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Assim, no desenvolvimento do processo há de ser observada a colaboração entre partes, e entre Estado e partes, sempre balizados pela urbanidade, lealdade e boa-fé – estrada que conduz à justiça mais eficiente, inclusive encontrando guarida no princípio da duração razoável do processo.

Daí se poder afirmar, finalmente, que a visão mais provecta de vislumbrar o processo como mero meio ou instrumento, vem sendo cambiada pelo conceito de processo como meio recurso ético voltado ao fim social, pois é através da dialética que se pode efetivar o provimento jurisdicional mais adequado e corretamente aderente à verdade.

Finalmente é preciso destacar que na postura ética que cerca o processo administrativo, tanto os magistrados que se debruçam sobre os processos na esfera jurídica, quanto a comissão como um todo, e ainda a autoridade administrativa que ensejou as vias disciplinares, têm relevante encargo de, observar a pauta principiológica, e notadamente julgar com isenção, o que implica dizer, com imparcialidade.

Iocohama (2006) destaca que o processo haverá de ser conduzido com isenção, o que se consubstancia no afastamento equidistante das partes, não desvirtuando sua atividade de maneira a favorecer nenhuma das partes, intencionalmente ou não. As regras do Artigo 134 do Código de Processo Civil, diz o autor “[...] induzem tal imparcialidade ao dizer que ao juiz é defeso exercer suas funções no processo contencioso ou voluntário” (IOCOHAMA, 2006, p.75), consubstanciando casos de impedimento e suspeição. Sendo assim, a ética, a alteridade, lealdade e boa-fé e imparcialidade dentre outros aspectos são elementos vetores no processo administrativo disciplinar.

Após discorrer sobre a doutrina que versa sobre os processos administrativos, passamos agora à pesquisa de campo, propriamente dita, na qual conforme destacamos na introdução, foram analisados os processos administrativos disciplinares.

3 ANÁLISE DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Neste terceiro capítulo demonstraremos a pesquisa empírica, portanto, desde logo destacamos ao leitor que, por ser incomum esse tipo de trabalho no campo jurídico, achamos por bem fazer uma ancoragem segura em nosso percurso. Daí que, dividimos o capítulo em dois momentos.

No primeiro deles, demonstramos o percurso metodológico, explicando os aportes da pesquisa, fazendo breve incursão sobre o método fenomenológico levinasiano e as categorias escolhidas nesta pesquisa (alteridade, sensibilidade, o rosto, o outro, a justiça restaurativa, contraditório e ampla defesa) assim, os autores que deram suporte ao nosso percurso foram: André Dartigues (1973), Paul Ricoeur (2009), David Cerbone (2012), Merleau Ponty (1994), Aquiles Cortes Guimarães (2007) e Luciano Santos (2009), doutrinadores que se debruçaram sobre a fenomenologia levinasiana.

Seguindo ainda na primeira parte do capítulo, informamos também as configurações da pesquisa, quais sejam: o tipo de pesquisa, o universo pesquisado, a amostra, e a seleção da amostra. Portanto, os autores que sedimentaram esta parte foram: Creusa Capalbo (1983), Job Leivas (1980), Aparecida Bicudo (1997) e Daniel Moreira (2012), doutrinadores que escrevem sobre o método fenomenológico nas pesquisas em ciências sociais.

Na segunda parte do capítulo, descrevemos a pesquisa de campo propriamente dita, a empiria ou análise dos processos administrativo, fazendo uma aproximação de cada fase do processo administrativo tanto com a legislação que lhes dá direcionamento, quanto com a responsabilidade ética levinasiana pelo outro. Assim, a responsabilidade é um eixo que se subdivide em: alteridade e fenomenologia do subjetivo, já que o processo envolve alta carga de discricionariedade. Importa destacar que, na ética levinasiana a responsabilidade, a alteridade e fenomenologia do subjetivo se amalgamam, enleando a sensibilidade e resultando, portanto, na individuação da empatia com o outro.

Ressaltamos nossa opção por essa divisão capitular, na perspectiva fenomenológica didática de melhor compreensão, mas temos a clareza de que em fenomenologia esses elementos não se dicotomizam. Passamos pois, para a explicação da primeira parte do presente capítulo.

3.1 O PERCURSO METODOLÓGICO: O OLHAR DA FENOMENOLOGIA

Considerando que, na área jurídica a impessoalidade crê no récipe das legislações, operando pelo imperativo da razão, reputamos que, essa perspectiva pode converter a percepção em uma sensação balizada por previsões que muitas vezes deixam escapar o essencial. Se a certeza e previsibilidade da legislação operam na rapidez, essa univocidade implícita pode criar, também, um espaço ou ambiência que forja opiniões monolíticas, podendo essas, essas muitas vezes, se apresentarem injustas.

A partir do que foi dito antes, optamos pela fenomenologia hermenêutica de Emmanuel Lévinas como método nesta pesquisa, pois segundo Guimarães (2007, p.44), “[...] a vida do direito é movida pela [corrente] social e histórica que a cada momento descobre caminhos nunca antes imaginados na destinação humana”. Portanto, diante de uma ciência jurídica explicativa, recheada de modelos, nos quais cada um exige para si, a primazia da decifragem do direito, diz o autor ainda que,

Em meio a todos os enredos construídos pela modernidade, [a fenomenologia] representa o modo de pensar mais aberto [...] logo, pensar fenomenologicamente, significa retornar ao sujeito, voltar-se a si mesmo, tendo como diretriz [a sensibilidade] (GUIMARÃES, 2007, p. 49).

Nossa opção pela fenomenologia é por que, consideramos a pessoa, o ser, mais em evidência do que as instituições, o Estado e o próprio princípio da supremacia do

interesse público que os abriga. Dito isto, esta escolha obriga-nos a dar um rápido mergulho na história desta corrente, ressaltando ao leitor desde logo que, este percurso embora não faça parte de nossos objetivos, é importante para bem ancorar o método escolhido na pesquisa. Começamos por uma breve análise em Husserl, para depois desaguar na fenomenologia hermenêutica de Emmanuel Lévinas, nosso método de pesquisa neste trabalho.

Segundo Marcondes (2006, p. 257) “[...] a fenomenologia é o movimento filosófico inaugurado por Husserl e desenvolvido [no início do século XX], sobretudo, na França e na Alemanha”. O termo fenomenologia, é derivado do vocábulo grego *phainesthai*, continua o autor, “[...] e foi inicialmente utilizado pelo filósofo Johann Lambert [no século XVIII] para caracterizar a ciência das aparências” tendo um significado que, de modo geral, significa mostrar, revelar.

Destacamos que, foi com Edmund Gustav Albert Husserl, que a fenomenologia ganha corpo com os estudos da consciência, pois o autor descreveu o fenômeno enquanto uma representação do objeto na mente do observador. Portanto, Husserl explica a fenomenologia como uma ciência descritiva da essência dos fenômenos. Com isso, se pode dizer que, Husserl retorna a Descartes com a perspectiva de um rigor no método de observação, pois ao tratar da consciência, o faz de forma racional explicando que, ao analisar o fenômeno e captar sua essência, é interessante depurá-la.

Isto por que, sendo a essência entendida como ideais de significação, então, ela é dimensão inalterável do fenômeno, não importando as circunstâncias contingentes de sua realização, ela sempre se fará presente. Ou seja, a apreensão do fenômeno ou percepção, é atitude que prevê excluir da consciência os juízos de valores, de maneira tal que, o olhar que mira o objeto, mergulha no esquecimento das impressões anteriores, para captar a verdadeira substância.

Por outras palavras, diz Husserl que, isto significa expurgar da consciência a *doxa* (opiniões, crenças, conceitos) para apreender a essência daquilo que está sendo observado, pois o sentido ou essência do fenômeno lhe é imanente. A esse exercício Husserl denomina *epoché*, uma suspensão, ou seja, deixar o fenômeno entre parênteses para retornar as coisas mesmas. Assim, explica Dartigues (2008, p.19) que, “um postulado da fenomenologia é que o fenômeno seja lastrado, que seja logos ao mesmo

tempo que fenômeno. Não se pode, pois, conceber o fenômeno como uma película de impressões ou uma cortina atrás da qual se abrigaria o mistério das coisas em si”.

A partir de Husserl, a fenomenologia se expandiu em duas correntes: a fenomenologia existencial de Jean Paul Sartre e Merleau Ponty; e a Hermenêutica Fenomenológica de Heidegger, Gadamer, Paul Ricœur e Emmanuel Levinas. Sendo que, para este trabalho, consideramos como arrimo, a fenomenologia levinasiana, uma vez que, o autor parte da *epoché* e amplia a visão iniciando um aporte com a ética, para chegar ao mais alto grau de solicitude com o ser humano, com a ideia de sensibilidade e alteridade.

A ética fenomenológica em Levinas é a-territorial, heterônoma, um conceito que, junto com a alteridade, consegue imantar outros conceitos tais como exterioridade, empatia e respeito pelo outro, temática que julgamos adequada para analisar o curso dos processos administrativos, já que eles envolvem, certas vezes, uma relação inarmônica do Estado, com seus administrados.

Sendo assim, consideramos a alteridade o próprio cerne fenomenológico da análise, uma vez que Lévinas amplia o trabalho de Husserl e alarga a obra de Heidegger, pois passa a vislumbrar não só o ente, mas a ele concede um rosto. Ou seja, em Levinas o “eu” se inclina ao outro em uma relação de “ser-para”, diferente de Heidegger, que descreve o conceito do “eu” como um estar junto ou “ser-com”.

Eis que, a ética é responsabilidade incondicional em Lévinas, já que o rosto e o outro são unicidades, suas singularidades desafiam a impessoalidade que tudo padroniza. Essa afirmativa pode ser comparada ao próprio fluxo do processo administrativo, interpelado por duas variáveis: de um lado a legislação que o padroniza e o impessoaliza, e de outra banda, os casos concretos que o individualizam como rostos, cada um deles com feições diferenciadas. Assim, cada caso concreto dilata sobremaneira a interpretação lançando o vogal à angústia da discricionariedade e a interpretação vinculada, que restringe o alcance da sensibilidade, equacionando tudo.

Sendo assim, em um mundo povoado por leis, códigos e jurisdições, a impessoalidade é um traço característico, uma vez que, a necessidade de prescrições tenta homogeneizar conceitos. Ao assim fazê-lo, a padronização pode dissolver a responsabilidade com o

outro ou desconsiderar suas súplicas no caso concreto. Esse é o ponto de vista comum entre Heidegger e Lévinas, na fenomenologia.

Portanto, foi entendendo a obra de Lévinas como aporte descritivo e crítico, que leva em consideração o outro, e que, tenta caminhar no contra fluxo, no antagonismo da impessoalidade e da padronização que, neste trabalho, propomos o método fenomenológico como ponto de ancoragem para analisar os processos administrativos.

Ao trabalhar a pesquisa empírica e a apreciação do processo como um todo - cotejado à doutrina levinasiana e a legislação - almejamos uma imersão no iter processual, buscando a experiência vivida na perspectiva de melhor entender a relação do eu com o outro e a sensibilidade remetida à alteridade implícita nos avanços e contradições do iter processual.

Na continuidade desse traço epistemológico, a pesquisa evitou o sobrevoo afastado, neutral, de analisar somente os princípios do contraditório e ampla defesa, a partir da legislação posta em iter processual. Ao invés disso, a pesquisa enriqueceu o estudo com a busca da ética no processo, um traço fenomenológico, já que estar na presença do outro na marcha processual, implica um paradoxo que pode manifestar no vokal, tanto ameaça quanto temor. Mas pode desencadear também no processado tanto uma responsabilidade quanto apatia pelo processo.

Logo, pela lente hermenêutica fenomenológica, interrogamos essas formulações pelo horizonte levinasiano, entendendo que o sujeito é substancialidade, autonomia e alteridade, mas também pode ser afastamento e neutralidade. Assim, o olhar de Lévinas enriquece a observação da pesquisa no curso do PAD, fazendo emergir o que está implícito nas entrelinhas, tornando o texto visível, rico de observações, silenciamentos e discursos. Sobre este aspecto, é bom lembrar Santos (2009, p.32), destacando que,

[...] na perspectiva fenomenológica, a coisa em via de mostrar-se é retirada de sua cristalização quidativa, de sua estrita objetividade, para remeter-se ao horizonte constitutivo de seu aparecer, no qual uma gama indefinidamente rica de vivências, saberes e contextos, conflui de modo a conferir ao fenômeno um caráter aberto e complexo.

Dito isto, ressaltamos que em Lévinas, a sensibilidade é a subjetividade para além do que está nas entrelinhas do escrito. Em direito, ela se situa no objeto, no caso concreto, na conexão da discricionariedade com a ética. Daí que, em vista do que foi dito, passamos a descrever o percurso da pesquisa, pelas vias do método fenomenológico,

reforçando que o procedimento característico deste método, “[...] consiste em deixar, na constituição, um lugar primordial para a sensibilidade” (LEVINAS, 1999, p.143).

O trabalho de campo desta pesquisa teve uma duração aproximadamente de 30 meses, desde o primeiro contato com o órgão público, a autorização para entrar no campo de pesquisa e a inserção *in loco* propriamente dita, o transcurso se mostrou sinuoso e cheio de reminiscência. Estas contingências são típicas do método fenomenológico, que na inteligência de Santos (2009, p.32) “[...] se caracteriza pela situacionalidade, à medida que o fenômeno é visado no *hic et nunc* de seu acontecer e de se mostrar-se, no seu inacabamento, portando uma riqueza inesgotável de sentido”.

Conforme foi dito na introdução, na pesquisa de campo nosso trabalho se dividiu em dois momentos: tivemos um diálogo aberto sobre a temática com o Presidente da Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar de uma autarquia federal para em seguida fazer a inserção nos arquivos do SERPROG para pesquisar os PADs transitado em julgado.

Isso foi possível através do mapeamento ou estabelecimento do arco temporal, delimitado entre os anos de 2007 a 2009. Nossa opção em fazer um recuo histórico e analisar processos já encerrados é justificada por que, durante a fase de desenvolvimento do processo - embora haja o princípio da publicidade - ele é documento sigiloso por envolver temas sensíveis e pessoas com direito às garantias fundamentais como proteção do nome, imagem e reputação, isto tanto no polo ativo quanto no polo passivo processual.

Já de início, essa configuração do sigilo e do zelo nos conduz à ética da epifania facial levinasiana, pois segundo Dartigues (2008, p.140) “[...] o semblante é revelação do infinito. Em sua nudez o semblante é um símbolo que assinala a si próprio, uma subjetividade, uma alma”.

Já que, a partir da ética não é possível ao pesquisador acompanhar o processo em vias de desenvolvimento, optamos por estudar o recorte temporal compreendido entre 2007 e 2009 por que a partir de 2007 a CGU começou a estabelecer um controle correccional mais denso na administração pública, fazendo cruzamento de dados eletrônicos *inter* órgãos públicos, ocasionando um volume maior de denúncias, o que por sua vez resultava em PADs; eis que a quantidade de processos se elevou excessivamente a partir

de 2007, vindo a cair em declínio no ano de 2009, e depois se estabilizou; daí nosso interesse nesta fatia temporal (2007-2009).

Temos a informar também que, encerrado sua trilha nos 60 dias previamente estabelecidos pela lei, o processo concede uma resposta ou prestação jurisdicional à sociedade, encerrando seu ciclo, e então se transforma em documento oficial arquivado, passando a se constituir como memória institucional do Estado, podendo ser consultado para auditoria, pesquisa e demais trabalhos científicos. Foi o nosso caso. Então os processos coletados, tiveram sua essência explorada a partir da análise fenomenológica.

Sobre o conteúdo e essência dos PADs, de um modo geral, temos a relatar que, a maioria da temática abordada diz respeito aos aspectos cotidianos internos dos órgãos públicos. Reiteramos então que, grande parte do iter envolve temas administrativos mais singelos tais como: descumprimento de jornada pelo servidor, quebra de hierarquia, acumulação ilegal de cargos, ausência ou falhas na licitação, etc. Ou seja, o teor do PAD são temas regulares, não extraordinários ou de menor relevância, se comparado, por exemplo, à crueza de processos da esfera penal envolvendo valores como vida e integridade física, por exemplo.

Todavia, esse aspecto singelo não torna o PAD menos merecedor de atenção, pois os processos também envolvem para os servidores uma carga alta de agentes estressores e sofrimento psicológico. Mais uma vez, reiteramos que essa pauta envolve sensibilidade, uma vez que a observação receptiva, no enleir levinasiano não se fecha sobre um sistema salomônico, mecânico e fragmentado do percurso legal, típico das formas correntes da racionalidade. Ao contrário, a sensibilidade envolve cuidado, responsabilidade e heteronomia, no sentido de desenvolver uma transcendência que se revela na individuação dos sujeitos.

Assim, como o PAD envolve direitos de personalidade⁵² tais como: nome, imagem e privacidade de servidores públicos nossa inserção no campo de pesquisa não foi fator dos mais fáceis, desde o pedido de entrada no campo até a obtenção da leitura dos documentos processuais⁵³ propriamente ditos, enfrentamos desafios e dificuldades que pareciam querer afastar o pesquisador do trabalho de campo dada a quantidade de

⁵² Sobre o tema, o Código Civil trata nos artigos 11 a 21 os direitos de personalidade. Dentre eles: nome, imagem e a vida da pessoa.

⁵³ Os processos administrativos são constituídos por documentos inerentes a cada fase, somados os papéis ou fontes probatórias acostados neles.

óbices enfrentados, traduzidos em burocracia, protocolos e papéis a ser providenciados para solicitar autorização.

Se para Max Weber essa configuração burocrática é o papelório, retomando a fenomenologia, Heidegger (2000) a denomina como o impessoal e explica que ele exerce sobre a existência humana um império de padronização que acaba por obscurecer e encobrir as coisas e as relações humanas. O impessoal, diz o autor, é difuso, está em todas as partes e quase sempre, antecipa juízos e decisões despojando o ser. O impessoal, para este trabalho, são as regulações as normas, as autorizações com os quais o pesquisador se defronta no campo, ele tem uma conotação bilateral, tanto pode resultar de uma autorização para pesquisar, quanto, por via contrária, pode encerrar possibilidades, fechando o campo de pesquisa.

Diante disso, passamos a descrever nossa trajetória em campo, explicando o impessoal enquanto órgãos metaforizados com os quais precisamos dialogar para obter dados sobre os quais nos debruçamos para finalizar a pesquisa. Fenomenologicamente, consideramos que, a partir da intelecção de Richardson (1999), nosso universo de pesquisa foi a autarquia analisada com seus órgãos constituídos, dentro dos quais retiramos a amostra para pesquisar.

Começamos então nossos relatos de campo pela descrição dos órgãos analisados: a autarquia, a CPPAD, e o SERPROG trazendo a lume que a análise fenomenológica “[...] diz respeito ao vivido, à intencionalidade, à intersubjetividade, ao mundo da vida (CAPALBO, 1983, p.6)” Estes são os temas que reaparecerão na instituição pesquisada, a qual passamos então a descrever.

Destacando a visão interrogativa da fenomenologia, com a qual Martins (1984, p.75) afirma que “[...] para fazer a descrição do fenômeno é preciso que se inicie e se prossiga a interrogá-lo”, lembramos que, essas questões e interpelações foram feitas pela pesquisa de campo realizada em uma Autarquia federal que atua na área de educação. Estando situada no Estado do Espírito Santo, a instituição tem desempenho de alta *performance* nos vários municípios onde procede suas atividades.

Com a cautela de preservar a identidade dos envolvidos, ocultamos o nome da autarquia, assim como, não identificamos os servidores componentes nem da Comissão

de PAD, nem dos processos analisados. A autoridade máxima da autarquia teve seu cargo aqui denominado como “gestor”, para evitar identificações.

A autarquia tem grande tamanho e complexidade de atuação; porém, na área de processo administrativo disciplinar tem apenas dois órgãos de correição: uma ouvidoria, e a Comissão Permanente de Processos Administrativos (CPPAD), sendo que, esta última é o *locus* de pesquisa de onde retiramos a amostragem de nosso objeto de estudo.

É no interior da CPPAD que os processos são desenvolvidos, logo, o que se pretende neste estudo fenomenológico, é entender as instituições que formam o PAD e suas respostas ao iter. Para tanto, “[...] é necessário pôr em prática, desde o início, a análise fenomenológica descritiva” (MARTINS, 1984, p. 76), pois, à medida que as narrativas vão se constituindo, surgem na urdidura ou tela, a compreensão das instituições e seus fenômenos. Passamos a descrever fenomenologicamente a instituição processante.

A Comissão Permanente de Processo administrativo Disciplinar (CPPAD) é órgão de assessoria do gestor, portanto é independente e está perfeitamente alinhada com o Artigo 149 da Lei 8.112/90. Vejamos:

[...] O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observando o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo.

Quanto à adequação física das instalações onde funciona a CPPAD, relatamos que, na instituição analisada a Comissão funciona anexa ao maior escalão administrativo (nível estratégico) da autarquia - em prédio adequado composto de três ambientes: uma secretaria, a sala da presidência e a sala anexa onde normalmente os demais servidores trabalham nos PADs. O órgão é fisicamente organizado, apresentando ambiente consentâneo, com limpeza, ventilação e acústica apropriadas ao objetivo para o qual foi criado, logo está de acordo com as exigências da CGU.

Levando-se em conta os esforços de colimar os fins processuais na oitiva dos sujeitos a CGU (2009, p. 239) destaca a necessidade de um ambiente propício para que sejam realizados os atos em perfeita circunspeção, e assim destaca o caráter reservado que, preferencialmente se espera que as reuniões mantenham, em seu desenvolvimento. Isso significa que à CPPD há um relevante encargo, qual seja, o de presar por um ambiente físico insalubre, reservado, evitando assim, expor os envolvidos - tanto a Comissão quanto os processados - a eventuais desconfortos físicos e psicológicos. Vejamos:

[...] no curso de seus trabalhos apuratórios a comissão pratica, em síntese, a seguinte rotina: reúne-se isoladamente para analisar os autos, para elaborar os próximos rumos a serem dados às apurações, para discutir temas técnicos ou procedimentais e, sobretudo para decidir os atos de instrução probatória que pretende realizar (CGU, 2009, p.239).

Como estamos diante do método fenomenológico, é importante destacar os passos deste, segundo Spielberg (APUD, MOREIRA, 2002, p.97), quais sejam: “[...] a investigação de fenômenos particulares, a investigação de essências gerais, a apreensão de relações fundamentais entre as essências, a observação dos modelos de dar-se, e a interpretação do sentido dos fenômenos”.

Assim, a investigação das estruturas que formam o PAD, é uma percepção intuitiva que requer grande observação sobre o objeto, sem contudo, perder a capacidade crítica. Isto por que, ao investigar a ética e sensibilidade levinasiana e a preocupação com o sujeito, é necessário analisar as instalações onde serão ouvidos os processados para demonstrar “[...] as nuances mais sutis do fenômeno e deixar-se levar por uma sensibilidade que observa detalhes relevantes” (MOREIRA, 2002, p.97). Daí nossa preocupação desde logo, em analisar não somente a comissão de vogais, mas a estrutura onde essa comissão atua, para poder captar a essência ética de suas decisões.

Assim, desde logo, ressaltamos a boa ambientação física da CPPAD, congruente com o funcionamento processual. Julgamos apropriada a forma de atendimento ao público externo, isto porque, na qualidade de pesquisadora nosso primeiro contato com a comissão ou inserção no campo de pesquisa, se deu por via telefônica e foi eficaz, a secretaria entrou em contato com a presidência e no mesmo dia marcou horário para efetivação da entrevista. Começamos assim, nosso trabalho de campo.

No dia marcado, pontualmente o presidente nos recebeu disponibilizando razoável tempo de sua agenda e atenciosamente respondeu às perguntas da pauta de diálogo. Informou que é servidor de carreira, estável, e demonstrou conhecimento técnico sobre o tema. Também forneceu um histórico da Comissão e disponibilizou documentos institucionais que narram a história do órgão. Passamos fenomenologicamente a analisar os documentos.

Através da portaria no. 059 de 19 de janeiro de 1998 foi constituída a Comissão Permanente de Processo Administrativo (CPPAD) pelo gestor da autarquia. Informa o documento que, a autoridade resolveu criar um grupo permanente com o objetivo de

cumprir suas atribuições estatutárias, e principalmente “[...] proceder a imediata apuração das responsabilidades decorrentes de desaparecimentos, danos de bens patrimoniais e improbidades administrativas de servidores e terceiros investidos na função pública” (PORTARIA n. 059/1998).

O documento informa também que, a CPPAD funciona de acordo com sua portaria de instauração e Regimento Interno. Neste aspecto, a norma compõe nominalmente uma comissão composta por quatro servidores ou vogais, sendo um deles o presidente, dois são membros e o terceiro é secretário com lotação vinculada ao órgão de forma permanente. Importante ressaltar, desde logo, o caráter de *staff* ou assessoria da comissão, significando que é um grupo nomeado *ad nutum* pelo gestor; porém em suas atuações o colegiado é soberano, autônomo, e independente. Por conseguinte, a tradição fenomenológica é muito mais sensível ao olhar do outro, na perspectiva de torná-lo emancipado, insubmisso, sendo que, quando se pesquisa pelo filtro fenomenológico, essa acertada isenção da CPAD significa,

[...] liberdade na construção intelectual, no encadeamento de ideias, na formação do raciocínio, na conjectura de decisões, na discussão de rumos a serem tomados e na manifestação de pensamentos, de opiniões e de objetivos [atuando] protegida de constrangimentos ou coações (CGU, 2009, p. 241).

É salutar dizer também que, a autonomia supracitada pela CGU dá a CPPAD uma roupagem administrativa de órgão de aconselhamento e manifestação por meio de pareceres, sem contudo, ter a competência para tomada de decisão, pois esta cabe ao gestor. Daí o caráter de órgão intelectual ou *staff* de alto nível da CPAD. Chiavenato (1987, p. 301) ensina que o órgão de assessoria ou *staff* pode ser descrito como “[...] a prestação de serviços especializados e de consultoria técnica [executados] através de sugestões, recomendações, consultorias e assessorias”.

Atualmente, informa o presidente, os quatro servidores que compõem a CPPAD têm formação na área de conhecimento abrigada no PAD. Alguns têm formação em direito e outros em administração, sendo que alguns deles já receberam treinamento especializado pela CGU. Daí se poder afirmar que, a Comissão representa um grupo que tem especialidade na área requerida pelo PAD, e que a equipe tem experiência na área, alguns deles na CPPAD há mais de cinco anos.

Esse fator de especialidade, não significa todavia que, cada um dos membros trate o problema do PAD como elemento especializado e simplista, logo, a fenomenologia levinasiana nos lembra a todo instante que, a relação como o outro não é meramente epistemológica, mas ética. Então, a análise realizada pelos vogais, na visão fenomenológica, é uma visada do processo enquanto um conjunto de dados e não mero fragmento. Aliás, diz Cerbone (2012, p. 203) que,

[...] analisando a obra Totalidade e Infinito, de Lévinas, o termo totalidade é o telos subjacente, ou seja, o objetivo de compreender tudo o que existe através de uma estrutura, teoria ou sistema omnicompreensivo. Levinas se refere a essa totalidade como um esforço para tornar tudo inteligível de acordo com nosso sistema de princípios.

Quando se deseja analisar fenomenologicamente e se dá a comissão a capacidade de análise estrutural do processo, vem à tona às atribuições dos vogais, nelas é possível perceber que a portaria concede poderes à Comissão para apurar o que for devido, podendo inclusive designar outras comissões processantes especiais. Estas, todavia, diferente da CPPAD, têm tempo de duração precário ou prévio com estabelecida duração e finitude, ou seja, são membros *ad hoc*, significando dizer que atuam na comissão processante especial, e depois retornam a seus departamentos de origem.

Frisamos mais uma vez que, a comissão processante especial, por seu caráter *sui generis* de temporalidade e vinculação, difere da CPPAD que é grupo permanente e com lotação definitiva no *locus* de assessoria *ad nutum* do gestor. Portanto, como órgão permanente a CPPAD faz parte do organograma administrativo da autarquia pesquisada, sendo uma exigência das Leis 8.112/90⁵⁴ e 9.784/99, já trabalhadas no primeiro capítulo desta pesquisa.

A Comissão tem uma pauta elástica de poderes delegados pelo gestor, principalmente por que, segundo nos informa o presidente, a CPPAD se responsabiliza pelos Processos Administrativos Disciplinares da autarquia como um todo. Diferentemente das sindicâncias - que podem ser desenvolvidas nos departamentos com certa autonomia, inclusive de arquivamento no próprio órgão que a gerou - o PAD tem uma dinâmica diferenciada por que trata de temas sensíveis ou punições mais severas tais como suspensão acima de 30 dias, demissão, devolução ao erário, cassação de aposentadoria.

⁵⁴ Regime Jurídico dos Servidores Públicos.

Nas situações acima elencadas, a sindicância evolui para o PAD, diz o presidente, a partir deste ponto, continua ele, “o processo necessariamente toca à competência da CPPAD, que então avoca para si a responsabilidade para o desenvolvimento jurisprocessual na esfera administrativa” (PRESIDENTE DA CPPAD). Assim investidos na CPPAD os servidores têm uma sobrecarga de responsabilidade notória, mas o destaque são as atribuições de seu presidente, tendo este a obrigação de “[...] promover o que for necessário ao funcionamento da CPPAD, recorrendo a todas as diligências e quando necessário a técnicos e peritos” (Portaria 059/1998).

Importa destacar também a conduta zelosa exigida à presidência, que consiste dentre outras atribuições, aquela de:

[...] manter as atividades da CPPAD com independência e imparcialidade, assegurando o sigilo necessário à elucidação do fato [...] supervisionar os trabalhos da Secretaria-Geral, orientando, acompanhando e avaliando as atividades especiais e os serviços gerais pelos meios que achar adequados (PORTARIA 059/98, Art. 4º.)

Na verdade, informa Mello (2008) que, ao servidor público é atribuído poderes-deveres, o que para Lévinas significa, em relação ao outro, a possibilidade de inserção do pensamento de alteridade e sensibilidade. Então, é possível destacar que, o presidente da CPPAD enquanto servidor público investido em cargo de confiança do gestor, tem poder decisório discricionário. Nesta situação, a hermenêutica levinasiana propõe a filosofia da heteronomia, pois a alteridade de outrem significa subjetividade, algo mais do que aquilo que está prescrito em lei, algo mais do que o saber de representação do alter ego, e que portanto, clama pela ética.

Para ilustrar essa pauta discricionário do Presidente, a portaria de constituição da Comissão permite a ele “[...] decidir sobre os casos omissos com base na analogia, na equidade, e na jurisprudência, salvo quando se tratar de matéria de competência exclusiva do [gestor]” (PORTARIA 059/1998). Além das atribuições da presidência, a portaria também circunscreve o domínio de atuação dos demais membros da CPPAD e da secretaria, e revoga outras portarias anteriores, o que nos faz crer que em 1998 houve uma decisão de reestruturação do órgão, fato confirmado pela presidência que informa estar lá desde aquela época, e que em determinado momento, provavelmente entre 1996 e 1998 o órgão restou acéfalo, sem presidência e sem membros.

Importa destacar também que, nesse primeiro contato no campo de pesquisa, a presidência demonstrou capacidade técnica no diálogo sobre a temática processual, informou que já recebeu treinamento em processo administrativo disciplinar pela Controladoria Geral da União. Percebemos então, sua fluência verbal e domínio de conhecimento na área que atua, pois demonstra informação sobre temas específicos tais como: a terminologia técnica do PAD, a apostila de PAD disponibilizada no site da CGU, a doutrina sobre PAD. Portanto, no diálogo empreendido, se mostrou familiarizado com o sítio eletrônico da CGU, demonstrando *links* onde se pode obter mais informações sobre os processos administrativos.

É salutar dizer também que, nesse primeiro contato com a CPAD, o grupo demonstrou transparência nas suas operações sobre processo, disponibilizando, de imediato, informações, legislação interna da autarquia e documentos escritos que sedimentaram a descrição de nosso objeto de pesquisa. Neste aspecto, Martins (1984, p.82) recorda a importância da descrição e da extração de significados, a partir da visada fenomenológica, pois para ele “[...] o ver fenomenológico é experimental, atento, e não se dá apenas diante dos objetos empíricos, mas se produz também, diante da própria experiência que se apresenta de formas diversas – através dos sentidos, da imaginação e da percepção”.

Logo, a partir dos documentos analisados, inferimos que, o órgão funciona a contento, deixando a imagem de boa administração, lisura, seriedade e colaboração, tanto que informou corretamente os passos seguintes para a continuação da pesquisa.

E assim, o presidente nos sugeriu que fosse formalizado um ofício para outro órgão denominado “Serviço de Protocolo Geral” (SERPROG), setor de recepção de documentos e arquivamento de processos, que funciona como memória organizacional da autarquia.

Fisicamente localizado em área mais afastada da CPPAD, o SERPROG é responsável pela catalogação e guarda dos documentos, nos informou o presidente, que lá, é um acervo processual. Nossa inserção no campo de pesquisa empírico para analisar documentos, deve-se ao fato da fenomenologia usar como estratégias de pesquisa “[...] os relatos verbais acerca do fenômeno, as descrições de experiências, os relatos orais, e a pesquisa participante (MOREIRA, 2002, p. 118).

Isto porque, continua o autor, na metodologia fenomenológica o foco de trabalho está no fenômeno, então necessariamente, é bom que seja estudado diretamente, observado e descrito, para enfim, ofertar a possibilidade de se captar sua essência ou parcela invariável, ainda no campo de estudo. Portanto, estando encerrada a fase preliminar da pesquisa ou diálogo com a presidência da CPPAD, providenciamos o ofício, e nos dirigimos até o órgão “SERPROG” ou arquivo, órgão que fenomenologicamente passamos a descrever.

O SERPROG nos surpreendeu acerca de sua modernidade para um arquivo público com pouca consulta. Totalmente asséptico, limpo, bem cuidado e de bom atendimento. No balcão de informações ou guichê, após nossa identificação fomos rapidamente encaminhadas para o interior do órgão, recebidas por uma servidora que, surpresa com a pesquisa, atendeu nosso pedido e passou a dialogar sobre o catálogo de fontes.

Informou que o estado de preservação física do órgão deve-se ao fato de reconstrução recente, em virtude de ter sofrido um sinistro ou incêndio no ano de 1994, o que ocasionou perda irreparável de documentos históricos, memórias e relatos do órgão. Informou também que, o período ou arco temporal de nossa pesquisa foi preservado, e se dispõe a auxiliar no que fosse preciso para aclarar nosso objeto de estudo, no entanto mostra-se intrigada com a pesquisa informando que é “incomum alguém decidir pesquisar aqui” (SERVIDORA DO SERPROG).

Tendo sido protocolado o ofício no SERPROG, formalizamos o pedido para análise dos materiais arquivados, sendo que nosso requerimento se transformou no protocolado n. 23068.760370/2013-43 que, por sua vez, percorreu o seguinte trâmite: voltou à presidência da CPPAD para análise e parecer, sendo que, no mesmo dia foi enviado ao gestor para apreciação e autorização.

No órgão gestor, começou uma *via crucis* documental, pois este protocolado teve sua tramitação dilatada ultrapassando inclusive o prazo previsto na Lei de Acesso a Informação, por diversos motivos. Vejamos alguns deles.

Haver-se-á de entender que desde 1988, a Constituição permite a todos o direito de receber dos órgãos públicos as informações de seu interesse particular ou coletivo, assegurando também que os dados devam ser disponibilizados nos prazos adequados. Ocorre que desde a inserção deste direito no Art. 5º. inciso XXXIII em 1988 até o ano

de 2011, quando foi regulamentado pela Lei de Acesso à Informação (12527/2011) os órgãos públicos criaram uma cultura de obstrução aos seus arquivos. Com a autarquia analisada não foi diferente.

Desde a entrada no SERPROG a pesquisadora ouviu questionamentos e sobressaltos do tipo: “[...] o que você quer com isso?” (Balconista “A” do SERPROG); “[...] por que você quer estudar isso?” (secretária do GESTOR); “o que ela quer ‘futucar’ (sic) nos nossos processos?” (Balconista “A” do SERPROG para Balconista “B” do SERPROG diante da pesquisadora) “[...] nunca vimos isto aqui...o que faremos?” (Auxiliar da secretária do Gestor), “isto [a pesquisa] é totalmente incomum...por que você quer pesquisar este tema?” (Atendente do Gestor).

Na verdade, as questões acima proferidas contradizem o artigo 10 § 3º da Lei de Acesso à informação, vejamos: “[...] São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público”.

Mas as inquietações relatadas acima são compreensíveis, lembramos ao leitor, o estranhamento do rosto do outro, a epifania da face que causa espanto. Isto porque, a ampla informação ainda é tema quase interdito em nossa jovem democracia, tanto que a pesquisadora também foi confrontada com as seguintes afirmações “[...] antes de autorizar precisamos ouvir a reitoria, a procuradoria, a ouvidoria, a CPPAD” (chefia de gabinete do Gestor).

Como óbvio, o pedido foi analisado por todas essas diversas instâncias, fato que retardou a autorização e por conseguinte estacionou a pesquisa por 60 dias, outra ação contrária a Lei de Acesso à Informação, vejamos:

Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível.

§ 1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a **20 (vinte) dias**:

I - comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão;

II - indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou

III - comunicar que não possui a informação, indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação.

Não foram cumpridos no prazo acima mencionado os incisos I, II e III e ainda, o órgão gestor reteve o pedido sem decidir. Mas essa inação e falação atônita é razoavelmente compreensível, pois a instituição está se adequando à nova lei. Todavia, é bom lembrar que a Lei está em vigor desde 2011, então a própria adequação é por si mesma lenta, e se torna, certa vezes, um entrave na pesquisa.

Além do mais, diante dos comentários sobre a pesquisa emanados no campo, já de imediato, sentimos falta da epifania do rosto em Lévinas, enquanto intuição sensível que, se dá pela adequada linguagem e proximidade respeitosa com o “Outro”. Essa proximidade, não significa somente vicinalidade corpórea, ocupação do mesmo espaço, mas a capacidade de entender as demandas do Outro. Então, embora compreensível a estranheza, afastamento e apatia dispensados à pesquisa, ressaltamos que ela fere a ética e é, *contra legem*. Quanto a isso, é salutar enfatizar também que, a Lei 12527 de 18 de novembro de 2011, especialmente em seus artigos 3º, 4º e 5º, concede acesso à informação e portanto seus cânones

[...] destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
 - II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
 - III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
 - IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- (ARTIGO 3º).

Analisando esses critérios, a supracitada “Lei de acesso à informação” determina que os dados processados ou não, podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimentos, e que podem ser consultados os registros de informações, pois a Lei entende que “[...] É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão (LEI 12527 Art. 5º)”.

Depois de causar certa estranheza no órgão pesquisado, decorrido os 60 dias o gestor autorizou a pesquisa no SERPROG, determinando todavia, que o acesso aos processos administrativos fosse mediatizado pela CPPAD, órgão habilitado a retirar do arquivo o material requerido ou amostra para pesquisar.

Essa fase da pesquisa é denominada por Richardson (1999) como “coleta ou amostragem do objeto pesquisado”, que neste caso representa a retirada dos documentos ou fonte primária dos arquivos, para analisar. A partir da pesquisa fenomenológica, o “[...] levantamento amostral é um procedimento sistemático para coletar informações que serão usadas para descrever, comparar ou explicar fatos, atitudes, crenças e comportamentos (MOREIRA, 2002, p.30)”.

Ressalte-se que o acesso mediatizado por terceiros é um tipo de levantamento amostral denominada por Richardson (1999) como “amostra intencional ou de seleção racional” aquela estabelecida a partir de certas categorizações definidas pelo pesquisador. Foi o nosso caso, nesta pesquisa, vejamos de que forma.

Delineamos a tipologia amostral a partir do resultado do processo, daí que designamos cinco categorias ou tipos de processos de acordo com seu desfecho ou conclusão, foram eles: processo com devolução ao erário, processo com demissão de servidor público, processo com absolvição de agente, processo com pena aplicada de suspensão.

A partir desses parâmetros os cinco PADs para análise foram selecionados no arquivo pelo presidente da CPPAD, assim nosso acesso ao banco de dados foi parcial, fato que se configura em um aspecto positivo visto que a escolha do objeto é revestida de neutralidade já que é mediada por terceiros. Todavia, o afastamento do pesquisador da erística ou análise de catálogo documental para seleção, pode por sua vez, restringir a exploração e investigação.

Essa limitação é prevista por Richardson (1999) na amostra intencional como uma característica intrínseca da espécie, mas isso, diz o autor, não distorce resultados; por via contrária, assegura o autor que a escolha amostral por terceiros é uma forma de neutralizar possíveis preferências temáticas do pesquisador, afastando assim anteposições e predileções, que poderiam ocorrer caso o próprio pesquisador tivesse, ele mesmo, coletado as amostras na fonte de pesquisa.

Moreira (2002, p.42), no mapeamento das pesquisas fenomenológicas destaca que “[...] claro está, a dificuldade em obter levantamentos [amostrais] perfeitos. Quem faz um levantamento amostral deve acostumar-se a pensar com estes aspectos”. Analisando estes critérios, entendemos nesta pesquisa, que não houve prejuízo na escolha amostral,

embora o acesso concedido pela Lei 12527/2011, não tenha sido cumprido na íntegra, todavia este não é objeto de nossa pesquisa.

Com os processos desarquivados tivemos autorização para fazer cópia xerográfica e analisá-los, e assim finalmente foi cumprida a obrigação do Estado, em conceder acesso aos dados e disponibilizar de forma autêntica a informação, para tratá-la. Sobre o acesso à informação e a possibilidade de pesquisa nos arquivos públicos de quaisquer naturezas, esse é um direito do pesquisador que se configura em ter entrada e receber os dados de forma correta. Vejamos o que diz o artigo 4º. da Lei 12.527/2011:

- VI - disponibilidade: qualidade da informação que pode ser conhecida e utilizada por indivíduos, equipamentos ou sistemas autorizados;
- VII - autenticidade: qualidade da informação que tenha sido produzida, expedida, recebida ou modificada por determinado indivíduo, equipamento ou sistema;
- VIII - integridade: qualidade da informação não modificada, inclusive quanto à origem, trânsito e destino;
- IX - primariedade: qualidade da informação coletada na fonte, com o máximo de detalhamento possível, sem modificações.

É de bom alvitre ressaltar que, recebemos os processos como fontes primárias inalteradas, portanto nesta fase de análise para manter a impessoalidade e a neutralidade eles foram desidentificados. Para aclarar, expomos aqui o tamanho físico dos PADs consultados e a forma de nomenclatura usada em nossa análise:

- o primeiro processo tem 93 páginas e será aqui denominado processo “A” ou PAD “A”;
- o segundo processo tem 184 páginas e será aqui denominado processo “B” ou PAD “B”;
- o terceiro processo tem 184 páginas e será aqui denominado processo “C” ou PAD “C”;
- o quarto processo tem 263 páginas e será aqui denominado processo “D” ou PAD “D”;
- o quinto processo tem 523 páginas e será aqui denominado processo “E” ou PAD “E”.

Cumprida essa fase da pesquisa, passamos a análise do conteúdo de cada um dos PADs, ressaltando que, como pesquisamos os PADS à luz das leis 8.112/90 e 9.784/99 cada processo foi analisado separadamente em suas fases, quais sejam: instrução, defesa, indiciamento, e relatório, para verificar em cada uma delas a oclusão dos princípios do contraditório e ampla defesa e eventualmente, algum outro que porventura surgisse no processo, a exemplo do princípio da bagatela, identificado no PAD “C”, conforme veremos.

Lembramos ainda ao leitor que, a partir da epistemologia do trabalho científico de Richardson (1999), nossa pesquisa teve um tratamento de dados de forma qualitativa, u seja, aquela que tem foco na interpretação e na subjetividade, portanto há uma orientação para o contexto e o reconhecimento de que o objeto de estudo é intrínseco. Moreira (1984), ao tratar das pesquisas qualitativas, ressalta que, seus resultados são analisados não por vias numéricas, mas pelo olhar subjetivo da interpretação, por que, fenomenologicamente, esses estudos focam no ser humano enquanto agente e cuja visão de mundo é o que mais importa para o pesquisador. E assim ressalta que,

[...] o método de investigação crítico, rigoroso e sistemático da Fenomenologia, tem paulatinamente ganhado reconhecimento como uma abordagem à pesquisa qualitativa, sempre que se queira dar destaque à experiência de vida das pessoas, o método fenomenológico pode ser adequado (MOREIRA, 1984, p.60).

E por fim, ressaltamos que, dada a complexidade do tema e a riqueza de informações em cada processo, embora analisados em sua totalidade, foram retirados de cada PAD os fragmentos pertinentes de cada fase para cotejá-las com as Leis 9.784/99 e 8.112/90, e ainda com a ética e hermenêutica. Essa extração amostral de cada fase é para atender os critérios de análise fenomenológica, mas é também para evidenciar tanto a principiologia que envolve a temática, quanto o cumprimento dos direitos fundamentais dos processados. Dito isto, passamos à análise de cada um dos processos, iniciando pelo PAD “A”.

3.2. O PROCESSO “A”: ABANDONO DE CARGO PÚBLICO E MANUTENÇÃO DE RENDIMENTO

Trata-se de um auto com 93 laudas iniciado no ano de 2008, envolvendo um servidor ocupante do cargo de médico (servidor “A”), que responde o PAD “A” por abandono de cargo e inassiduidade habitual no trabalho. Sobre o tema assim define a Lei 8.112/90,

Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.

Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada por sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses.

Como se trata de conduta ostensivamente praticada e que quase não requer contraditório, a Lei 8.112/90 recomenda que nestes casos, seja aplicada a celeridade do rito sumário:

Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133:

[...]

Art. 133. (...) se desenvolverá nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;

II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório;

III - julgamento.

3.2.1 – A fase de instauração tardia: inércia disciplinar face ao abandono de cargo

O processo inicia com um memorando expedido em 01/07/2008 pelo departamento a que pertence o servidor “A”, apontando 30 faltas. Ocorre que, posteriormente a ficha funcional de “A” atesta que ele não trabalhava desde janeiro de 2008, o que na verdade significa abandono de cargo há nove meses (01/01/2008 a 30/09/2008), sendo mantido durante esse tempo, seus vencimentos integrais.

Portanto, já de início destacamos dois aspectos: primevo, a instauração tardia de um longo processo *contra legem*, já que esta, exige celeridade. Em seguida, ressaltamos a inobservância da indisponibilidade do *múnus* de apurar, princípio mandamental de direito administrativo disciplinar, aqui preterido. Ademais, já relatamos alhures que, a autoridade ciente de irregularidades no serviço público, é obrigada a promover sua imediata apuração.

Embora tardio, o memorando se adequa ao que Moreira (2000) denomina noticiamento, uma etapa que traz informações relevantes para nutrir o juízo de admissibilidade. Já de início se percebe no processo “A” a ética da autoridade receptora do memorando, eis que pelo princípio da segurança jurídica, ela anexou a ficha funcional do servidor informando que não constavam nos registros funcionais nenhum tipo de ato, que justificasse a ausência de “A” em seu posto de trabalho.

Em seguida, o documento foi encaminhado ao setor jurídico, que pediu abertura de PAD. Isto posto, se vê no rito, o cumprimento do devido processo legal, um parâmetro assecuratório de ética, e então inicia-se o *iter* processual com o cuidado em oferecer

graus de detalhes e refinamento de informações, evitando assim decisões açodadas. Portanto, aqui já se configura o juízo de admissibilidade do PAD e ponderação com a sensibilidade estando presente no iter processual.

Continuando o rito, a diretora de recursos humanos enviou correspondência à chefia do servidor “A” e ao gestor comunicando a abertura do PAD. Por sua vez, o gestor designou por portaria, em 05 de novembro de 2008, o presidente e os servidores membros componentes do PAD “A”, devendo este ser concluído nos sessenta dias subsequentes.

Ressalte-se também que, já na ata de instalação, a Comissão informou que a portaria que a constituiu fora apreitada em jornal de grande circulação na mesma data da reunião de instalação (12 de novembro de 2008). Observamos, portanto, que houve cumprimento do princípio da publicidade, bem como estiveram presentes, os princípios do contraditório, ampla defesa e ética no iter processual. A partir disso, a comissão enviou correspondência aos interessados, porém, ressaltamos que “A” não foi localizado.

Portanto, consideramos que, no PAD “A” a citação foi cumprida tanto que os envolvidos (chefia, jurídico, p.e.) aquiesceram ao processo, com exceção de “A” que, não sendo localizado, ignorou o comando jurídico, já faltando com a lealdade e *bona fide* processuais. Sendo assim, como forma de cumprimento da ampla defesa foi nomeado a ele um defensor dativo, conforme veremos mais adiante.

Feitas as observações sobre a fase de instauração, passemos agora à exploração da fase do inquérito ou instrução processual.

3.2.2 A fase de instrução: “A” sem lealdade e *bona fide* ao processo

Registre-se que, um processo não é um vetor mecânico de sucessivas fases herméticas umas às outras; por via contrária, elas são um encadeamento dialético sucessivo. Assim, a fase de instrução processual é uma continuação relacional dos fatos, nos quais os vogais constroem o edifício processual nutrindo-o de informação. Portanto, seguindo uma linha argumentativa de facultar defesa a “A”, ausente intencionalmente, foram encaminhadas correspondências ao seu domicílio, mas pelo que se deduz da

documentação acostada não houve localização do servidor “A”. Em seguida a comissão informa que fez citação por via postal com aviso de recebimento (AR), não obtendo resposta. Implica dizer portanto que a tentativa de citar “A” foi infrutífera.

Para demarcar ainda mais o princípio da ampla defesa os vogais reuniram-se extraordinariamente no dia 19/11/2008 para discutir sobre a citação do servidor. Consta em ata que,

[...] tentamos o contato através do número xxxxx constante na ficha de cadastro do servidor [“A”], mas não obtivemos sucesso. Foi encaminhada notificação por AR, mas a notícia que se tem é que o servidor não reside mais no Estado [Espírito Santo]. Deliberou-se pela comunicação com o chefe [do servidor processado] para obtenção de maiores informações quanto à possível localização do servidor para tentar citação pessoal no endereço residencial (PROCESSO “A”, fls. 34).

Portanto no mesmo dia, foi realizada uma diligência com a chefia do servidor “A” que forneceu um número de telefone. Com essa nova informação, um membro da comissão conseguiu falar diretamente com “A” por telefone, certificando em ata:

Atesto que no dia 19 de novembro de 2008 foi feito contato por meio do telefone xxxxx obtido junto à chefia do [servidor “A”]. Foi perguntado se ele não estava trabalhando em seu setor e se havia solicitado demissão, tendo sido respondido que, embora tenha pensado [nisso] não chegou a formalizar o pedido. Foi informado que existe uma “Portaria” (sic) para tratar dessa situação e que necessitamos do endereço para entrar em contato [formal]. Ele [o servidor “A”] solicitou enviar o endereço por *email* (PROCESSO “A”, fls.35).

Registramos a sensibilidade da comissão em, no diálogo por telefone com “A” substituir o termo “Processo” – rude, pejorativo, agressivo – pelo eufemismo “Portaria”, configurando eticidade da comissão no tratamento com “A”. Essa postura de alteridade contrasta com a indiferença de “A”: afastado, alheio, insensível às suas responsabilidades enquanto servidor público, em abandono de cargo.

Cabe reiterar a inobservância de “A” quanto aos mandamentos de lealdade e boa fé no processo jurídico, faltava-lhe pois, um vetor de eticidade, condutas desejadas pelos servidores públicos, que “A” não demonstrava ter. Além disso, “A” fez uma composição incivil, envolvendo protelação com ocultamento, o que denomina o servidor como um descumpridor de mandamentos de eticidades mais essenciais na função pública.

Registre-se ainda que, o servidor acarretou dano vultoso, pois ao abandonar seu posto de servidor público (médico), além de perceber integralmente seus vencimentos, lesando

o erário, acarretou prejuízo maior à administração pública, no sentido de deixar o cidadão que depende dos serviços públicos, sem atendimento. Acresça-se a isso, o trancamento do cargo em abandono, pois antes da conclusão processual, não se poderia contratar outro profissional para ocupar aquele cargo vago. Neste aspecto, “A” além de ignorar um comando legal processual, fora também insensível e sem responsabilidade com sua ética profissional.

Voltando ao iter processual, foi possível observar nos autos o cumprimento do princípio da oficialidade, elemento que se mostra mais efusivo no PAD “A”, que fez muitas citações ao processado, como forma de se proteger de possíveis questionamentos, já que se tratava de servidor em abandono de cargo, com possível exoneração.

Deve-se considerar também, a técnica da notificação ao servidor processado, pois reiteradamente observamos a comunicação dos atos processuais aos superiores hierárquicos de “A”. Isto por que, após a instauração se faz a notificação prévia, dando publicidade por via indireta ao servidor processado através de correspondências enviadas à chefia, ao gestor, ao RH, como forma de dar publicidade e possibilidade de defesa ao acusado, que estava em lugar incerto e não sabido.

Tal ação diligente, parece ter surtido efeito, pois “A” enviou seu endereço residencial por *email*, o que foi demonstrado nas folhas 38 do processo ora analisado. E como a fase instrutória é uma preparação para as demais etapas, a obtenção do endereço residencial do servidor “A” foi condição imprescindível para que se fizesse o mandado de citação, com posterior denúncia.

Registre-se que, esses labirintos para obter o endereço de “A”, é a execução do rito de citação, para cumprir os princípios do contraditório e ampla defesa evitando assim, questionamentos à comissão por possíveis arbitrariedades. “A” no entanto se mantém alheio, desleal ao processo e sem *bona fide*, usando inclusive, de subterfúgios e medidas protelatórias, obrigando a comissão a optar por um tipo de citação onerosa, demorada, e de difícil operacionalidade, conforme veremos adiante. Passamos, portanto, a análise de defesa e indiciamento do processo “A”.

3.2.3 As fases de defesa e indiciamento: *in dubio pro societatis*, servidor exonerado

Com o endereço disponibilizado pelo servidor “A” a comissão enviou mandado de citação expedido por via postal com aviso de recebimento (AR) ou contra fé, assim, em 12 de novembro de 2011,

[...] a presidente da Comissão cita o servidor “A” [...] para apresentar no prazo de **cinco dias** corridos a partir do recebimento deste, DEFESA ESCRITA nos autos do processo administrativo disciplinar – RITO SUMÁRIO – instaurado contra sua pessoa para apurar as infrações de ABANDONO DE CARGO E INASSIDUIDADE HABITUAL (PROCESSO “A”, fls.37).

Ressalte-se que no termo de indicição enviado por via postal foi destacado o direito do servidor “A” de obter vistas ao processo, inclusive por meio de procurador, o que se compreende mais uma vez o cumprimento do princípio de direito de ampla defesa e contraditório.

E para encerrar o termo de indicição e no estrito cumprimento da Lei, a comissão lembrou a “A”, por citação que, a inobservância ou ignorância do comando mandamental pode ser entendida como revelia, acautelando-o que “[...] Fica Vossa Senhoria advertido, outrossim, de que será considerado revel caso não apresente a sua defesa no prazo anteriormente assinalado” (PROCESSO “A”, fls.37).

Ocorre que, a citação foi assinada por terceiro, o que causou certo desconforto na comissão, pois escoando pouco a pouco a dilação, esgotaram-se os cinco dias de prazo concedido sem que o servidor “A” tenha promovido sua defesa, enquadrando-se, de fato, no conceito de revel. Formulemos por comodidade didática uma analogia da revelia com a inércia, pois o servidor “A” desconsiderou o comando jurídico da Comissão, e nada produziu, o que mais uma vez reforça nosso entendimento de deslealdade processual de “A” e ausência de ética com a própria comissão e com seu cargo público.

Conforme antes destacado, o PAD isto recomenda que seja observada a pauta principiológica como um catálogo de lealdade ao processo. Dallari (2001, p.106) lembra que “administrado e administrador devem tratar-se com urbanidade, lealdade e principalmente [...] colaborar para o esclarecimento dos fatos”, o que parece não ser o caso do servidor “A”, inerte em sua defesa, e agora revel.

Enuncia-se com isso que a comissão se debate com duas variáveis antagônicas: passagem de tempo e prazos de trabalho que fluem sem que seja dada uma resposta ao

processo “A”. Some-se a isso a apatia do sujeito “A”, impassível diante do processo, e da Comissão. Malgrado essa problemática, Dallari (2001, p.133) destaca que o princípio da razoabilidade recomenda que “se redobre os cuidados ao examinar processos administrativos punitivos” sob pena de se tomar decisões impulsivas. Daí que, pautada no princípio da eficiência e bom andamento do processo, a comissão decidiu trabalhar com duas estratégias, a primeira delas foi solicitar prorrogação de prazo ao gestor, a segunda estratégia foi enviar nova citação ao servidor “A”, e assim explanou na ata extraordinária do dia 22/12/2008:

[...] tendo em vista a ausência de resposta e o fato de terceiro ter firmado o Aviso de Recebimento, fizemos novamente contato, nesta data, com o servidor por telefone. Fica consignado que confirmamos [que o servidor] se encontra na Bahia, e que recebeu a notificação encaminhada (PROCESSO “A”, fls.46).

Diante do fato, a presidente da comissão deliberou enviar nova citação ao servidor “A”, “[...] desta feita com aviso de recebimento na modalidade Mão Própria⁵⁵” (Fls.46), ato realizado no dia 30 de dezembro de 2008, em período atípico, de comemorações de natal e final de ano. No processo analisado, consta que, após colher informações na vizinhança, o profissional dos correios teria ficado “de plantão por dois dias - 29 e 30 de dezembro - aguardando o horário em que o processado eventualmente aparecesse” (fl. 20).

De forma indubitável, os correios cumpriram a citação e o fizeram com devolução de AR no qual consta aposição da assinatura de “A” no documento, apenso ao Processo “A” nas folhas 48 e 49. Isto atesta por todas as vias de direito que, “A” mais uma vez estava ciente do processo, o que de fato se configura concessão de ampla possibilidade de defesa e contraditório.

Entretanto, “A” permanece sem responder ao processo, ignorando-o e descumprindo a pauta de eticidade, obrigando a movimentação dispendiosa da máquina pública e processual que, por ele aguardava, sem contudo, encontrá-lo no tempo adequado. Essa conduta desleal ao processo, fez a comissão considerá-lo revel e solicitar ao gestor a designação de um defensor dativo, cumprindo assim o Artigo 164 da Lei 8.112/90, que assevera:

⁵⁵ Modalidade de serviço se entrega postal realizado pelos correios, no qual o remetente recebe a garantia de que o objeto por ele postado será entregue somente ao próprio destinatário, através da confirmação de sua identidade, pela apresentação de documento.

[...] considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.

§ 1º. A revelia será declarada por termo nos autos do processo e devolverá o prazo para defesa.

§ 2º. Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Em seis de fevereiro de 2009 o gestor nomeou no Processo “A” um servidor ocupante de cargo efetivo, de nível superior para atuar como defensor dativo, doravante denominado defensor dativo “A” a favor do servidor “A”. Assim é possível perceber o cumprimento do inciso LIII do Artigo 5º. da Constituição Federal de 1988 abrigando o direito de julgamento com a tutela adequada do Estado, em um processo bem instruído. Foi o que ocorreu com o caso em tela, que proporcionou os meios apropriados para o servidor “A” se defender, e ele a todos renunciou.

Certos dessa conduta de “A” a comissão citou e intimou o defensor dativo, em 09/02/2009 para em 10 dias oferecer defesa técnica ao servidor “A”. Para discutir o alcance do enquadramento das infrações de inassiduidade habitual e abandono de cargo público sugeridos pela comissão, o defensor faz defesa técnica evasiva de “A” alegando que,

[...] Por inassiduidade habitual se entende a falta de serviço sem causa justificada por sessenta dias interpoladamente durante o período de doze meses [...] e que as quatro faltas interpoladas no mês de dezembro não são suficientes para caracterizar inassiduidade habitual. Assim como responde também por abandono, o servidor [“A”] estaria sendo punido duas vezes pelo mesmo período de faltas, isto é, haveria *bis in idem* (DEFESA TÉCNICA DO PROCESSO “A”, fls.57).

Diante da defesa quase frágil do relatório e da falta de argumentação de “A” a comissão dá por encerrada as fases de indiciamento e defesa, e parte para construção das fases de relatório e julgamento para enfim encerrar o processo.

Vale destacar o cumprimento dos princípios do contraditório e ampla defesa nas comunicações ao sujeito “A”, e a discricionariedade ou faculdade de decisão, que não se converteu em arbítrio, pois o processo rito sumário embora vinculado à lei em quase todas as suas amarras, também tem um condão discricionário no juízo de aplicação da pena, fato que foi renunciado pelos vogais, que preferiram agir com alteridade e sensibilidade, cumprindo a pauta legada do processo. Estes aspectos serão melhores vislumbrados nas fases seguintes, que passamos a expor.

3.2.4 As fases de relatório e julgamento: justiça restaurativa, pagamento de multa e devolução ao erário

Como se trata de um processo com rito sumário, cujas peças probatórias (memorando da chefia, ficha funcional, e o depoimento por telefone de “A”, alegando que não trabalha e que não pediu demissão) são indiscutíveis, a comissão passou a construir a síntese do processo, edificando seu relatório lógico ou sinopse processual, apresentando-o no dia 20 de fevereiro de 2009.

É salutar exprimir que o relatório cumpriu o *mínus* de clareza e concisão, recomendados tanto pela ética quanto pela legislação, valendo dizer que na peça ora tratada não percebemos quaisquer dubiedades ou obnubilações sobre a decisão a que se pautou o órgão instaurador para decidir. Essa forma cristalina de escrita, também é uma maneira de exercitar eticidade, primar pela alteridade e respeito ao outro e principalmente, vislumbrar ainda, a defesa do agente processado.

O relatório, portanto, encerrou a fase inquisitorial do PAD “A”. Nele, a Comissão descreveu as fases anteriores processuais, derradeiramente se consubstanciado nas informações colecionadas ao longo do percurso, para enfim, expor seu juízo de valor, refutando inclusive a defesa do representante dativo do servidor “A”. Assim, no relatório a comissão assevera que,

[...] para caracterização da infração administrativa de abandono de cargo, é necessário que haja ausência intencional ao serviço por mais de 30 (trinta) dias, de forma ininterrupta. Basta caracterizar o ânimo em abandonar o serviço público, ou ao menos que haja a assunção do risco de caracterizá-lo por uma conduta [de descaso], desinteressada, despreocupada e desidiosa no exercício de funções públicas (RELATÓRIO DO PROCESSO “A”, fls.64).

E assim, a comissão opinadamente diz que “diante das faltas ininterruptas e o domicílio em outro Estado, o que se sugere [no curso processual] é o não interesse [do servidor “A”] de permanecer com o vínculo na autarquia” (RELATÓRIO DO PROCESSO “A”, fls. 64). Ademais, destacando as investidas sem sucesso de chamar o servidor “A” ao processo para apresentar sua defesa, o relatório opina decisivamente, com base no conjunto probatório construído no processo “A”, que a conduta do servidor não foi adequada. E que portanto,

[...] a comissão entende que se configura, no caso, a infração prevista no Artigo 138 da Lei 8.112/90 [abandono de cargo com ausência intencional por

mais de 30 dias consecutivos], na forma da indicição, cabendo ao caso a penalidade de **demissão (sic)**, prevista no Artigo 132, II.

Com uma ressalva de que, no serviço público o desligamento do cargo é denominado de exoneração, podendo ocorrer a pedido ou de ofício, o que ocorreu no caso de “A”, foi a dispensa do servidor a bem do serviço público. Desta forma a comissão após firmar sua convicção, apreciou a tese de defesa e se posicionou sobre a responsabilidade – ou falta dela, no melhor entendimento – do servidor “A”, solicitando a exoneração de seu cargo.

Quanto à eticidade a comissão diante do *iter processual* e da desídia empreendida pelo servidor “A”, cumpriu os princípios de boa-fé e lealdade ao processo jurídico, atuando no campo ético, sendo cautelosa sem ser morosa. Tanto que cumpriu o Processo “A” no tempo devido. Com coerência e ética em 03 de março de 2009 a comissão encerrou seus trabalhos lavrando o termo de encerramento e remessa, destacando que “[...] foram cumpridas as formalidades legais, e encerrado o [PAD “A”], com um volume de 66 folhas, todas numeradas e rubricadas” (PROCESSO “A”, fls.66). E assim, a comissão encerra seu trabalho *ad hoc* de apuração do fato, enviando o Processo “A” para a autoridade gestora que o instaurou.

Em 06 de março de 2009, a autoridade gestora submeteu o Processo “A” ao setor jurídico para análise da regularidade formal, um olhar obsequioso da seara forense para filtragem de possíveis equívocos de configuração e construção. Ressaltamos que, a análise do jurídico envolveu o juízo do aspecto formal, a observância de vícios no processo e o grau de competência da comissão, evitando-se assim decisões que possam exorbitar de sua circunscrição de julgamento. E por derradeiro, o órgão julgante concluiu que

[...] o Relatório da Comissão Processante encontra-se em consonância com a prova dos autos e adequado à determinação legal, cabendo à autoridade competente proferir o julgamento determinando a pena sugerida pela referida Comissão, acaso entenda pela sua aplicabilidade (RELATÓRIO JURÍDICO, PROCESSO “A”, fls 70).

Desta forma a decisão tomada pelo gestor foi cumprir a decisão, pois ela estava bem calcificada, tanto no *iter processual* em seu aspecto de regularidade formal quanto no cumprimento das Leis 8.112/90 e 9.784/99. Além do que, a decisão fora emanada sob a égide da Comissão Processante e do órgão jurídico, duas instâncias que se mantiveram cautelosas e cumpriram os princípios do devido processo legal, oficialidade, e sobretudo contraditório e ampla defesa.

É importante destacar, também, o elemento temporalidade de resposta do órgão instaurador do PAD, isto por que pelo princípio da razoabilidade não se recomenda um processo com rito demasiadamente longo, que exceda o prazo legal, também não se admite decisões imaturas, colhidas ao sabor de julgamentos açodados. Eis que com base na lealdade, e na ética do bom juízo, em 11 de março de 2009, o órgão gestor através de despacho escrito, decide:

[...] acolher o relatório do PAD “A” e aplicar ao servidor “A” a penalidade de **demissão** na forma do Artigo 132 II do Regime Jurídico Único por enquadramento no Artigo 138 da Lei 8.112/90 devido aos registros de faltas injustificadas [...] (DECISÃO DO GESTOR, PROCESSO “A”, fls. 74).

Em 12 de março de 2009 foi publicada a Portaria em que o gestor “[...] resolve aplicar a penalidade de exoneração ao servidor A”, desligando-o dos quadros da Administração Pública, e feito isto, envia cópias do ato ao próprio servidor, ao gestor, e ao órgão de Recursos Humanos da autarquia analisada.

Entretanto, o Processo “A” não se encerrou, pois foi aplicada uma multa pecuniária ao ex-servidor, importando um valor de 3.136,74 como “penalidade de demissão por faltas injustificadas no período de janeiro a setembro de 2008”. Eis aqui a concretização da justiça restaurativa, fazendo reposição no acervo do erário, o que fora indevidamente auferido por “A”. Considerando que esta multa equivale a apenas um mês de salário do ex-servidor, e que ele recebeu sem contrapartida laboral durante 06 (seis) meses, cumpre destacar que deveria ter sido exigida devolução ao erário do valor indevidamente recebido.

Do que foi visto, temos a destacar a conduta ética dos vogais do PAD “A” e a hermenêutica de extrair dos textos os fundamentos da dignidade da pessoa humana.

Assim, no PAD “A” que apurou abandono de cargo público notoriamente visto pelo grupo onde “A” exercia suas funções, a comissão foi revestida de sensibilidade e ética, pois embora investida no rito do processo sumário, reiteradamente os vogais aguardaram as decisões postergadas do servidor “A”, lento em agir, inerte em decidir, mas inequivocadamente em abandono de cargo e recebendo salário do erário público por aproximadamente 10 meses.

Mesmo assim, no PAD “A”, a comissão revestida de ética jamais tratou o processado com impolidez fazendo-lhe perguntas impertinentes, capciosas ou vexatórias. Por via

contrária, até no contato por telefone o vogal teve o desvelo de não usar a palavra “processo” ao comunicar ao servidor “E” que havia contra ele um auto apurando abandono de cargo.

Finalmente, lavrada a multa pecuniária ao ex-servidor, e após o pagamento deste valor, o recibo ou quitação da GRU, foi anexado, e o Processo “A” em 30 de setembro de 2009, foi encerrado e enviado aos arquivos do SERPROG, cumprindo assim seu objetivo ou marcha processual. Dito isto, passamos à análise do Processo “B”.

3.3 O PROCESSO “B”: DESCUMPRIMENTO DO REGIME DE “DE”

O auto analisado ocorreu no exercício de 2009 e trata da apuração de descumprimento por docente (servidor “B”) do instituto de trabalho denominado Regime de Dedicção Exclusiva. O processo administrativo ora analisado se originou de uma sindicância administrativa, que por sua vez foi fruto de auditoria da Controladoria Geral da União, que confrontando a vida funcional de seus servidores detectou sobreposição de “B” no exercício de dois cargos: um público, outro privado.

Portanto, o caso em tela não trata de acúmulo ilegal de cargos públicos, mas do descumprimento do Regime de Trabalho de Dedicção Exclusiva (DE), um instituto a que ficam submetidos uma categoria de docentes desde sua inscrição ao processo seletivo de cargo de professor, pois o próprio certame editalício já traz essa condição.

Ao tomar posse no cargo, os docentes são obtemperados a prestar compromisso de não trabalhar em outro local, para tanto recebem um valor pecuniário diferenciado aos demais professores de 40 ou 20 horas de labor. O Regime de Dedicção Exclusiva ou “DE”, está previsto no Decreto 94664/87. Observemos este mandamento laborativo, que ressalta:

Art. 14. O Professor da carreira do Magistério Superior será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I - dedicação exclusiva, com obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada;

[...]

Pela análise do artigo supracitado se depreende com clareza que, não haverá o professor de exercer quaisquer atividades fora do órgão empregador, impedido que está pelo balizamento do instituto da exclusividade. Todavia, há uma mitigação desse limite, pois se de um lado o Decreto 94664/87 restringe o regime DE à permanência laboral em uma instituição pública somente, de outro se dilata excepcionalmente esta obrigação, permitindo que,

[...] 1º No regime de dedicação exclusiva admitir-se-á:

- a) participação em órgãos de deliberação coletiva relacionada com as funções de Magistério;
- b) participação em comissões julgadoras ou verificadoras, relacionadas com o ensino ou a pesquisa;
- c) percepção de direitos autorais ou correlatos;
- d) colaboração esporádica, remunerada ou não, em assuntos de sua especialidade e devidamente autorizada pela instituição, de acordo com as normas aprovadas pelo conselho superior competente (DECRETO 94664/87, Art.14).

Como se pode observar, na perspectiva que o docente faça extensão para interagir com a sociedade que lhes é mantenedora, as instituições públicas preconizam compartilhamento de seus saberes com o *lócus* que lhes abriga. Para cumprir essa partilha cognitiva - como uma excepcionalidade - o decreto supracitado admite ao docente em dedicação exclusiva o exercício de determinadas atividades em outros órgãos públicos ou privados.

Todavia, há uma exigência de que essas ações sejam configuradas como episódicas, extraordinárias, se entendendo aquelas de cunho temporário ou *ad hoc* que tenham as características de precariedade no sentido de serem fortuitas, ocasionais, exatamente para descaracterizar vínculo laboral duradouro do docente em DE com outra instituição. Assim se posiciona a Resolução 13/2002 da instituição “B”, vejamos:

Artigo 1º.

[...]

Parágrafo único. Entende-se como atividades esporádicas, as que são contingenciais ou eventuais, que se caracterizam pela ausência de regularidade (RESOLUÇÃO 13).

Por ausência de regularidade entenda-se os vocábulos: intermitência, inconstância, ou contingencialidade com a perspectiva de afastar a possibilidade de gerar vínculo laboral que se prolongue no tempo e espaço. Isso é tão caracterizado, que o próprio órgão estabelece que o docente submeta aos seus pares, a atividade esporádica a ser cumprida, para analisar o tempo de duração em horas trabalhadas e o período compreendido no

exercício delas. Feitas essas considerações preambulares voltemos à análise do processo “B” verificando sua construção, iniciando pela peça vestibular.

3.3.1 A fase de instauração: “B” com cargas horárias laborais incompatíveis

O Processo “B” se inicia como uma sindicância inquisitorial iniciada de ofício, que uma vez instaurada, já produziu em 29 de abril de 2009 um relatório parcial, com fartas informações, inclusive detalhando que a partir de uma auditoria, a CGU fizera consulta ao Ministério do Trabalho e Emprego e a outros órgãos públicos, sobre docentes com vínculos laborais em outras empresas. O relatório de sindicância se mostrou conciso, coerente, tanto que foi aprovado pelo órgão jurídico que o acolheu, aquiesceu e enviou ao gestor para decisão.

Como a penalidade sugerida no relatório sindicante envolveu vultosa devolução de valores pecuniários ao erário público, o gestor pediu abertura do PAD “B” e providenciou a competente portaria da Comissão “B” para analisar os fatos. Já de imediato se observa um PAD decorrente de sindicância, cujo juízo de admissibilidade e sensibilidade foram observados, inclusive com a ampla defesa facultada a “B”.

É importante destacar também, o cumprimento na sindicância dos deveres de exposição dos fatos conforme a verdade, ou princípio da verdade material, combinado com a lealdade processual, urbanidade e *bona fide*, e principalmente o princípio da proibição de “agir de modo temerário”, pois o inquérito até o momento foi apreciado por três instâncias: a CGU, o Ministério do Trabalho e a Comissão de Sindicância. Logo, o trabalho estaria ao meio se apenas se limitasse a inferir o juízo de admissibilidade, sem prosseguimento e apuração.

Dito isto, o PAD “B” começou sua fase de instauração pela portaria datada e publicada em de 18 de maio de 2009, publicada em jornal de grande circulação em 13 de julho do mesmo, ressaltando que este documento demarca efetivamente o início dos trabalhos, bem como designa nominalmente a Comissão e demarca o princípio da publicidade, já facultando a defesa de “B”.

Ao perscrutar o princípio da indisponibilidade da apuração da infração disciplinar, por exemplo, verificamos que, quando a autoridade tomou ciência da irregularidade e promoveu imediata apuração, cumpriu o Artigo 143 da Lei 8.112/90, e assim o fez assegurando ampla defesa ao acusado prestando as informações corretamente e oferecendo a possibilidade de defesa. Daí já percebemos novamente a sensibilidade e alteridade com que fora montado o PAD “E”. Dito isto passemos à análise da fase de instrução do PAD “B”.

3.3.2 A fase de instrução: “B” com descumprimento de carga horária

Em 13 de julho de 2009 a Comissão iniciou os trabalhos e confeccionou a ata de instalação:

[...] após deliberação os membros decidiram pelo aproveitamento da Sindicância Administrativa em todos os seus atos, incluindo-se depoimentos, documentos, relatórios, pareceres e decisão como peça informativa e instrutória (ATA DE INSTALAÇÃO DO PAD “B”, fls. 13).

O aproveitamento de atos da sindicância denota o cumprimento do princípio da economia processual evitando assim, duplicidade das mesmas informações e dispêndio de tempo, material e energia. Em seguida, os vogais expediram correspondências informando sobre o PAD “B”: ao gestor, ao órgão de recursos humanos, ao chefe do servidor “B”, anexando ao processo a ficha funcional do servidor “B”, configurando assim a via de acesso para defesa. Ainda no dia 13 de julho de 2009, a Comissão exarou notificação e mandado de intimação ao servidor “B”, destacando nas folhas 71 que o servidor estava sendo

[...] notificada que foi instaurado PAD por descumprimento ao regime de Dedicção Exclusiva [...] e que fica intimada a comparecer perante a aludida comissão [...] a fim de prestar depoimento. O não comparecimento implicará em crime de desobediência previsto no Artigo 330 do Código Penal (MANDADO DE NOTIFICAÇÃO E INTIMAÇÃO DO PROCESSO “B”, fls.71).

Assim o servidor “B” foi citado adequadamente, sendo inclusive informado a ele o direito de consulta, daí que constatamos a presença do princípio do contraditório e ampla defesa bem como a prerrogativa de acompanhamento pessoal, por procurador ou por advogado sendo cumprida pelos vogais da comissão do PAD “B”. Ressaltamos

ainda que, na correspondência emitida ao RH, o presidente faz uma observação pertinaz, solicitando que fosse observado o artigo 172 da Lei 8.112. Evocar esse artigo, implica em nosso entendimento, a alteridade, o cuidado e a sensibilidade com o processo e o próprio servidor “B”. Vejamos o teor do artigo a que o presidente do PAD “B”, alude: “[...] o servidor que responde a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada (LEI 8.112/90, ART. 172)”.

Como se pode depreender, o artigo 172 além de ser uma garantia processual evitando a morte intempestiva do processo por demissão é também uma garantia ao servidor de que não haverá dispensa extremada antes da conclusão dos trâmites processuais. Essa garantia é direito fundamental que casa bem com o devido processo legal e expressa simbolicamente que o processo está nas trilhas da Lei 8.112 /90 e da ética da alteridade levinasiana que assim destaca:

[...] a ética, para além de uma relação gnosiológica, é experiência; consiste em experimentar-se através da transcendência da ideia de infinito que é o outro. Trata-se, por conseguinte, da experiência da assimetria significada na epifania da face do outro, ou mais propriamente na linguagem mesma (HADDOCK, 2010, p.1).

Ato contínuo, os vogais instruíram o processo com farto conjunto probatório para servir de alicerce à análise e posterior decisão. Dentre os documentos, destacamos a “RAIS” (Relação anual de Informações Sociais) importante relatório emitido pelo Ministério do Trabalho que tem dentre outras finalidades prestar informações dos empregados às entidades governamentais.

Pelas RAIS de 1994 à 2007, vimos que, o servidor “B”, acumulava dois vínculos de trabalho remunerados: o primeiro na autarquia analisada, devendo cumprir 40 horas semanais, já o segundo vínculo, exercido no interstício de 01 de fevereiro de 2001 a 30 de junho de 2006, era executado em uma instituição privada.

Pelo exposto, a comissão exercitou o juízo de admissibilidade apurando com cautela os indícios de materialidade e autoria do descumprimento do regime DE, sendo que a partir desta instrução processual entendeu que haveria informações substanciais de que a hipótese narrada na exordial era verdadeira. Eis aqui, a alteridade levinasiana sendo exercitada, inclusive com a possibilidade de oferecer provas em contrário ao que diz a RAIS.

Quanto ao tema, aduz Figueiredo (1998) que o direito à produção de provas é corolário ao contraditório e acompanha o sujeito processado fornecendo a ele o direito de um processo justo, analisado na pluralidade de instâncias, como forma de reexame decisorial. No caso em tela, reforçamos que este princípio tem sido cumprido, uma vez que o PAD “B” já vem de uma caminhada de sindicância, instituto constituído por todas as minúcias de fases e análises jurídico-administrativas.

Igualmente, é bom destacar que a sindicância também foi munida de informações que por seu turno foram advindas da CGU. Essa coletânea de informações não é, de forma alguma, descomedimento ou exorbitância de papéis e burocracia. Por via contrária, faz parte da dialeticidade de demonstração do direito dos envolvidos, pois a fase de instrução é um edifício de informações sobre o qual se tomará as futuras decisões, daí que elas necessitam estar bem calcificadas, e são as provas essa base segura. Dito isto, passemos à análise das fases de indicição e defesa do PAD “B”.

3.3.3 As fases de indicição e defesa: “B” alega autorização da autarquia

No termo de assentada transcrito às folhas 72 do PAD “B”, consta que o servidor “B” legalmente citado para prestar seu depoimento junto aos vogais da comissão, compareceu e prestou suas declarações orais confirmando os fatos narrados na exordial, quais sejam: o descumprimento do regime de DE. Sendo assim, “B” reconhece e atesta que,

[...] manteve vínculo [laboral] com a instituição privada “X” no período de 01/02/2002 a 30/06/2006, que solicitou autorização para exercer atividade esporádica ao [seu] Departamento, conforme Resolução “X” [da autarquia analisada] e que em todo o período que manteve o vínculo estava respaldado pela referida Resolução (TERMO DE ASSENTADA DO PAD “B”, fls. 72).

Além de confirmar os dois vínculos laborais simultâneo o servidor “B” se defende destacando que solicitou autorização de seu departamento, alegando e demonstrando inclusive, um relato homologando seu pedido para exercer atividade esporádica na instituição privada “X”.

Não é demasiado lembrar os atributos da atividade esporádica: instituto fortuito, precário, de curta duração, ou seja, uma rápida inserção em outras instituições. O que

não foi o caso do trabalho exercido pelo servidor “B” que desenvolveu em “X”, um vínculo laboral que se prolongou no tempo e espaço apresentando todos os requisitos de um longo contrato de trabalho formal que se estende ininterruptamente por 4 (quatro) anos.

E de fato, Sergio Pinto Martins (2009), a partir dos Artigos 2º. e 3º. da CLT explica que um contrato de trabalho é vínculo que tem continuidade no tempo e espaço, significando dizer que não é eventual, fortuito; por via contrária, é duradouro e se prolonga ou tem continuidade no tempo e espaço.

Verificamos também que estavam presentes no caso analisado a onerosidade ou exercício remunerado de trabalho, e o vínculo de autoridade ou subordinação pois o servidor “B” exercia cargo remunerado de coordenador de pesquisa da Instituição “X”, e estava vinculado a uma diretora, que era sua superiora hierárquica em “X” conforme ele mesma trouxera ao processo, e anexou às folhas 96.

Tanto que, em 11 de setembro de 2009 a comissão evidenciou esses fatos e lavrou o termo de indicição do servidor “B”, enquadrando-o em inadimplemento “de dever funcional de observar as normas legais e regulamentos” (LEI 8.112, Artigo 116, inciso III) e “exercício de atividade incompatível com o cumprimento [...] de horário de trabalho” (LEI 8.112, Artigo 117, inciso XVIII), e ainda, enquadrou-o na inobservância “da prestação de quarenta horas semanais de trabalho e impedimento do exercício de outra atividade pública ou privada” (DECRETO 94664/87, Artigo 14).

Portanto, a partir de agora “B” fora indiciado e citado nas folhas 74, inclusive alertado da necessidade de apresentar defesa escrita, sem a qual seria considerado revel. Então o servidor “B” trouxe ao processo, um conjunto probatório formado por argumentos e documentos tentando demonstrar pretensão resistida e fulminar o processo. Analisemos sua intervenção e resistência para provar sua abnoxidade.

De início - já no termo de assentada - o servidor “B” alega que, solicitou autorização para cumprir atividade esporádica ao seu Departamento e obteve homologação. Todavia, consideramos débil esse argumento pois na verdade o que houve foi inobservância (tanto do servidor “B” quanto do departamento, do relator, e do conselho departamental) quanto aos caracteres da atividade esporádica. “B” alega sua própria torpeza e a dos seus pares ao dizer que estava “respaldado” quando na verdade os

envolvidos tiveram conduta de “desatenção” aos critérios de permanência, duração, e temporalidade da atividade esporádica.

Além do mais, ao descumprimento da norma, “B” faz uma lateralização argumentativa valetudinária, alegando que o fato de ter outro vínculo laboral não prejudicou a autarquia; essa retórica tibia não se sustenta, pois na autarquia o servidor é obrigado a cumprir carga horária de 40 horas semanais. Ora, seu exercício em outro local se configura no mínimo não cumprimento de carga laboral na íntegra, na autarquia. “B” ainda faz uma alegação em sofisma destacando suas atividades na autarquia ressaltando,

[...] que ficou responsável por pesquisas, que orientou alunos do curso de mestrado, e doutorado, e que as atividades exercidas [na outra instituição, a “X”] não prejudicaram a autarquia analisada. Que está montando junto com outros professores o laboratório (TERMO DE ASSENTADA DO PROCESSO “B”, fls. 72).

Na verdade, o que foi citado acima é encargo normalmente cumprido, nada que vá além das potencialidades de um trabalhador dedicado, obrigação de quem está investido em cargo público. Mas “B” continua fazendo uma afirmação de desconstrução de sua irregularidade, ressaltando que nada fez de “errado, de inequívoco, ou inverídico”, e concluiu que “[...] apenas atuou como assessor de ensino na instituição X (TERMO DE ASSENTADA DO PAD B, fls.72)”.

Em 11/09/2009⁵⁶ a Comissão redigiu o Relatório de Indiciação, sendo que, os vogais decidiram no Relatório de Indiciação, tanto reconhecer a responsabilidade do servidor “B” pela conduta indevida quanto determinar pelo “[...] ressarcimento ao erário pelos valores recebidos a título do Regime de Dedicção Exclusiva, no período de 01/02/2002 a 30/06/2006” (RELATÓRIO DE INDICIAÇÃO DO PAD “B”, fls. 75).

A partir deste momento abre-se novamente a possibilidade de defesa e o servidor “B” coleciona ao processo uma série de documentos comprovando produtividade na autarquia analisada, tais como: currículo Lattes, relatórios do curso de pós-graduação, da graduação. Entretanto esse conjunto probatório de defesa não concede guarida à causa de “B” processado por descumprimento de “DE”, e trazendo provas sobre produtividade na autarquia. Vê-se que o conjunto probatório trazido ao cenário

⁵⁶ A comissão de PAD “B” solicitou prorrogação de prazo em 10/09/2009 ao Gestor, por mais 60 dias. Deferido o pedido.

processual, foge ao foco ou objetivo do PAD “B”. A propósito, destaca a CGU (2011, p. 559) que nestes casos, a defesa é inepta, e explica que

[...] Pode ocorrer de o acusado apresentar defesa, mas a comissão a considerar insuficiente, deficiente ou pífia (situação conhecida como defesa inepta, defesa não satisfativa ou acusado indefeso), ou seja, sem elementos para contrapor os fatos imputados e para intentar afastar sua responsabilidade (CGU, 2011, p.559).

Nas fls. 95 através de ofício, “B” foi comunicado da recusa do conjunto probatório; vejamos: “[...] em resposta à defesa apresentada por V.Sa., informamos que a mesma foi indeferida”. Ainda na página 95, em documento emitido pelo DRH, além de informar a recusa da defesa escrita, a autoridade destaca a penalidade e informa o valor da devolução pecuniária que “B” obriga-se a fazer ao erário público e ainda enfatiza que,

[...] o ressarcimento ao erário iniciará a partir da folha [de pagamento] do mês X no valor de R\$105.558,41 (cento e cinco mil quinhentos e cinquenta e oito reais e quarenta e um centavo) na forma do Artigo 46 da Lei 8.112/90 (OFÍCIO 2508 DO PROCESSO “B”, fls. 95).

Já delineada a linha decisória do processo “B”, uma vez que seu *iter* foi construído a partir de documentos idôneos tais como a decisão da CGU e a RAIS, e que o conteúdo dessas provas foi confirmado pelo depoimento oral do servidor “B”, eis que há uma pavimentação segura para que sejam elaboradas as próximas fases do PAD “B”: o relatório e o julgamento, degraus finalizadores do caminho processual que serão vistos no próximo tópico.

3.3.4 As fases de Relatório e Julgamento: justiça restaurativa e devolução ao erário

Diante do exposto na seção anterior, reiteramos que, o relatório cumpriu todas as exigências da Legislação e da ética em sua construção, pois apresenta de maneira bem clara: “o preâmbulo ou identificação da Comissão, os antecedentes do processo, os fatos apurados pela Comissão na fase de instrução, a apreciação das teses de defesa” (CGU, 2011, p.561) e na parte derradeira do relatório passa a tecer sua conclusão.

A comissão ressalta que, acostado ao processo administrativo consta farto conjunto probatório em forma de documentos trazidos pelo servidor “B”, são eles: o currículo lates, a portaria da instituição “X” nomeando-o coordenador de pesquisa, e a

homologação de atividade esporádica concedida pelo Departamento a que pertence “B”. Na verdade “B” se defende de forma horizontalizada, com outros argumentos que são débeis para atacar o ponto fulcral do PAD “B”, tais como produtividade, dedicação, etc.

Ao subsumir a conduta do servidor no Artigo 116, incisos III e Artigo 117, inciso XVIII, da Lei 8.112/90 o relatório corrobora com a linha coerente das demais fases, todavia destaca algumas situações em proveito do servidor “B” que poderiam mitigar sua condição. Vejamos:

[...] não obstante o servidor tem a seu favor os seguintes atenuantes que devem ser levados em consideração na aplicação de possível penalidade disciplinar: 1- a inexistência de registros de penalidades em sua ficha funcional; 2 – a boa-fé presumida uma vez que exerceu as atividades [na instituição “X”] com autorização de seu Departamento (RELATÓRIO DO PAD “B”, 101-102).

Todavia, o relatório destaca um agravante, pois embora “autorizada” pelo Departamento, este assentimento se refere a somente uma parte do período, pois a homologação abrange o intervalo de 2003 a 2005 e o servidor permaneceu em “X” até 2006. E para encerrar, após o enquadramento ou subsunção e a exposição de agravantes a comissão recomenda “reiterar a vigência do regime de trabalho em dedicação exclusiva, não só em seu aspecto de acréscimo financeiro ao regime de 40 horas, mas também em seu aspecto de compromisso e cumprimento de suas atividades funcionais” (RELATÓRIO DO PAD “B”, 101-102). E ao assim fazê-lo a Comissão de PAD “B” conclui o relatório, assina e o envia ao gestor em 27 de outubro de 2009.

Fazendo um sobrevoos analítico no PAD “B”, reiteramos que, desde a data acima até o desfecho o servidor “B” fez uma ciranda processual protelatória, pedindo vistas ao documento e solicitando anexar um aglomerado de papéis, todos eles demonstrando produtividade na autarquia, são eles: orientações de alunos, participação em comissões, atestado de assiduidade, coordenação de projetos, publicações em revistas. E ainda: resoluções, regimento da pós-graduação. Registre-se que das fls 127 a 184 há uma coletânea de escritos trazidos ao processo, o que configura que foi concedida ampla defesa, contraditório e que o PAD “B” foi desenvolvido pelos vogais com ética e alteridade.

Mas registramos também a atitude procrastinatória de “B”, colecionando documentos redundantes e que não forneceram a musculatura jurídica necessária à sua defesa. Consideramos essa atitude isenta de boa fé e lealdade processual, fugindo das raias da

razoabilidade se aproximando inclusive do perfil de *improbus litigator*, aquele que prolonga deliberadamente um processo, que sabe, sairá perdedor.

Todavia, malgrado a conduta acima, o PAD “B” segue sua marcha, e em 14 de novembro o gestor submete o PAD “B” à análise das condições formais ao setor jurídico que o acolhe e recomenda,

[...] que o processo deverá ser encaminhado ao Gestor para aplicar a penalidade de 90 dias na forma prevista do Artigo 130 da Lei 8.112/90 podendo ainda a penalidade se suspensão ser convertida em multa se houver conveniência para o serviço, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando a servidora obrigada a permanecer em serviço conforme estabelecido no artigo 130.

Isto posto, em 17 de novembro de 2009 o PAD “B” é devolvido para o gestor para decisão. Ressalte-se que a autoridade gestora tem até 20 dias para se pronunciar e aquilatar seu juízo de valor, pondo termo ao processo. No caso analisado o gestor se pronunciou em 08 de dezembro de 2009, e assim decidiu:

[...] acatar o relatório do PAD [“B”] e aplicar ao servidor a penalidade de suspensão de cinco dias [...] responsabilizar o servidor pelo ressarcimento ao erário dos valores⁵⁷ recebidos. [Destacar] que na aplicação desta penalidade foram consideradas as circunstâncias atenuantes, em obediência à Lei 8.112 e seu artigo 128 (DECISÃO DO PAD “B”, fls108-109).

Depois da decisão, o gestor solicita que se dê conhecimento aos envolvidos, e encaminhe o PAD “B” ao Departamento de Recursos Humanos para os registros cabíveis, cumprindo assim os princípios da oficialidade e publicidade. Ressalte-se também que, o gestor recomenda que antes de aplicada a punibilidade seja concedido o prazo recursal.

Cumprido esse rito, e no silêncio do servidor “B” que não contestou, em 22 de fevereiro de 2010 a decisão foi cumprida e o processo “B” lançado aos arquivos, tendo assim desde o início até o provimento final observado os princípios do contraditório e ampla defesa e sobretudo aplicada a justiça restaurativa, aquela pena pedagógica que, tem a capacidade de ser humanizadora, e sobretudo, fazer a reposição dos bens ao acervo, no caso o erário público.

Entendemos adequado no PAD “B” a presença da alteridade e da justiça restaurativa, aquela que prioriza a reposição dos danos, a reabilitação do servidor em uma escala de importância maior que o espetáculo publicizado da punição. No PAD “B”, o resultado

⁵⁷ Ver página 197 deste trabalho.

foi reposição de acervo ao erário, como forma de mitigação de pena mais severa, considerando a boa trajetória dos envolvidos. Dito isto, passamos à análise do PAD “C”.

3.4 O PROCESSO “C”: O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

Antes de iniciar a análise do PAD “C”, julgamos de bom grado lembrar ao leitor, sobre um importante princípio do Direito Penal, que tem reflexo no Processo Administrativo Disciplinar. Ressaltamos ainda que, embora esse princípio pouco ou quase nunca se faça notar no cenário processual administrativo, tem ele um relevante papel, pois corrobora com a economia processual no sentido de evitar litígios expletivos, longos, com alto custo para o Estado. E ainda, evita o constrangimento ao servidor público, de ter que cumprir um rito processual estressor e desnecessário, que na maioria das vezes é arquivado ao final de seu caminhar.

Trata-se do princípio da insignificância ou bagatela, um instituto do direito penal, mas que nada obste que seja utilizado no direito administrativo disciplinar, segundo Dezan (2013), Gomes (2010) e a CGU (2011). Vejamos seu conceitos e características.

Em certos processos é apurada uma conduta irrisória, atos cujos elementos em torno de si, apresentam exígua ou baixa expressividade. Sendo ínfima, essa conduta exclui ou afasta a tipicidade, dado que, não é recomendável ao Direito, se ocupar de assuntos de baixa monta, em que certas vezes, o custo do processo é mais oneroso que o próprio dano causado. O princípio da insignificância ou bagatela cobre essa situação ressaltando que, nestes casos, haverá de ser o acusado absolvido.

Porém para que isso ocorra, eticamente e sensivelmente é necessário que estejam presentes alguns pré-requisitos tais como: a mínima ofensividade ao bem lesado, ou que a conduta não demonstre periculosidade social, ou tenha um grau reduzidíssimo de reprovabilidade social, ou ainda, que apresente inexpressividade da lesão ou insignificância. Gomes (2010, p.22), sobre o princípio da bagatela nos ensina que,

[...] o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, a infração será de bagatela se (i) ausente a periculosidade social da conduta, ou (ii) não haja

mínima idoneidade ofensiva ou (iii) seja ela inexpressiva do ponto de vista da lesão jurídica causada, ou ainda, (iv) não seja reprovável. Assentando, assim, a noção de insignificância vinculada aos conceitos de desvalor da conduta e do resultado jurídico.

Dito isto, para situar o leitor diante do PAD “C”, temos ainda a dizer que, na bagatela há dois tipos de exíguos elementos: a conduta do agente, normalmente não tão agressiva ao bem, e o resultado ofensivo de baixa proporção, ao próprio bem. A esses dois elementos, somaríamos mais um terceiro, qual seja, os antecedentes do processado, que no mais das vezes se apresenta sem condenação anterior ao processo. Portanto, a partir desse rápido sobrevôo doutrinário sobre a bagatela, passamos a análise do PAD “C”.

Trata-se de um auto de 184 páginas desenvolvido entre 19/02/2009 e 21/08/2009 envolvendo um servidor que responde ao Artigo 116 Inciso III, da Lei 8.112/90, qual seja, a obrigação ou *múnus* de atentar e cumprir os mandamentos legais. Sobre esse tema, o Artigo 116, ressalta que,

[...]

São deveres do servidor:

I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

II - ser leal às instituições a que servir;

III - observar as normas legais e regulamentares;

O inciso III do Artigo 16 foi onde o enquadramento do Processo “C” se fixou, todavia o inciso é abstrato e de alta elasticidade já que o verbo “observar” descrito no tipo, comporta um leque de sinonímia tais como “analisar, contemplar, apreciar” (grifos nossos); porém no contexto do Artigo 116 o verbo observar é mandamental no sentido de obediência e cumprimento. Dúvidas não restam sobre a conduta respeitosa de observação de normas, mas, há casos em que a generalidade e abrangência do comando o convertem em imprecisão necessitando de uma hermenêutica mais acurada.

Foi o que ocorreu com o caso analisado, que a partir deste momento será - por coerência aos demais processos analisados nesta pesquisa - denominado “processo C” ou “PAD C”, - embora se trate de uma sindicância - seus envolvidos serão também designados de “comissão C”. Para situar o leitor, começemos a descrever em que medida e contexto, ocorreram o entendimento equivocado de que, “C” descumriu norma. Vejamos os fatos.

No Brasil é comum uma prática financeira denominada “consignações em folha de pagamento” que consiste em oferecer alguns bens aos servidores públicos, envolvendo descontos diretos nos contra cheques funcionais. A consignação é executada por um ato

sinalagmático enlaçando adquirente (servidor) e vendedor, confirmado pela obrigação contratual positiva de fazer (pagar) como um elemento assecuratório de alta liquidez, pois o desconto na fonte é fator de garantia, tornando o pagamento líquido e certo.

Observemos que, o ato jurídico acima descrito toca em dois temas de direito civil: as obrigações e o contrato de compra e venda e seus sujeitos contratuais (ativo e passivo). Além dessa díade cível (obrigação e contrato) um terceiro elemento é inserido na relação: o órgão da administração pública no qual o servidor está vinculado, que garante o desconto em folha. Daí temos o Direito Administrativo que se adere ao cível e aos dois campos acima citados. Logo, a prática da consignação em folha é tema multifatorial complexo que, envolve uma gama de atos jurídicos e sujeitos.

A prática foi reiteradamente executada na Administração Pública brasileira nos últimos cinco anos, entretanto trouxe oscilações sendo que, em 2006 diante de muitas queixas as consignações foram suspensas tendo por base o Decreto Lei de 2004. Em 2008 outras demandas motivaram a administração pública a regulamentar o tema, sendo que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, através da Secretaria de Recursos Humanos editou a Portaria normativa n. 05 de 20 de março de 2008, estabelecendo orientações para as “consignações em folha de pagamento”. Assim o artigo 2º. da Portaria n.05, define que,

[...] as consignações em folha de pagamento são os descontos mensais processados nos contracheques dos servidores ativos, aposentados e beneficiários do Poder Executivo Federal, através do Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE, e se classificam em compulsórias e facultativas (PORTARIA n. 05 SRH, de 20/03/2008).

Desta forma, ao conceituar as consignações, a portaria ainda definiu seus tipos em um rol explicativo. Com foco no objetivo do processo “C”, trazemos aqui aquelas *especimens* que a portaria ora tratada denomina de “consignações facultativas” para situar o PAD “C” no gênero “seguro de vida”. Eis o que diz o Artigo 5º da Portaria:

São consignações facultativas, na seguinte ordem de prioridade:

- I – contribuição para serviço de saúde prestado diretamente por órgão público federal, ou para plano de saúde prestado mediante celebração de convênio ou contrato com a União, por operadora ou entidade aberta ou fechada;
 - II – coparticipação para plano de saúde de entidade aberta ou fechada ou de autogestão patrocinada;
 - III – mensalidade relativa a seguro de vida originária de empresa de seguro;
- [...]

Continuando, a portaria ainda definiu os envolvidos na operação como: consignatário, consignante e consignado; sendo que, o consignatário é a pessoa física ou jurídica destinatária dos créditos ou recebimento de pecúnia; o consignado é o servidor público que por contrato tenha estabelecido relação jurídica com o consignatário e que autoriza o desconto em folha de pagamento; e por fim o consignante é o órgão da administração pública que gera o desconto da consignação na ficha financeira do servidor em favor do consignatário. Registre-se que, a portaria prescreveu a relação contratual, porém não especificou qual o tipo sinalagmático que poderia ser firmado na consignação, fosse ela obrigatória ou facultativa.

Na verdade, a relação jurídica contratual para consignação é intrincada, pois envolvia um serviço complexo desde o prévio cadastramento dos consignatários pela Secretaria de Recursos Humanos- MP, até a execução na “ponta ou extremidade do serviço” (LAS CASAS, 2006).

Como execução na ponta, podemos dizer que a portaria n. 05 descreve no Artigo 13 uma ação denominada “comando de consignação” que representa o ato último do fechamento do contrato, ou autorização para desconto do pagamento do serviço em folha. Registre-se que, ao descrever a dinâmica do comando a Portaria apresenta um texto confuso: delega a execução do comando ao consignatário ressaltando que esta ação será efetivada diretamente por ele. Não obstante, logo em seguida e de forma também obscura, o artigo continua a descrever que no comando haverá a intermediação do SIAPENet, mediante autorização expressa do consignado.

Ora, se a ação é direta entre consignatário e consignado, a portaria é equívoca ao citar a intermediação do SIAPENET, pois em relação direta não se admite intervenção de terceiros. Demais disto, o artigo silente não informa se a intermediação seria feita pelo próprio órgão público ou se o consignatário teria acesso direto ao portal SIAPENET. Vejamos:

Art. 13. Os comandos de consignações, exceto a pensão vitalícia voluntária e os serviços de saúde prestados diretamente por órgão público federal, serão efetivados diretamente pelos consignatários, por intermédio do SIAPENET, mediante autorização expressa do consignado (PORTARIA No. 01 SRH-MP, de 20/03/2008).

Esse artigo ambíguo, indeterminado, vai refletir no processo “C”, que trata da consignação voluntária na modalidade “seguro de vida” incluído na folha de desconto

pelo servidor “C”, processado por ter descumprido um comando normativo, possivelmente o Art. 13 supracitado. Na verdade deduzimos que esse fosse o enquadramento, pois o processo não o informa, literalmente.

Vejam como se desenvolveu o processo “C”, ressaltando que a mudança na legislação e na dinâmica⁵⁸ executória das consignações envolveu muitas dúvidas, a ponto das pessoas utilizarem o PAD como escudo diante da incerteza, o que por si só, já representa falta de sensibilidade e ética, na visão levinasiana, que dá estrutura à nossa análise, neste trabalho.

Também é preciso lembrar do princípio da insignificância ou bagatela, que exclui a tipicidade da conduta ilícita quando esta incorrer sobre elementos que causem pouca expressividade de dano, tanto à vítima quanto ao Estado. Tal princípio, é de suma inteligência, pois as infrações de bagatela são tão insignificantes que, o PAD tem um custo material maior que a reposição do dano, conforme falamos no início do tópico.

Neste sentido, assim se posiciona Ferreira (2009, p. 264): “[...] a insignificância tem lugar como argumento de defesa quando a conduta [ilícita] não causar quaisquer tipos de prejuízos, e quando for primário o infrator”. Entendemos que no caso em tela, embora tenha ocorrido todos esses eventos, o PAD cumpriu suas fases, lentas, sofridas, de tal sorte que, se configurou quase que, uma tortura ao servidor envolvido. Vejamos de que maneira.

Iniciemos nossa análise pela fase de instauração da sindicância “C”, a qual por coerência neste trabalho denominamos de PAD “C”, mas verdadeiramente é uma sindicância.

3.4.1 A fase de Instauração: consignação em folha, pode ou não pode?

Em 23/10/2008 o órgão de recursos humanos da autarquia analisada recebeu correspondência de uma consignatária destacando que, em virtude das mudanças ocorridas na legislação, a partir daquele momento os pagamentos seriam novamente

⁵⁸ De 2004 a 2008 temos: o Decreto Lei 2004, a Portaria n.05 de 2008, a Portaria n.01 de 2008 e vários comunicados que ora alargam, ora restringem as consignações.

realizados por consignações em folha, o que nos leva a crer que, anterior a essa data tenha ocorrido suspensão das consignações e que em 2008, foi restituída a prática. Ato contínuo o órgão de recursos humanos (RH) solicitou ao departamento pecuniário (nome fictício) informações sobre o retorno do desconto e questionou como fora efetuada a inclusão dos nomes dos servidores consignados em folha.

O departamento pecuniário respondeu anexando das folhas 28 às 45 uma relação nominal de servidores novamente inclusos na folha de consignações, inclusive de pessoas que eram consignatárias anteriores a 2006 quando houve a suspensão, e pessoas que estavam iniciando seus contratos em 2008, quando novamente a consignação foi autorizada.

A partir deste momento houve intensas inquietações pois um turbilhão de reclamações começou a chegar no Departamento Pecuniário, através de correspondências, telefonemas, e cartas de: consignados que embora constando da lista em 2006 entenderam que houve inclusão sem autorização; consignados que embora entendendo que houve autorização optaram por não desejar mais ter seguro de vida; e consignados que desconheciam o seguro de vida e não desejavam o desconto em folha. Diante disso, o Departamento Pecuniário respondia que os consignados procurassem a seguradora, conforme demonstram as fls. 51 do PAD “C”. Para dirimir dúvidas, o próprio Departamento de Recursos Humanos entrou em contato com a seguradora, esta atônita respondeu por *email*:

Caro “RH”, conforme conversamos, segue críticas (sic) dos servidores que ainda não conseguimos fazer alteração. Caso vc (sic) saiba o que está acontecendo com esses servidores, agradeço retorno (PAD “C”. EMAIL DA SEGURADORA, FLS. 55).

Como se percebe pelo *email* acima, diante da mudança na legislação e na dinâmica do comando das consignações, a equipe estava insegura, perplexa, sem saber como agir. Quando o RH fez uma consulta à seguradora buscando esclarecer a situação, obteve como resposta uma pauta de dúvidas e a solicitação de “opinião e conselho” (grifos nossos); vejamos: “Caso vc (sic) saiba o que está acontecendo com esses servidores, agradeço retorno”. Como se pode perceber havia intensas hesitações nas instituições envolvidas com as consignações, principalmente na interpretação da legislação.

Neste caso específico e sem abrir à conclusão mais ampla, presume-se que alterada a legislação em 2008 o entendimento da autarquia analisada é que a norma desautorizava

o RH de fazer inclusões de consignações facultativas em folha. Daí que, a correspondência da seguradora, as comunicações internas do RH, e os relatórios formaram um conjunto de informações construídas intelectivamente pelo RH como uma afronta do servidor “C” à Lei, e se transformaram no conjunto de informações que sedimentaram “um hesitar sobre a possibilidade da existência de alguma infração” (CGU, 2011, p.123).

Diante disso em 20/01/2009 o diretor de RH comunica ao seu superior hierárquico “[...] que o servidor “C” identificado nas folhas 42 a 45, executou tarefas sem o conhecimento desta direção”. Vejamos que, embora ainda não houvesse solicitação de sindicância, àquela data, o RH deixou essa perspectiva nas entrelinhas do texto, encaminhando e delegando a decisão ao seu superior.

Aqui entendemos que, diante da dúvida sobre a legislação, a ausência de sensibilidade gritou mais alto e a chefia já começa a ventilar a possibilidade de PAD por descumprimento de norma. Começa então, a ausência de epifania do rosto levinasiano, pois o servidor foi submetido a processo como mero cumprimento do Artigo 143, sem examinar uma série de outras ocorrências mais importantes na principiologia do PAD.

Sendo assim, o superior hierárquico enviou a correspondência ao gestor solicitando abertura de sindicância contra “C”. Nas folhas 73, o gestor imediatamente aquiesceu ao pedido, e solicitou a elaboração de Portaria designando três servidores estáveis para constituírem uma comissão de sindicância para apurar os fatos inadequados.

Verificamos que, nenhuma das autoridades, embora municiadas pelos setores jurídicos e pela procuradoria jurídica, ventilou quaisquer resquícios do princípio da bagatela, guardada sensível que poderia socorrer o servidor e evitar os altos custos financeiros para o Estado de desenvolver um PAD “C” iníquo. A bagatela também pouparia as energias e sofrimento psicológico a que fora submetido o servidor envolvido. Tampouco se apegaram à sensibilidade, alteridade e ética de analisar a situação e suas minudências. Sendo mais confortável, e como uma medida para evitar futuros questionamentos, as chefias preferiram seguir o rito processual.

Se instaurou de ofício em 19/02/2009 o PAD “C”, com a expedição da portaria aos vogais, publicada imediatamente, sendo que, ato contínuo a chefia notificou previamente “C” (fls.74) sobre a possibilidade de exercitar o contraditório e se defender.

Entendemos que, mesmo dando ciência ao interessado sobre o PAD “C” e tendo o RH promovido o direito de “C” obter conhecimento adequado dos fatos que estavam na base da formação do processo, nem assim a chefia exerceu alteridade, reconhecimento e acolhimento do servidor “C”, este com mais de 20 anos de serviço público, sem nunca haver respondido PAD, anteriormente. Aqui, constatamos a lacuna do princípio da empatia e a negação do rosto do outro, descrito por Lévinas. Verificamos também que as decisões se aferram à legislação, quase que, olvidando e de certa forma, preterindo a interpretação principiológica.

Pelas vias racionais do processo administrativo, a comunicação da existência do PAD “C” no entanto, se configurou como uma possibilidade de defesa que já começa débil, colocando “C” vulnerável e em desfavor do Estado, relatado como o Eu, o senhor absoluto da supremacia pública. Aqui se observa de imediato a assimetria evocada por Levinas (1993), quando ressalta que o Eu egoístico, é tautológico, monologal e não escuta nem a si mesmo.

Sobre essa fase, temos a destacar que, em “C”, o juízo de admissibilidade exorbitou por assim dizer, pois ocorreram situações de dubiedade que concorreram para induzir “C” ao erro, sem que isso causasse perda ao erário, ou locupletamento de quaisquer dos envolvidos. O PAD “C” poderia pelo crivo da eticidade, em nosso entendimento, ter se pautado pela admissibilidade de juízo negativo, evitando assim um processo longo, causador de angústia a todos os envolvidos tornando-se então um raptor de tempo e energia no órgão público. Isso é tão verdadeiro que ao fim de seu rito, foi arquivado por ausência de materialidade, mas sobretudo por que a inobservação da norma pelo servidor “C” em nosso juízo processual é fato irrelevante abrigado pelo princípio da bagatela, excluído o tempo todo, do PAD “C”

Cumprida essa etapa, o processo como ato complexo e encadeado, caminha para a fase da instrução, a qual passamos a descrever no ponto seguinte.

3.4.2 A fase de instrução: que conduta ilícita apurar no PAD “C”?

A primeira reunião do conselho de vogais foi realizada pelo PAD “C” no dia 09/03/2009, com a lavratura da respectiva ata de instalação dos trabalhos relativos à fase

de sindicância. Ato contínuo, a comissão analisou o processo sindical, constatando que sua instrução estava bem fundamentada pelos seguintes documentos:

[...] expedição de correspondência comunicando a abertura dos trabalhos ao gestor; ao órgão de RH; expedição de correspondências às audiências (sic); fichas de qualificação do servidor “C”; protocolado no. xxxx; termos de responsabilidade e designação da secretária da comissão de sindicância (ATA DE INSTALAÇÃO DO PAD “C”, FLS.76).

Com a instrução do PAD “C” fundamentada é possível destacar o cumprimento do artigo 2º. da Lei 9.784 e os critérios da atuação conforme a Lei e o direito, bem como a atuação conforme padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, tendo-se a devida cautela de observar as formalidades essenciais às garantias dos direitos do administrado “C”, dando-lhe ciência dos atos, conforme ressaltado nas folhas 74.

Ocorre que, embora estivessem presentes os cumprimentos dos cânones legais, em nosso entendimento e por insegurança dos envolvidos, a análise principiológica foi afastada do PAD “C”, que percorreu trilhos desnecessários. O uso de princípios poderia mitigar a coercibilidade do PAD e afastar as angústias e sofrimentos de ser submetido, sabatinado, questionado, por um conselho de vogais abrigados pelo *in dubio pro societatis*, tão imperioso que é o PAD e no caso em tela, tão afastado da ética levinasiana.

Assim, na instrução também se faz investigações, então é salutar dizer que, analisando a ficha funcional de “C”, trazida ao processo nas fls. 83 se depreende que se trata de um prontuário de 25 anos de serviço público sem nenhuma averbação desabonadora de conduta. Diz a ficha funcional que “[...] não constam nos registros funcionais do servidor: faltas injustificadas e processos administrativos anteriores” (PROCESSO “C”, FICHA DE QUALIFICAÇÃO FUNCIONAL DO SERVIDOR “C”, FLS. 83). Mais uma vez, se configura o princípio da bagatela, fato desconsiderado pela Comissão Processante, que segue sua marcha processual inquisitiva.

Já formando um juízo de admissibilidade a partir dos instrumentos instrutores do processo, no dia 12/03/2009, a Comissão “C” inicia a convocação de outros servidores públicos do órgão onde trabalha “C” para tomar-lhes depoimentos e falas, a fim de melhor aclarar e pavimentar a formação do juízo de valor. A convocação foi feita por correspondências formais.

Lembrando que, as correspondências são o ponto fulcral da sindicância pois corporificam a instrução processual, mas elas são também elementos de intenso sofrimento, principalmente expedidas para uma mesma equipe, no interior do mesmo órgão, sobre processo que envolve funcionários que laboram há muito tempo no mesmo *locus*. Gasparini (2001) ressalta a função dúplice da correspondência, ou seja, é um chamamento ou citação do processado a fim de também prestar depoimento, mas também é prova de que há um processo tramitando, isso de per si, já se configura um desconforto ao processado, pelo constrangimento de receber a citação pelas mãos da chefia, não sem antes, a citação passar pelo malote, pelo protocolo, pelo mensageiro. Todos eles, colegas de trabalho de “C”.

Diz a Lei 9.784/99, Artigo 3º. que “[...] é um direito dos administrados ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópia dos documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”. Além do mais, pela correspondência o administrado tem assegurado o direito de ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, mas isso não descaracteriza e nem exime o constrangimento dos olhares furtivos, dos rostos com feições de dúvida, da insensibilidade de quem circunda um servidor que responde PAD.

Dito isto, o PAD “C” encerrou sua fase instrucional tendo sido carreado ao processo uma gama de documentos que serviram de sustentação para prolatar a decisão. É a partir da construção instrutória que é possível parametrizar decisões, ponderar atitudes e tecer uma via de argumentação de defesa e acusação com o fito de iniciar a nova fase. Passemos a ela.

3.4.3 As fases de indiciamento e defesa: servidor de boa conduta acusado

Importa destacar que, um dos tipos de meio de prova não documental utilizado no PAD “C” foi o depoimento pessoal dos convocados já que todos eles conheciam a dinâmica do órgão onde “C” trabalhava e principalmente a conduta de “C”. E ainda, os depoentes dominavam bem a execução das tarefas administrativas envolvidas na consignação, objeto tratado no PAD “C”. Dito isto, passemos aos depoimentos.

Diz o termo de assentada acostado às fls. 86 do PAD “C” que “no dia 17/03/2009 a Comissão se reuniu para a oitiva da autoridade do RH que informou conhecer o trabalho de “C” e ter ciência dos fatos e objeto da apuração do PAD “C”. É interessante analisar sob a ótica fenomenológica o depoimento da autoridade, pois embora ela reconheça “C”, relate sua conduta como bom servidor, em momento ofereceu empatia ao rosto e alteridade de “C”, ao contrário, no termo de assentada se percebe que, a autoridade preocupasse em abrigar-se diante das veleidades e mudanças da legislação.

E desde logo, se percebe que, a interpretação pela autoridade foi feita no endurecer do cimento burocrático para proteger o órgão, na perspectiva de também salvaguardar suas ações como autoridade e demonstrar que a autarquia é séria, idônea. Fazendo isso demonstra segundo Lévinas, uma passividade acusativa. Vejamos:

[...] a partir da Portaria n.05 de 08/10/2008 o RH é impedido de fazer qualquer lançamento de consignação, o papel do RH a partir da publicação decreto (sic) é receber as queixas que os servidores apresentam (TERMO DE ASSENTADA DO PAD “C”, FLS. 86).

Na verdade, a fala da autoridade é retirar a competência do RH se eximindo de responsabilidade, ocorre que, fazendo uma uma filtragem acurada na Portaria 05 podemos ver que, os órgãos de RH, em analogia aos consignantes não podem ficar afastado dessa relação, inclusive por que o consignante é a pessoa jurídica autorizada pelo artigo 3º. inciso II a efetivar essa prática. A ambiguidade é reforçada pelo próprio Artigo 13, já descrito nesse trabalho, que ressalta a produção dos comandos de consignação diretamente executados pelos consignatários “por intermédio” do SIAPE.

Portanto, repisamos que, não se pode executar algo diretamente por intermédio de outrem; advirta-se ainda, que o SIAPE não é um ente concreto, é uma ficção jurídica, uma pessoa jurídica representada por pessoas físicas que são os tomadores de decisão. Logo, há um adensamento relacional entre consignatário, consignante e consignado que não se pode fraturar. Ademais, causaria espécie deixar o órgão gestor de RH afastado dessa relação como mero expectador, já que ele efetiva uma política de administração de recursos humanos, além disso, as proibições da Portaria 05 são todas voltadas ao consignatário, não ao consignante⁵⁹.

⁵⁹ Ver artigo 23 da Portaria 05 da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, publicada no Diário Oficial da União em 08/10/2008.

Eis aqui a sensibilidade das representações de Levinas (1993), de forma que na relação, um sujeito é responsável e há de ter zelo ao outro, em um nexos sem assimetria. É portanto, um tipo de reponsabilidade solidária que afasta desde logo, o egoísmo da culpabilidade do outro. Neste sentido ao reconhecer a unicidade “[...] reconheço igualmente minha responsabilidade ética para com o Outro, em particular, a responsabilidade de não transgredir ou violar essa separação” (CERBONE, 2012, P. 217).

Para terminar o depoimento, a autoridade alega que não houve perda financeira nem moral para a instituição. Neste sentido, aqui já há uma alusão a ausência de prejuízo tanto material quanto moral tanto para os servidores envolvidos, quanto para o Estado, o que em nosso sentir, já se configura o princípio da bagatela, ignorado desde o início, pela chefia, pela autoridade instauradora e pela Comissão. Para ilustrar nosso pensamento, trazemos novamente a fala de Gomes (2009, p.22), para quem,

[...] a infração será de bagatela se se estiver ausente a periculosidade na conduta do agente e, [por via contrária, quando] estiver presente a idoneidade e a inexpressividade ou insignificância [do ato], sempre vinculado ao um desvalor no resultado jurídico.

Entendemos que, embora presentes estes argumentos, o PAD “C” prosseguiu sua marcha, refalseando também, o princípio da economicidade na Administração Pública, isto por que a autarquia disponibilizou uma equipe de servidores e substancial recurso material para atuar no PAD “C”, logo, entendemos um desnecessário dispêndio de recurso e tempo, o que de per si, já fere a eticidade. Sobre o tema, é bom ressaltar o conceito de hipóstase descrito em Lévinas como um domínio que casa muito bem com a supremacia do Estado, pois a hipóstase é o orgulho, a virilidade do poder que encarcera o outro.

No dia 01/04/2009, devidamente citado “C” compareceu à comissão e foi ouvido no colegiado, ressaltando a inconstância que sempre estivera presente nas consignações, que ora eram autorizadas, ora proibidas, oras flexibilizadas. Neste turbilhão de mudanças uma temática que envolve proteção à vida, salário, e principalmente desconto direto na fonte - como é o caso das apólices de seguro - gera muita apreensão, e quem está na operacionalização “escuta muita reclamação”, diz C, e assim explicou o que aconteceu:

[...] o seguro foi excluído do contracheque dos associados em 2006, e desde o início os servidores associados reclamaram a respeito da exclusão. [Eu] me comprometi a fazer a inclusão do seguro quando fosse liberada a rubrica, após essa liberação [em 2008] inclui o seguro [dos antigos segurados] tendo em vista meu comprometimento (TERMO DE ASSENTADA DO PROCESSO “C”, fls.93).

E ressalta que fez de boa-fé, inclusive salientando que jamais agiu às escuras, encoberto por subterfúgios. Portanto “o lançamento não foi feito escondido, mas eu não tinha conhecimento da não inclusão do desconto [proibição de lançar]”. Destacou ainda que, não considerava o ato de inclusão dos nomes no sistema como lançamento, mas como mera restituição ao *status quo* anterior de quem já era cadastrado no seguro, que teve a dedução em folha suspensa em 2006 e novamente em 2008 desejava consignar, pois a autorização foi retomada dois anos depois.

E para finalizar “C” reforça que sua conduta não gerou quaisquer benefícios a ele próprio e nem a ninguém, tampouco o ato fora prejudicial ao órgão público. Todavia, diz “C” que não imaginou um transtorno dessa magnitude em um ato que há somente dois anos atrás era executado normalmente pelo servidor. Encerrado o depoimento e lavrado os termos de assentada, a Comissão fez nova reunião no dia 13/05/2009 para analisar os depoimentos e decidir.

Mesmo diante de todas as evidências, em momento algum a comissão resgata os princípios de administração pública, preferindo seguir sua marcha nas veias da literalidade da legislação. E para intensificar mais a impessoalidade e o solipsismo, ressaltamos a indiferença ao invés do olhar de alteridade, o predomínio da visão racional insensível diante do império da lei e por conseguinte, a negação do desvelamento do olhar do outro.

No dia 19 de maio de 2009, a Comissão resolveu indiciar o servidor “C” por inobservância de dever funcional, enquadrando-o no Artigo 16 inciso III da Lei 8.112/90, e assim fazendo lavrou o relatório de indicição às folhas 144.

Chama a atenção, todavia, o aspecto silente e impessoal da comissão que, indicia “C” porém não relata a que comando normativo o servidor “C” havia descumprido. É bom lembrar que a Lei 8.112/90, destaca em seu artigo 161, que “[...] Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas”.

Eis que em 19/05/2009 foi expedida ao servidor “C” uma comunicação grafada, para apresentar sua defesa escrita no prazo de 10 dias, sob pena de ser considerado revel no PAD “C”. No tempo regulamentar “C” apresentou uma peça jurídica contendo 9 laudas cuja complexidade e forma com que fora construída nos leva a crer que ela fora redigida por terceiro, (alguém versado no conhecimento jurídico e na ironia) e assinada pelo servidor “C”, se configurando como auto defesa completamente permitida. Reiteramos que “C”, não se fez acompanhar de profissional juridicamente habilitado, embora tenha direito a fazê-lo. Mas a peça que coleciona ao processo é digna de acuradas observações. Vale a pena analisar alguns fragmentos da defesa escrita de “C”. Vamos a ela.

Pedagogicamente nas preliminares, a peça jurídica se inicia utilizando o método socrático de ensino por indução de respostas através de perguntas, o que já é uma eticidade. O uso da maiêutica na retórica da exordial é argumento que incita o raciocínio do leitor, pois é a interpelação do rosto, a epifania do olhar Levinasiano, que faltou às autoridades e os vogais exercitem no curso do processo. Já de imediato a inicial de defesa escrita contesta os objetivos éticos do Direito Administrativo:

[...] para que presta o Processo de sindicância Administrativa? Seria ele uma peça herdada do período inquisitório medieval? Serve ele para vigiar e punir os servidores do Estado, aplicando sanções ou penas a bel prazer da discricionariedade da Administração Pública? (DEFESA ESCRITA DE “C”, PAD “C”, fls.161).

E em seguida o autor da peça - tanto quanto o filósofo Sócrates - ele mesmo responde as questões acima com efusiva exclamação separada do texto: “Não!”. E conceitua o que perguntou, convictamente ensinando o equilíbrio entre o processo e sua carga autoexecutória com a alteridade da defesa, pois,

[...] o processo de sindicância administrativa é peça investigatória e acusatória que comporta em igualdade de condições as manifestações da Administração Pública, enquanto órgão investigador e eventualmente punidor [oferecendo ao servidor] exercício pleno de seu direito de defesa, contraditório e do exercício do devido processo legal (IDEM, fls.161).

Com essa afirmação a defesa admoestou a construção do rito da sindicância tanto em esfera ética, principiológica, quanto no próprio condão da Lei. Isto posto, ressalta que, a o presente processo, fora manejado por via oblíqua, o que de certa forma, gerou para o servidor “C” obstáculos ao exercício do princípio constitucional do direito de defesa e o contraditório. Este bloqueio - continua a defesa - “se traduz em patente prejuízo ao

acusado afrontando o rito de concretização do ato processual” (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, fl.162), e por isso mesmo, na visão da defesa o impedimento viciava a sindicância de nulidade absoluta.

E explica como o vício se mostrou no processo: “[...] sabemos que o presente Processo de Sindicância Administrativa apura possível incursão do servidor na infração de inobservância de dever funcional, mas o caso analisado não indica em que norma se enquadrou a infração”, e continua destacando que, ao assim proceder a sindicância gerou um relato incorpóreo, etéreo demais, que deixou perigosa margem de insegurança nas relações jurídicas; e assim questiona:

[...] Não pode a ilustre Comissão Sindicante indiciar o servidor com tamanha subjetividade sem cair nas raias de absoluta abstração. Que norma legal e regulamentar o servidor inobservou? (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, FLS. 162).

A partir da fala da defesa, é interessante destacar o que Lévinas chama de “o terceiro e a justiça” o que em nosso sentir, se enquadra como a supremacia do Estado diante do cidadão comum, desnudo, desprotegido, e sem entender a que linguagem abstrata, a justiça se reporta. Neste sentido, também é bom lembrar Ricoeur (2009, p.42) que destaca “[...] é preciso ter uma justiça entre os incomparáveis e uma sinopse”, pois é a justiça que permite tematizar, dizer, de forma clara a sua posição, para poder se fazer cumprir.

A defesa afirma a imprecisão do Termo de Indiciação escarhecendo que, diante da vaguidade a comissão indicou alguns vestígios infracionais deixando o intérprete ao sabor de sua própria decifragem para continuar no encalço da conduta ilícita, e descobrir qual seria ela, a causadora do PAD “C”. Com tal afirmação, a defesa provoca um espanto:

[...] valha-me *Sherlock Holmes!* (Personagem investigador, de ficção, da literatura britânica, criado pelo médico e escritor britânico *Sir Arthur Conan Doyle* em novembro de 1887) [...] se quisermos saber teremos que ler as indigitadas páginas, para procurar nós mesmos, de que nos defendermos. (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, FLS. 162).

E continua interpelando o termo de assentada da autoridade do RH silente em declinar que medida normativa “C” descumpriu, e assim ressalta:

[...] por amor ao debate, mas sapientes que entregues à própria sorte, queremos as normas legais e regulamentares que dizem que inobservamos. Dê-nos normas legais e regulamentos para que leiamos e entendamos onde a

ferimos. E se a ferimos, por que ferimos... e onde a ferimos... para lhes curar as chagas! (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, FLS. 164).

E concluiu: “[...] não ferimos, de fato, norma alguma. Cumprimo-las!”. E pugnando mais uma vez pela nulidade do PAD “C”, a defesa ataca também o mérito ressaltando ainda que diante da torrente de legislação administrativa de recursos humanos superabundante em tempos hodiernos a administração omitiu-se de treinar e atualizar o servidor “C”, um auxiliar administrativo, tendo ele mesmo que entender da hermenêutica de um emaranhado de instrumentos normativos desse país.

A defesa ressaltou também que “C” agiu de boa-fé e com lealdade, e ainda, não gerou prejuízo algum tanto ao órgão quanto a terceiros, e que ao longo da carreira do servidor “[...] outra coisa não fez ele senão zelar pela imagem e construção da idoneidade do órgão onde labutou” (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, FLS. 167). Portanto, “C” descortina no final do processo, o princípio da bagatela, observação que, seria recomendável constar e ser perseguida ao longo do processo. Assim, ao reconhecer essa assimetria ou contraste entre Estado e cidadão processado e a autarquia silente, a defesa identificou e confirmou o lugar de cada um dos sujeitos processuais e clamou por justiça principiológica. Neste aspecto, Levinas (1993, p.47) nos lembra que, “é preciso a justiça, a comparação, a coexistência e a visibilidade dos rostos”. Portanto, chegando aos momentos finais a defesa faz seu pedido:

[...] que em nome do Princípio da dignidade humana a autarquia se digne providenciar o treinamento, instrução e atualização legislativa capaz de impedir que seus servidores se achem envoltos em situações constrangedoras, em sindicâncias morosas e onerosas aos cofres públicos (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, FLS. 167).

E concluiu, protestando pela produção de prova documental, testemunhal, pericial, e inspeção administrativa e por todos os meios probantes em direito admitidos,

[...] que seja anulado e arquivado o processo nos termos da preliminar, ou no mérito, que seja dado o reconhecimento da não existência de inobservância de norma legal e regulamentar por parte do indiciado. E seja considerada a inexistência de prejuízo à Administração [...] (DEFESA ESCRITA DO PAD “C”, FLS. 168).

E assim, entendemos que, a defesa escreveu pelas vias levinasianas que “[...] a justiça não é somente o lugar do Estado, mas sim, o *lócus* da verdade e da essência, cuja ordem ocupa o primeiro lugar da filosofia ocidental” (RICOEUR, 2009, p.49). Portanto, a defesa pugnou pela aplicação da alteridade no caso de “C”, clamando o princípio da

insignificância, a ética e a sensibilidade diante da oscilação de um “autoriza-desautoriza” (grifos nossos) emanado pelo governo, que acabou confundindo “C” em sua rotina de execução profissional.

Entendemos que, o relato evoca o rosto, a identidade e a conduta de “C”, servidor sem punições anteriores, envolvido em um torvelinho de mandamentos jurídicos, acabou se equivocando. Recebida e analisada a defesa escrita, em 06 de julho de 2009 a Comissão elaborou o relatório final do PAD “C”, manifestando seu juízo de valor. Passemos à análise das próximas fases, quais sejam o relatório e o julgamento do PAD “C”.

3.4.4 As fases de Relatório e Julgamento: o reconhecimento da inocência do servidor

Após a interpelação da peça de defesa, que conseguir demonstrar os antagonismos e contradições do processo, ao considerar o conjunto probatório incluso na fase instrucional, bem como os depoimentos pessoais, a Comissão deliberou em relatório conclusivo destacando que “[...] foi apurada a inobservância do dever funcional prescrito no artigo 166 da Lei 8.112, e que o servidor “C” foi regularmente citado e teve vistas aos autos no tempo de 10 dias para defesa”. E assim, derradeiramente em relatório suscito e completo, a Comissão demonstra:

[...] que o servidor “C” não agiu de má fé. A comissão entende que não foi possível comprovar as possíveis irregularidades indicadas, opinando assim pela aplicação do Artigo 145, inciso I da Lei 8.112/90, [ou seja], pelo arquivamento do processo de sindicância [...] (RELATÓRIO DO PAD “C”, FLS. 173).

Cumprida as formalidades de competência da Comissão “C”, em 06 de julho de 2009, os vogais dão por encerrado o “PAD C”, escrevendo o termo de remessa e assinando-o, e desta forma o encaminharam à autoridade instauradora para julgamento. Esta por sua vez submeteu o “PAD C” em 17/07/2009 à apreciação do setor jurídico que analisou os elementos formais ou constituição processual propriamente dita, destacando a inexistência de vícios e nulidades, bem como observou a adequada citação do processado.

Por fim, o jurídico deduziu que o processo realizou seu trâmite normal até a conclusão, portanto o setor forense corroborou com a decisão da Comissão “C” a submetendo, no

dia 18 de agosto de 2009, ao elevado crivo decisório da autoridade instauradora para julgamento.

Eis que tendo recebido o processo, a autoridade instauradora assim deslinda sua decisão:

[...] acolher o relatório final para arquivar a presente sindicância administrativa [...] isentando de responsabilidade o servidor “C” de acordo com as razões expostas no relatório final da Comissão Sindicante (DECISÃO DO PAD “C”, fls. 178).

Assim, no dia 31 de agosto de 2009, o servidor “C” foi convocado para tomar ciência da decisão da autoridade instauradora, e o processo foi enviado em 14 de outubro de 2010, para o Serviço de Protocolo para ser arquivado, tendo assim cumprido sua finalidade. Mas, ressalte-se, em momento algum as autoridades envolvidas ventilaram os cânones do princípio da bagatela, da alteridade e da sensibilidade, o que por certo, evitaria as delongas de um processo produtor de sofrimento físico e psicológico no servidor. Aqui entendemos a visão da Comissão e zelo com a coisa pública, sendo evidenciada em primeiro plano a *res*, em detrimento da pessoa.

3.5 O PROCESSO “D”: DOIS CARGOS PÚBLICOS NA SAÚDE É ACÚMULO ILEGAL?

O PAD “D” é um auto com 263 laudas abrigando um conflito entre o servidor “D” - ocupante de um cargo público, privativo de profissional na área da saúde - e a autarquia analisada. “D” servidor público, tomou posse em seu segundo cargo - também privativo de profissional da área da saúde - em novembro de 2008, na autarquia, sendo que, já no momento da posse o RH detectou acúmulo de cargos públicos, o que motivou o Processo “D”. Vejamos o caminho percorrido por “D”, analisando fenomenologicamente as fases processuais, desde sua posse como servidor público federal, até a prolação da decisão final.

“D” prestou concurso para o cargo de auxiliar de enfermagem, e aprovado, detectou que havia na autarquia trabalhadores terceirizados⁶⁰ ocupando o cargo para o qual fora

⁶⁰ Empregados contratados por empresa particular, prestando serviço na administração pública.

aprovado. Como a autarquia delongou convocar os aprovados mantendo os terceirizados, “D” entrou com mandado de segurança e saiu vencedor. Tomou posse em novembro de 2008 e com isso gerou intensas resistências e animosidades.

Cumprindo o Artigo 13 da Lei 8.112/90 ao ser empossado o candidato haverá de demonstrar uma série de comprovantes dentre eles uma declaração de desempenho, ou não; em outro órgão público. Observemos:

§ 5º - No ato da posse, o servidor apresentará declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública (LEI 8.112/90, ART.13, § 5º.).

A referida declaração serve para atender por sua vez, o Artigo 37, inciso XVI “c” da Constituição Federal, que proíbe exercício simultâneo de função pública, evitando assim acúmulo ilegal de cargos. Ocorre que, o mesmo inciso abre algumas exceções em relação ao tema. *In verbis*:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

“D” requereu através de petição escrita por advogado o direito de tomar posse na autarquia alegando que, o artigo 37, inciso “c” faculta acúmulo de dois cargos aos profissionais de saúde, destacando que, em seu caso não havia incompatibilidade de horário, inclusive demonstrando essa situação pelos mapas ou escalas dos dois empregos. Começou desde então, o que Lévinas chama de aprisionamento ôntico do “Eu” em si mesmo, ou indiferença, uma vez que, na recusa da autarquia diante do pedido de “D”, ao invés de sensibilidade ética, o que se viu foi uma carga neutral de indiferença. Isto se refletiu no direito subjetivo de “D”, pois além de desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, a autarquia negou-lhe a demanda, invisibilizando-a.

Portanto, a posse de “D” foi condicionada à apresentação em quinze dias úteis, da Declaração Definitiva de Acumulação de Cargos ao RH, fato reiteradamente reforçado no PAD “D” nas fls. 81 “[...] solicito encaminhamento de ofício ao servidor “D” e a sua

chefia [para informar que] a declaração definitiva deverá ser preenchida, assinada e encaminhada” (despacho RH, PAD “D”, fls.81).Exaurido aquele prazo, o servidor “D” acostou aos autos uma declaração constando carga horária do outro órgão público.

A partir do documento apresentado, o RH fez uma conta na carga horária, atestando que havia um cômputo total nos dois empregos públicos de 70 horas semanais. Ato contínuo, o RH solicitou parecer legal sobre o tema ao órgão de normas e legislação, que por sua vez, anexou um parecer da Advocacia Geral da União onde consta uma apreciação da AGU sobre um caso análogo, de acumulação de cargos por um docente. A AGU faz uma citação lançando mão de um parecer da extinta CGR, que naquele caso concreto destacou:

[...] está ocorrendo configuração de acumulação ilícita por parte dos professores de estabelecimentos de ensino que acumulam atividades de magistério, ou esta, com outra de caráter técnico ou científico, por período superior no seu conjunto às 60 horas semanais (PARECER AGU, PAD “D”, fls. 90, parte II, 7).

Perceba o leitor, que a CGU lançou mão de parecer meramente ilustrativo referindo-se ao número “60 horas semanais” como mero exemplo no caso concreto em análise. Não observamos, portanto, no parecer analisado, a CGU parametrizar, balizar ou estabelecer limite de carga horária laboral “de 60 horas semanais” aos servidores públicos. E mesmo que o fizesse, desbordaria de sua competência, pois, enquanto órgão consultivo de mera recomendação não lhe é permitido se antepor à Constituição Federal ou à Lei 8.112/90 e supletivamente definir os meandros legais, já que, a CGU não tem hierarquia superior a esses dois institutos.

Mesmo assim, o número “60 horas semanais” passou a ser no entendimento do RH o ponto de corte para a carga horária de “D”. E foi com essa interpretação turva (cumprimento de 60 horas) que o servidor “D” passou a ser fustigado com telefonemas, inúmeras correspondências, sindicância, e depois com um processo administrativo disciplinar ou PAD “D” de extensa duração: vinte e três meses. Vejamos como foi desenvolvido o PAD D, fase a fase, repisando que nessa relação com o outro, foi obscurecida a epifania da face, a eticidade e a responsabilidade recomendada por Emmanuel Lévinas. Começamos pela instauração do PAD “D”.

3.5.1 A fase de instauração: a fustigação ao rosto do outro, ao invés da alteridade

Quando o RH tomou conhecimento do parecer da AGU emitiu farto parecer repetindo tanto o Artigo 37 da Constituição Federal, quanto o Artigo 118 da Lei 8.112/90, interpretando a apreciação da AGU. Assim ocorreu uma hermenêutica em cascata: a CGR foi interpretada pela AGU que foi interpretada pelo RH que interpretou a conduta de “D”. Aos saltos e rupturas em uma interpretação aflitiva o RH formou um juízo de valor quase repulsivo sobre a conduta de “D”, reforçando inclusive um entendimento de antijuridicidade. Observemos:

[...] face ao teor do parecer GQ-145/98 – AGU, pode-se depreender acerca da ilicitude da acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor esteja submetido à jornada de trabalho superior à sessenta horas semanais, de maneira à salvaguardar a integridade física e mental do servidor (DEPACHO RH, DO PAD “D”, FLS. 93).

Perceba o leitor, que no caso em tela aparece de forma incontestante o número de horas (sessenta) entendido pelo RH como sugestão da AGU, fato improcedente quando se observa o parecer contido às fls.90-92. Ademais, o despacho da autoridade do RH ainda acrescenta mais um dado à repulsa: cita a preocupação com a integridade física e mental do servidor, narrativa atribuída à CGU, que definitivamente não consta no parecer referido. O despacho do RH concluiu sua análise sugerindo que se encaminhasse “o presente [o parecer da CGU e o despacho do RH] para que o servidor fosse notificado, devendo comparecer ao órgão com documento hábil com a finalidade de regularizar a acumulação de cargos” (DESPACHO RH, DO PAD “D”, FLS. 94).

Tomando o pensamento levinasiano para nossa análise fenomenológica do PAD “D”, podemos observar que a imposição a aversão ao “Outro”, ao invés do exercício de alteridade é uma “suspensão da ética [que] arranca o indivíduo de sua identidade lançando-o em um jogo de sofrimentos que o domina e o absorve” (DARTIGUES, 2008, p. 135). Foi o que ocorreu com “D”.

Em julho de 2009 “D” toma ciência dos documentos e solicita cópias, começa então, uma vigilância cerrada sobre “D” para que este descumpra aquilo que o órgão julgou como conduta ilícita, e já em 30 de julho de 2009 foi emitido ofício, exigindo tal encargo. Registre-se que, esta exigência do RH foi mencionada várias vezes nos autos através do ordenamento frasal de “notificar D para escolher um dos cargos públicos”.

Com a cautela da observação fenomenológica, podemos dizer que, se a preocupação do RH era oferecer defesa a “D”, desarrazoadamente esta notificação transbordou a ponto de se aproximar da fustigação de consciência do servidor, pois tivemos a preocupação de conferir que o “notificar D para escolher um dos cargos públicos” foi comunicado a “D” 15 (quinze) vezes.

Creemos portanto que, os princípios do contraditório e ampla defesa são princípios éticos que protegem o processado, todavia, quando manejados fora do limite da razoabilidade podem se transformam em abuso de poder, fustigação e ainda, ofender o princípio da presunção do estado de inocência ou não culpabilidade, em um processo que, ainda está em curso. No PAD “D” folhas 116, constam também envios de correspondências por via eletrônica, e por via de correio com entrega presencial, se vê também anotado a lápis um número de telefone, o que nos faz crer que além de acossar o servidor por correspondência escrita, também fora ele rastreado por telefone. Tanta cautela para avisar o servidor pode se configurar no cuidado de dar ciência e cumprir o princípio do contraditório e ampla defesa. Mas, reforçamos o escrito no parágrafo anterior: o que ultrapassa a linha abissal da normalidade, pode recair no excesso dando vazio ao suplício buscar outras vias de defesa. Foi o que ocorreu com “D”.

Tanto que, em 14 de agosto de 2009, julgamos que o servidor tenha buscado assessoria junto ao seu órgão corporativo pois às folhas 114 do PAD “D” há um requerimento do Sindicato dirigido ao RH expondo que,

[...] o servidor possui dois cargos públicos porém os mesmos não possuem incompatibilidade de horário. O parecer da AGU não encontra respaldo jurídico, apenas cria outro requisito para a acumulação de cargos, o que não é possível, pois o mencionado parecer não tem força normativa que possa preponderar sobre a garantia constitucional (REQUERIMENTO SINDICATO AO RH. PAD “D”. FLS. 113-114).

E assim o requerimento encerra sua exposição solicitando que sejam acolhidas as razões expostas, já que a corporação entende que o servidor preenche todos os requisitos previstos em Lei, e pede para que a exigência do RH seja desconsiderada. Aqui, é sempre bom trazer à cena, a sensibilidade levinasiana contida no parecer do órgão sindicante, a proximidade sem mediações e reservas com o outro desnudo, a alteridade e a epifania do rosto do outro.

Todavia, se o sindicato é sensível e tem alteridade, o RH caminha pelo sentido oposto, já que, em 26 de agosto emitiu novo parecer fustigando diligentemente “D”, que “[...]”

até a presente data [ainda] não apresentou documentos que comprovem a regularização de cargos” (DEPACHO RH, DO PAD “D”, FLS. 95). Ato contínuo, em 27 de agosto o RH interpela o servidor “D”, através de sua chefia, enviando um documento informativo relatando ao superior hierárquico, a acumulação de cargos e reitera a notificação já dantes repetidamente afirmada: “Notificar D para que escolha um dos cargos públicos”. Sendo assim o RH ressalta a necessidade da opção e agora estabelece um prazo impreterível para “D” tomar sua decisão.

[...] “D” deverá no prazo improrrogável de 10 (dez dias), contados da data da ciência, apresentar comprovante de adequação da jornada de trabalho ao limite de 60 (sessenta) horas semanais, ou optar por um dos cargos públicos (DEPACHO RH, DO PAD “D”, FLS. 103).

No final do despacho o RH pela primeira vez sugere a possibilidade de apurar por meio administrativo e reitera que, “[...] em caso de omissão, deverá este [documento] ser encaminhado à Comissão Permanente de Processo Administrativo Disciplinar (CPPAD) para adotar procedimento sumário e apurar situação de acumulação na forma do Artigo 133 da Lei 8.112/90” (DEPACHO RH, DO PAD “D”, FLS. 103). Se o RH escarmenta “D” para que “escolha entre um dos cargos públicos”, por sua vez “D” recorre novamente ao sindicato.

Em 11 de setembro de 2009, o sindicato envia nova correspondência ao RH ressaltando mais uma vez que, o servidor havia sido interpelado nos meses de agosto e setembro, e que não havia apresentado resposta pois entendia constitucionalmente adequado o acúmulo de cargos. Para finalizar o ofício, o sindicato solicita arquivamento do assunto relativo, ou mesmo que fossem acolhidas suas razões. Todavia em 18 de setembro o DRH indeferiu o pleito do servidor e de seu sindicato alegando falta de amparo legal, ato contínuo comunica sua denegação ao gestor, ao chefe de “D”, ao sindicato, e ao próprio “D” dando ampla publicidade do caso em questão.

Entende-se que, se de certa forma a publicidade enseja possibilidade de defesa, no caso de “D” a fustigação alcança quase um assédio, tanto que em 16 de setembro o RH envia correspondência ao gestor ressaltando que o prazo concedido ao servidor havia expirado e que este ficara inerte. Diante disso, solicita designação de comissão de sindicância, ato prontamente atendido em 18 de setembro de 2009 pelo qual o gestor retornou ao RH a aquiescência, determinando que fosse elaborada a portaria designativa da comissão,

com três servidores. Estava instaurada assim, a sindicância “D” que se desenrola em lento caminhar se transformando em seguida no PAD “D”. Examinemos.

3.5.2 A fase de instrução: sem humanização no PAD

Já em 18 de setembro de 2009, composta a comissão e publicada a portaria em jornais de grande circulação, foi comunicada a chefia do servidor, o gestor, e o sindicato sobre a abertura de sindicância. O servidor foi convocado por notificação prévia o que se configura o cumprimento do princípio do contraditório e ampla defesa, o que neste caso seria redundância pois o servidor fora comunicado anteriormente, por intermédio de inúmeros meios já explicados.

Em 25 de setembro de 2009 o servidor faz uma defesa escrita de punho próprio aduzindo as razões e necessidades do acúmulo de cargo e solicita desta vez “[...] que seja concedido prazo razoável para requerer a redução de sua jornada de trabalho ou mesmo optar por um dos cargos públicos” (OFÍCIO 570 PAD “D”, FLS. 124).

No pedido de “D”, vemos exposto o que Lévinas chama de rosto em nudez, uma metáfora da essência da linguagem e do pensamento do pedido do Outro, que vem em direção a mim, manifestando seu semblante. Diz Dartigues (2008, p.140) que a “[...] linguagem serviria para despertar um pensamento idêntico nos interlocutores que retomariam cada um por sua vez, o mesmo monólogo. Não foi o que ocorreu no PAD “D”, pois a outraquia pelo véu da indiferença, continuou com as fustigações nas fases da sindicância.

Aqui, é oportuno observar que, após reiteradas notificações, mesmo o servidor reconhecendo *fumus boni juris*, e certo de seu direito, após repetidas investidas do órgão, “D” começa a ceder, irrefletidamente admitindo diminuir carga horária. Sobre esse tema, Lévinas diz que a decisão insensível, aquela que fustiga o rosto, acaba produzindo uma reação de “[...] consciência sem reflexão que corrói a esperança e a dignidade” (LÉVINAS, 1993, p.65).

Em 05 de outubro de 2009 a comissão instalou sindicância e sem sopesar o juízo de valor ou admissibilidade, cumpriu a dogmática processual sem lançar mão da pauta

principiológica, da ética e da alteridade, tanto que, deu por encerrada a instalação, os vogais lavraram a ata e indubitavelmente cumpriram a lei, olvidando-se de fazer intelecções mais profundas a cerca da justiça e adequabilidade do processo. Tanto assim que, racional e agilmente, no cumprimento do que achavam correto, começaram a indiciar “D” em um fluxo que poderia culminar com exoneração de cargo.

3.5.3 As fases de indicição e defesa: rito sumário, a opção pela exoneração

Um aspecto que vale a pena ser observado na sindicância ora tratada, é a chamada apuração por rito sumário. A CGU (2011) ressalta que esta modalidade embora não conste originalmente na Lei 8.112/90 foi inserida na reforma administrativa pela Lei 9.527/97, e então pode ser caracterizada como:

O procedimento [de rito sumário que] é aplicável na apuração de acumulação ilegal de cargos, de abandono de cargo e de inassiduidade habitual, sendo a todas cabível a pena de demissão. A regra geral é de que se trata de rito com instrução célere, pois visa a apurar casos em que já se tem materialidade pré-constituída (CGU, 2011, p. 628).

A denominação acima descreve a sindicância ora analisada, na qual já havia segundo o RH e a Comissão “D” fortes indícios de materialidade constituídas desde a posse do servidor “D”, “o rito é célere”, diz um vogal “D”. Nestes casos, a própria legislação dispensa que se faça novamente oitivas do servidor, de testemunhas, das chefias, etc... para preservar o princípio da economia processual, por que já se entende presente um conjunto probatório sobre o qual a comissão haverá de ter como base para deliberar sua decisão.

Ocorre que, esta interpretação acima é adequada quando não há grandes discussões e peculiaridades como fora o caso de “D”, caso concreto cheio de reminiscências e interpretações questionáveis. Mesmo assim, em 26 de novembro de 2009 o colegiado “D” emitiu seu parecer:

[...] o servidor “D” acumula ilicitamente dois cargos públicos com incompatibilidade de horário entre os vínculos empregatícios, já que sua jornada é de 70 horas semanais. Portanto, tal conduta deve ser objeto de Processo Administrativo Disciplinar, tendo em vista a possível aplicação de pena de Demissão, quando couber (RELATÓRIO DO PAD “D”, FLS. 141).

E assim ao sugerir a abertura de PAD ao gestor, a Comissão “D” mais uma vez, insensível, interpela o servidor para que este “[...] seja notificado por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção [entre os dois cargos] no prazo improrrogável de 10 dias e na omissão, [que seja adotado] o procedimento sumário” para a apuração e regularização imediata mediante Processo Administrativo Disciplinar.

É interessante destacar que, concluída a sindicância, o ato poderia ter se exaurido por arquivamento, pois o parágrafo único do Artigo 144 contido na Lei 8.112/90, que informa:

Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I - arquivamento do processo;

II - aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III - instauração de processo disciplinar.

[...]

Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.

No caso analisado a Comissão não só recusou o arquivamento, como prosseguiu sem alteridade o rito para o PAD admitindo a possibilidade de exoneração caso o servidor “D” não fizesse opção por nenhum dos cargos. Ato contínuo, o gestor submeteu o relatório sindicancial ao órgão jurídico que o aprovou, sugerindo que o servidor fosse “[...] notificado na forma do artigo 133 para optar entre um os dois cargos públicos” (DESPACHO JURÍDICO PAD ‘D’ FLS. 144).

O gestor, por sua vez, embora tendo a faculdade de decisão contrária, acolheu o relatório da Comissão determinando “a notificação para que “D”, através de sua chefia, em 10 dias apresentasse opção por um dos cargos públicos sob pena de abertura de PAD rito sumário [exoneração]” (DECISÃO DO GESTOR, PAD “D”, FLS. 147).

Sendo dada notificação ao servidor, presumimos que ele novamente procurou seu órgão corporativo pois em 23 de dezembro de 2009, às vésperas do natal, o sindicato entrou com pedido de reconsideração administrativa argumentando a defesa do servidor “D”. No requerimento, observamos que, o sindicato foi sensível à causa de “D”, amparando suas demandas, olhando sua alteridade e sofrimento, destacando inclusive que “[...] o exercício de dois cargos ou empregos públicos de caráter efetivo não é estudado pelo prisma da generalização, mas pelo prisma da exceção” (PEDIDO DO SINDICATO, PAD “D”, FLs. 152).

E acentuou que a Lei Maior não explicita como a compatibilidade será aferida, não sendo possível que a AGU, na ausência de regulamentação sobre a matéria, discipline-a, pois não tem competência para tal. Aduziu ainda que nem a Lei 8.112/90 nem a Constituição fazem referencia a quaisquer números no cumprimento da jornada laboral ou carga horária, e conclui que,

[...] haja vista a compatibilidade de horários do servidor “D” nos dois cargos, não há que se falar em limitação da jornada de trabalho, não sendo possível que uma portaria crie novos requisitos para acumulação de cargos, não previstos na Constituição, nem na Lei específica sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos (PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DO SINDICATO, PAD “D”, FLS.152-155).

Eis que, decorrem setenta dias aproximadamente, e não houve aquiescência do pedido sindical. Enquanto isso, em 12 de março de 2010 através de despacho, a Comissão “D” se reporta ao gestor relatando que o servidor foi notificado “para optar entre um dos cargos públicos”, porém não acatou a instrução do gestor, havendo de certa forma desobediência pois “D” inobservou um comando mandamental. Preceitua a Comissão “D” ao gestor que, apurasse por PAD rito sumário, a situação ilegal de “D”. Para agravar, em 20 de maio de 2010 foi indeferido o pedido de reconsideração do sindicato, o gestor aquiesceu o pedido e a Comissão se transformou em PAD “D”, célere, frio, racional.

Para não repetir novamente todas as fases, já que pouca coisa mudou da fase sindicância para o PAD “D”, e por entendermos que a melhor didática é aquela que sintetiza, evitamos assim improfícuos e rebuscados rodeios e analisamos os atos finais do processo, não sem destacar as reiteradas vezes que vimos o “notificar o servidor para optar por um entre os dois cargos públicos”, repetido na sindicância e agora presente no PAD “D”. Passemos à análise das conclusões.

Entenda-se por atos conclusivos aqueles nos quais o desfecho ou *iter* processual põe fim à contenda. No caso do PAD “D” os sinuosos meandros pelos quais ele percorreu envolveram muitos agentes (autarquia, sindicato, jurídico DRH, chefia, comissão “D”, etc...). Eis que ao final do último ato processual houve a intervenção de mais um componente, pois o servidor viu esgotadas as possibilidades administrativas na autarquia, contemplou exauridas suas pretensões diante do órgão sindical e testemunhou hauridas suas argumentações no próprio órgão junto à Comissão “D”; e foi buscar guarida na justiça. É contra o terrorismo verbal, diz Ricoeur (2009, p.42) que “surge o discurso da justiça”.

3.5.4 As fases de Relatório e Julgamento: quando justiça e ética rasgam o véu desumano e garantem direitos

Um dos mais importantes aspectos da ética levinasiana, consiste em, agudamente chamar a atenção para a forma assimétrica das relações humanas, pois normalmente nelas prevalece hierarquia e racionalidade. Ocorre que, segundo Lévinas, embora não desconsiderando a necessidade de tais características, casos há em que somente a racionalidade não consegue abarcar a grandeza da situação. Nestes momentos, diz Santos (2009, p. 173)

entra em cena o viés ético, focado no acontecimento [...] ensinando sua alteridade e ordenando justiça, e paradoxalmente a sua altura [da ética] se eleva tanto mais majestosa e tanto mais [fortalecida] e impõe obediência, quanto maior [for] a pobreza e súplica [do outro].

Dito isso, temos a relatar que o PAD “D” se iniciou em 19/11/2010 e cumpriu todos os ritos de instauração e instrução de acordo com a Sindicância que o precedeu, inclusive com “notificação prévia a “D” para optar entre um dos cargos públicos” repetido 15 vezes. Em 22 de novembro de 2010 o Servidor “D” foi indiciado e citado para proferir sua defesa escrita, conforme as folhas 182 e o relatório de indicição assinado pelos vogais.

Em 01 de dezembro de 2010 o sindicato fez nova defesa escrita do servidor “D” demonstrando novamente que a acumulação de cargos exercida no caso analisado estava de acordo com a Constituição Federal e a Lei 8.112/90. Advirta-se, outrossim que, o órgão sindical traz uma informação adicional, destacando que “[...] o servidor já ajuizou processo judicial que tramita na Justiça Federal, com o intuito de que o Poder Judiciário analise a controvérsia”.

Adequada, sensível e de grande alteridade foi portanto, a conduta do órgão sindical defendendo “D”, acusado indevidamente de acumular cargos públicos. Na alteridade de olhar o outro como sujeito vulnerável, o sindicato fez interposição de muitos recursos salvaguardando o direito do servidor processado. Poderíamos entender que, essa atitude é tarefa obrigacional do órgão corporativo, mas há que se destacar, sobretudo que, no cumprimento do dever normalmente se desempenha a técnica do bom rito, afastado e impessoal do sujeito processado.

Não foi o caso do órgão sindicante, pois pelo exercício da alteridade, buscando o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, o órgão exarou os recursos no processo reiteradamente, sendo que um deles, fora redigido e protocolado no dia 23/12/2009, portanto às vésperas de natal. Veja o leitor que no cumprimento da ação mandamental pelos sindicatos que militam em áreas educacionais, muitas vezes não há observação de plantões jurídicos, tampouco em datas tais como a citada acima.

Portanto, não há como deixar de observar a conduta adequada, transbordando de ética, cuidado e zelo com o servidor “D” pelo órgão sindical, pois ele também foi envolvido no PAD “D”, agora como parte passiva na defesa. E tomou as rédeas do processo, inclusive observando à autarquia que fizesse suspensão do PAD “D”, até o posterior julgamento da ação cível.

Já não se pode falar de ética na conduta da autarquia “D”, vislumbrando cumprimento de legislação e fustigando “D”, profissional de saúde que acumulava dois cargos na área. Diz a hermenêutica que, a leitura de uma medida normativa pode trazer colorações multivariadas, foi o que ocorreu com a autarquia no PAD “D”, aferrada em um parecer da AGU que citava um número de horas, açulou “D” com correspondências, sindicâncias, e por fim um processo administrativo com rito sumário que poderia resultar em demissão.

Nos momentos finais do processo, a Comissão “D” elaborou seu relatório historiando todas as fases do PAD “D”, destacando as leis em que se ancorava para decidir, os documentos e principalmente aquilo que considera o comportamento mais equivocado, “a inércia de D”, chamado à notificação por diversas vezes (na posse, na sindicância, no sindicato, no PAD) para decidir entre os dois cargos e assim não o fez. Diante disso, a Comissão “D” conclui seu relatório destacando que,

[...] por todo o exposto, restou caracterizada a infração, que impõe aplicar ao Servidor “D” a penalidade de exoneração [demissão], com previsão nos dispositivos normativos apontados. Portanto, é dever oficial [ao outro órgão público onde “D” trabalha] a régia decisão desta autarquia (RELATO COMISSÃO D, PAD “D”, FLS, 201).

Fazendo isso a Comissão “D” assinou o relatório em 06 de dezembro de 2010 e o submeteu ao gestor para decidir. Ocorre que, cauteloso em sua decisão, o gestor resolveu chamar novamente o servidor para “manifestar opção entre os cargos em 10 dias contados a partir de 1º de dezembro de 2010”, conforme as fls. 207 do PAD “D”.

Enquanto isso, conforme fora destacado havia um Processo Judicial que “D” impetrara e estava aguardando decisão. Desta forma o sindicato protocolou em 05 de janeiro de 2011 um recurso ao gestor destacando que “[...] o servidor “D” através de seu sindicato de classe – figurando como substitutivo processual – intentou medida judicial perante a Justiça Federal”.

Neste interim, o Servidor “D” obteve deferido um pedido de antecipação de tutela, acostado no processo às folhas 231. Em 07 de fevereiro de 2011, o PAD “D” foi suspenso por liminar proferida em juízo, e em 04 de março de 2011 foi exarada a sentença em Ação Ordinária movida por “D”. A sentença é uma aula da moderna hermenêutica e ética levinasiana, alteridade e sensibilidade magistral, aquela que pode abalar o senhorio ôntico e assimétrico das relações desrespeitosas. No relatório da sentença o magistrado destaca que,

[...] desde a posse o Servidor “D” passou a receber notificações da autarquia para adequação de sua carga horária de trabalho, e depois foi instaurada Comissão de Sindicância que também a notificou e que depois disso [o PAD “D”] conferiu o prazo de 10 dias para apresentar opção sob pena de aplicação de gravosa penalidade (SENTENÇA JUDICIAL, PAD “D”, FLS, 241).

Na parte da fundamentação da sentença o magistrado ressalta que o cerne da controvérsia entabulada consiste em analisar basicamente a compatibilidade de horário entre os dois cargos públicos exercidos. E destacou que a compatibilidade de horário é pressuposto lógico, independente inclusive, de legislação sobre o assunto, e que “D” comprovou a congruência de horário no exercício dos dois cargos públicos pois trabalhava por escalas e plantões. Assim cumprido os requisitos constitucionais, diz a sentença, não cabe à Administração a limitação de direitos, sob pena de se ferir à Constituição. Dito isto o magistrado ressaltou ainda que,

[...] vê-se pelos documentos que o Servidor “D” trabalha em dois empregos, contudo sem que um prejudique o outro já que são laborados em dias diferentes, compatíveis entre si (SENTENÇA JUDICIAL, PAD “D”, FLS, 241).

Neste momento, se depreende que, a decisão que estava por vir estava se apartando da cultura legiscêntrica agrilhoadada ao solipsismo da mera aplicação da lei. É bom destacar a intelecção de Tradelemburg (2002) para quem o fenômeno jurídico é orgânico e ético, sendo recomendado sua estruturação a partir de tres formas ideais: o bem supremo, a virtude e o dever.

Foi no trilho dessa tricotomia que o dispositivo da sentença correu, perfazendo um construto profuso, mergulhado na historicidade de seu tempo formando uma rede plurissignificativa capaz de enxergar fato, valor e norma de maneira interceptados. Assim o dispositivo foi levinasianamente ético, ao ressaltar:

[...] julgo procedente o pedido autoral nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil para declarar o direito do autor à acumulação dos cargos, respeitada a compatibilidade de horários, bem como [declaro] a ilegalidade da limitação de 60 (sessenta) horas contidas no Parecer GQ- 145 da AGU (SENTENÇA JUDICIAL, PAD “D”, FLS, 241).

Como se pode observar, o ato fulminou a interpretação equivocada do parecer tentando preencher os claros da Constituição com um número de horas aduzido não se sabe de que fórmula. Outro aspecto relevante, foi o cumprimento do princípio do contraditório pela autarquia. Se de um lado houve um zelo em comunicar o servidor, por outro o excesso de “notificações a “D” para optar entre um do dois cargos” nos levou a comparar as comunicações à coima, fustigação, flagelo, tal foi o número excessivo a que se chamou “D” ao processo. Tanto assim que em um fragmento do dispositivo da sentença o magistrado assevera:

Determino que [a autarquia] se abstenha de realizar qualquer ato administrativo que imponha [ao servidor “D”] a obrigatoriedade de opção por um dos cargos ocupados ou redução de carga horária para limitação às 60 (sessenta) horas semanais, ou ainda que lhe aplique penalidade em razão da acumulação dos cargos em questão (SENTENÇA JUDICIAL, PAD “D”, FLS, 241).

E ainda conclui que,

A ré [a autarquia] torne sem efeito o processo administrativo em relação ao autor. Portanto, condeno a ré [a autarquia] ao pagamento de honorários advocatícios em favor da autora (SENTENÇA JUDICIAL, PAD “D”, FLS, 241).

E nada mais havendo a tratar a autarquia tomou ciência da sentença, e o PAD “D” foi encerrado, lançado aos arquivos em 8 de novembro de 2011. Passemos ao PAD “E”.

3.6 IMPRECIÇÃO DO PROCESSO “E”: DISPONIBILIDADE, CESSÃO, ATIVIDADE ESPORÁDICA OU ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS?

O processo ora analisado é um ato de 523 laudas precedido por noticiamento com posterior sindicância até se transformar no PAD “E”, neste *iter* o auto faz um enleamento de vários institutos jurídicos tais como a disponibilidade, a cessão, e a atividade esporádica culminando com a acumulação ilegal de cargos públicos e descumprimento de regime de dedicação exclusiva.

É interessante observar como a imprecisão, e o conhecimento jurídico anfibológico de alguns setores induzem à obscuridade conceitual dos institutos podendo conduzir o requerente a objetivos diferentes daquilo que ele pretendia, de fato. Esse emaranhado de imprecisões jurídicas, diz muito sobre a formação da Comissão “E”, colegiado sem formação jurídica.

O litígio analisado tem uma sinuosidade intrigante envolvendo os três institutos supracitados no título desta seção. Para situar o leitor, trazemos os artigos das medidas normativas que tratam da conceituação de cada um dos institutos jurídicos envolvidos na tessitura processual de “E”. Examinemos cada um deles, começando pela disponibilidade.

O instituto da disponibilidade está disciplinado no Decreto 3151 de 23/08/1999 que regularizou a reforma da administração pública, sendo que a terminologia das expressões “disponibilidade”, “à disposição”, e “desnecessidade” tem intensa afinidade às situações de reestruturação de órgãos principalmente envolvendo fusão, extinção e remodelagem de cargos, quando a instituição na maioria das vezes redefine suas atividades e quase sempre extingue postos de trabalho.

O Decreto 3151/99 trata desse tema explicando que na remodelagem da estrutura organizacional pode ocorrer a declaração de “desnecessidade do cargo” situação em que o posto laboral é entendido como supervacâneo. Nestes casos, o servidor estável que ocupar o cargo prescindível é dispensado, passando a receber mensalmente uma

remuneração proporcional ao tempo de serviço, até que se destine a ele outro instituto jurídico que pode ser a reversão, o reaproveitamento, ou a aposentadoria⁶¹.

Já o instituto da cessão, é situação descrita no artigo 93 da Lei 8.112/90 que determina a possibilidade do servidor poder trabalhar em outro órgão público, em determinadas situações ou hipóteses. Vejamos:

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I - para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II - em casos previstos em leis específicas.

§ 1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos.

O regime de Dedicção Exclusiva ou “DE” por sua vez também está envolvido no processo ora pesquisado. Lembramos que essa temática já foi discutido no PAD “B”, desta pesquisa⁶². No caso analisado o requerente talvez por desconhecimento da norma, solicitou o instituto da “disponibilidade”, seu departamento entendeu “empréstimo”, com posterior requerimento de atividade esporádica, e na verdade o servidor desejava o instituto da “cessão”. Neste caso, a inobservância da subsunção do fato à norma, ou ainda, a adesão do fato à norma diferente daquela que seria o enquadramento correto, pode acarretar ao requerente prejuízos vultosos. Este imbróglio ocorreu no processo analisado doravante denominado PAD “E”, que analisa a conduta do servidor “E” cuja comissão examinadora dos fatos também será chamada de Comissão “E”. Vejamos o desenvolvimento do processo fase a fase, lembrando que pesquisamos em cada uma delas os princípios do contraditório e ampla defesa e a ética.

3.6.1 A fase de instauração: na hesitação servidor submetido ao PAD

Embora a portaria de instauração do PAD “E” seja de maio de 2008, na verdade os fatos que ensejaram sua eclosão tem início no ano de 2007. Com efeito, em abril daquele ano um órgão público solicitou à autarquia analisada uma conduta extravagante:

⁶¹ Ver artigos 25 e 30 da Lei 8.112.

⁶² Ver página 174 deste trabalho.

[...] solicitamos a especial colaboração desta conceituada [autarquia] no sentido de verificar a possibilidade de colocar à disposição deste [órgão público] o servidor “E” que exercerá o cargo em comissão de Diretor Presidente (OFÍCIO PAD “E, FLS. 14).

Julgamos a conduta como heteróclita, esquisita, por que não há na legislação tipo jurídico algum que cuide de “disposição” do servidor público. Se quisesse equivocadamente tratar da figura “disponibilidade” também o texto do ofício seria excêntrico, pois esta figura jurídica ocorre de ofício, quando da reestruturação de órgãos. Jamais poderia ser a pedido do interessado, portanto.

Já no nascedouro, os eventos que deram origem ao PAD “E” são espalhafatosos pois além do pedido estúrdio, para ele não há resposta apensa ao processo, o que nos leva a crer que fora indeferido. Em 25 de julho de 2007 o órgão público que expediu o ofício “da disposição”, através de um Decreto nomeou o servidor “E” como Diretor Presidente da instituição “E” fazendo referencia ao “CC-1”, o que nos leva a crer que fosse um cargo comissionado de nível 1. Esse elemento reforçou nossa convicção que, na verdade, o órgão público que expediu o ofício acima tratado, deveria solicitar uma cessão de “E” para exercício em “[...] outro órgão ou entidade dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal, ou municípios” (ART. 93, LEI 8.112/90). Entretanto, não foi o que ocorreu.

O processo “E” também não traz dados sobre o que sucedeu entre julho de 2007 e novembro daquele mesmo ano, mas as folhas 25 trazem uma ata do departamento onde “E” estava lotado, concedendo a ele uma licença para tratar de interesses particulares, sem vencimentos, por 3 anos, a partir de 08 de novembro de 2007.

Ressaltamos que, uma licença sem vencimentos é ato administrativo de rito próprio que se inicia com o pedido pelo requerente, tem apreciação pela chefia, em seguida há aprovação pelo órgão colegiado da autarquia, para enfim, ser expedida pelo RH, uma portaria assinada pelo gestor concedendo a licença. Esses fatos não foram encontrados nos autos; o que nos leva a supor que não foi cumprido o rito, omissão que tornou sem efeito a suposta licença, bem como, a suspensão de seus vencimentos. Por este prisma vê-se mais uma vez e se confirmam os aspectos extravagantes do PAD “E”, sempre em desfavor do servidor, o que já o coloca em situação de desvantagem diante da supremacia do órgão público.

Agravando novamente os aspectos insólitos, em 28 de janeiro de 2008 a chefia em exercício de “E” envia ao gestor da autarquia um documento, de conteúdo bizarro informando que,

[...] o conselho aprovou por unanimidade a cessão do servidor “E” para o órgão público “E”, desde que o Recursos Humanos indique uma vaga de professor substituto para substituir (sic) o servidor “E” (DESPACHO DA AUTORIDADE “E” DO SERVIDOR “E” NO PAD “E”, FLS. 19).

Consideramos excêntrico o pedido, pelo fato deste, mencionar o termo cessão, aleatoriamente, sem fazer menção à figura jurídica do referido instituto, contido no artigo 93 da Lei 8.112/90. Repisamos que, por sua vez este regramento também requer publicação de portaria emitida pelo órgão do RH, com assinatura do gestor e posterior publicação no Diário Oficial. Julgamos portanto, que o substantivo “cessão” contido no despacho da autoridade soou como sinônimo de singela autorização interna, sem se reportar ao rito administrativo que o instituto jurídico requer.

E por fim, supomos também que, assim como houve somente um pedido de licença sem vencimento que não fora finalizado corretamente, também não houve o cumprimento do rito da cessão como instituto jurídico, nem como pedido nem como encaminhamento. Logo, em nosso entendimento o servidor “E” poderia estar em situação irregular pois seus vencimentos não tinham sido suspensos até aquela data, (28 de janeiro de 2008) na autarquia, e ele havia sido nomeado na instituição “E”, em julho de 2007. Julgamos, portanto, que o servidor poderia cumulativamente estar recebendo por duas fontes públicas, ou dois cargos públicos: a instituição “E” e a autarquia analisada.

Nossas hipóteses se confirmaram pois o gestor submeteu o pedido bizarro da chefia de “E” ao órgão jurídico, que atônito descreve:

[...] para minha surpresa, às fls. 14/20 está provado que o servidor não foi cedido nem licenciado. Ora, considerando que o servidor [está sob] o regime de dedicação exclusiva, é natural que tenha surgido a dúvida sobre a legalidade de sua atuação nas duas instituições (DESPACHO DO JURÍDICO NO PAD “E”, FLS. 21).

A observação do jurídico tem por base a análise da ficha funcional do servidor “E” solicitada ao RH e apensa ao processo nas folhas 22, nela constam textualmente que “[...] não constam nos registros funcionais: faltas injustificadas, [ou quaisquer tipos de licenças]” (FICHA DE QUALIFICAÇÃO DO SERVIDOR “E”, PAD “E”, FLS. 22). Informou também o RH que o servidor “E” obtivera frequência integral até 31 de

dezembro de 2007. Ato contínuo, em 07 de fevereiro de 2008 o jurídico envia um despacho interpelando a chefia de “E”:

[...] considerando que o servidor “E” está atuando na instituição “E” mas recebendo seu salário normalmente [na autarquia], solicito esclarecer esta situação indicando se a frequência atestada corresponde à verdade, e por que...(DESPACHO DO JURÍDICO À AUTORIDADE “E”, PAD “E”, FLS. 24).

Em 11 de fevereiro de 2008 a autoridade “E” respondeu ao jurídico e recorrente citou o termo cessão inadequadamente ressaltando que fora aprovada a “cessão em junho de 2007 condicionada à existência de vaga por igual período à cessão do [servidor E]”. A partir disso, diz a chefia de “E” que foi informado da inexistência de vaga para permutar com “E”, então “em 07 de novembro de 2007 “E” solicitou licença sem vencimentos”.

Contudo, o despacho evasivo da chefia de “E” não conseguiu explicar a mixórdia entre os dois institutos jurídicos: cessão e licença sem vencimento. Assim como não conseguiu elucidar por que o processo não foi enviado ao RH para elaborar portaria e suspender os vencimentos do servidor “E”. Para finalizar o parecer desconexo, a chefia de “E” que afirmara a concessão da licença sem vencimentos do servidor “E”, faz um fechamento túbido, envolto em ambiguidade:

[...] no ano de 2007, como nos anteriores, o servidor “E” cumpriu com suas obrigações para esta [autarquia], desenvolvendo normalmente as atividades a ele atribuídas. Quanto ao ano de 2008, o mês de janeiro foi o período de férias dos professores (PARECER AUTORIDADE “E”, PAD “E”, FLS. 25).

Julgamos o despacho da chefia de “E” incongruente pois a licença para tratar de interesses particulares implica afastamento laboral do servidor com a correspondente suspensão pecuniária. Confrontada essa teoria com o despacho acima afirmando que o servidor cumpriu suas obrigações e as desenvolveu normalmente no exercício de 2007, está cristalina a incoerência pois o servidor “E” teoricamente estava afastado desde novembro de 2007 da autarquia.

Para acirrar mais a discrepância, o servidor “E” conforme mencionamos alhures, tomou posse na instituição “E” em julho de 2007, logo, seria recomendável que, formalmente suas atividades e vencimentos tivessem sido suspensos na autarquia. Todavia, não foi o que ocorreu, e o processo mostra ao longo de seu caminhar uma série de despachos e ações incongruentes que podem ter induzido o requerente ao erro.

Ato contínuo, novamente a chefia faz um pedido ao gestor “[...] para informar sobre a aplicação ao caso da Resolução 13, artigo 3º. que trata das atividades esporádicas”.

Novamente a interpretação meândrica, traz ao processo nova figura jurídica, sem que esta tenha sido requerida pelo servidor “E”. Na verdade, a atividade esporádica nem poderia alcançar o pleito de “E”. Primeiro por que o cargo por ele ocupado não era *ad hoc* ou temporário, o que já desconfigura a possibilidade de atividade contingencial. Segundo, por que havia relação habitual, continuada no tempo e espaço com prestação de serviço remunerado realizado pessoalmente pelo servidor “E” mediante percepção de pecúnia, ou seja, um vínculo laboral. Todavia, a argumentação de “E”, contesta o vínculo, pois segundo ele não havia remuneração por salário, nem contiguidade na prestação de serviço:

[...] minha atuação até a presente data [na instituição “E”] foi [remunerada] através de percepção de bolsa de pesquisa na função de Diretor de Pesquisa e em caráter eventual na Direção da Instituição (sem remuneração) (DESPACHO DO SERVIDOR “E”, NO PAD “E”, FLS. 29).

E continuou fazendo um pedido antagônico à Resolução e à atividade esporádica:

[...] mediante o exposto, solicito reconhecer e permitir desenvolver atividades na instituição “E” em caráter de colaboração esporádica como Diretor de Pesquisa pelo prazo de 24 meses, conforme permite a Resolução 13 em seu artigo 3º. E parágrafo único do 4º (DESPACHO DO SERVIDOR “E”, NO PAD “E”, FLS. 29).

Na verdade, o conflito e antagonismo entre o pedido do Servidor “E” e a Resolução é cristalino: primeiro, por que a Resolução 13 conceitua atividades esporádicas como “[...] as que são contingenciais ou eventuais, que se caracterizam pela ausência de regularidade” e o servidor “E” solicita autorização para atuar em 24 meses, o que dá ideia de continuidade de trabalho no mesmo tempo e espaço⁶³. Segundo por que, é recomendável que esse pedido tivesse sido prévio à execução da atividade, todavia, não foi o que ocorreu, já que, o servidor “E” solicitou *a posteriori*.

Bem se vê que, em quase todo o percurso do PAD “E”, as autoridades (da instituição “E”, a autoridade “E”, o jurídico) fazem sugestões pouco afeitas ao direito administrativo, deixando o servidor “E” muito vulnerável. Nossa percepção se confirma, pois em 06/03/2008 o relator do pedido do servidor “E” - sem observar as nuances das atividades esporádicas - escreve às folhas 96: “[...] sou favorável à

⁶³ Embora a apostila da CGU não trate especificamente da temática regime de dedicação exclusiva dos docentes, é ponto pacífico na doutrina que as universidades públicas recebem uma demanda muito grande de processos administrativos tratando desse assunto. Isso de certa forma gera uma necessidade extensa de material doutrinário discutindo suas necessidades, todavia em se tratando de pesquisa ainda é muito escassa a produção sobre o regime de dedicação exclusiva docente. Alguns autores defendem inclusive que seria inconstitucional.

aprovação do pedido de atividade esporádica do servidor “E” até a data de 31 de julho de 2009”.

Repisamos que, nossa crença é a ação revestida de boa-fé na decisão do relator, pois o tema é complexo, carecendo inclusive de um olhar jurídico e de uma boa dose de experiência na área de direito administrativo. Todavia, não há como conceber imprecisões tão marcadas no procedimento administrativo como a nomenclatura dos institutos, a forma de tramitação do processo e principalmente, não há de se compreender a grotesca aprovação de atividades esporádicas pretéritas na tentativa de convalidar uma conduta inexata como se regular ela fosse.

O relato aprovando as atividades foi enviado em 22/04/2008 ao jurídico que corrobora nosso entendimento ressaltando que “[...] não é possível ser concedida autorização retroativa para o exercício de atividade esporádica”. E concluiu seu entendimento destacando que:

[...] a atividade de Diretor de Pesquisa [exercida pelo servidor “E”] não pode ser considerada esporádica pois é inerente [àquelas] de natureza administrativa, e não se confunde com uma empreitada, pois é típica de prestação de serviços (PARECER DO JURÍDICO, PAD “E”, FLS. 106).

Sendo assim, continua o jurídico, é imperioso que a autoridade “E” proceda da seguinte forma:

- 1 - notificar o servidor “E” de que ele está proibido de exercer a pretendida atividade na instituição “E”;
- 2 - instaurar imediatamente uma comissão de sindicância para apurar responsabilidade do servidor “E” pelo ato de exercer atividades incompatíveis com o regime de dedicação exclusiva. Apurar o período em que o professor exerceu as atividades para que seja compelido a efetuar o ressarcimento [à autarquia] (PARECER DO JURÍDICO, PAD “E”, FLS. 101).

Desta forma, em 23 de abril de 2008 estava lançado o pedido de abertura de sindicância à autoridade “E”. A sindicância foi uma etapa prévia ao PAD “E” com duração de vinte e dois meses, dentre os quais houve muitas prorrogações.

Dito isto passemos a fase instrutória da sindicância que antecedeu o PAD “E” e que com ele se mescla, em um agregado de informações similares. Nesta etapa foram carreados documentos e provas para prover sustentação ao processo e auxiliar a tomada de decisão.

3.6.2 A fase de instrução: como a imprecisão jurídica pode conduzir a um processo administrativo

Em 25 de abril de 2008 a autoridade “E” expediu um memorando comunicando ao servidor “E” que, a partir do despacho do jurídico, estava ele proibido de exercer as atividades laborais fora da autarquia, sob pena de ferir o regime de dedicação exclusiva. Em seguida foi nomeada uma comissão de tres servidores estáveis para em sindicância apurar os fatos narrados no noticiamento da instauração.

A comissão “E” diante da farta documentação coletada no noticiamento anterior à sindicância, convocou o servidor “E” no dia 12 de junho as 10 horas, para tomar ciência e fazer sua defesa. Ocorre que no dia e local marcados, os membros da referida Comissão aguardaram por 50 minutos sem que o servidor “E” se fizesse presente ou noticiasse por terceiros os motivos de sua ausência. Eis que os vogais refizeram a intimação marcando a oitava para o dia 19/06/2008 todavia novamente o sindicando não compareceu ao chamado da comissão “E”.

Após as duas tentativas frustradas de oitava de “E”, a Comissão já conhecendo todos os documentos que intruíam o processo, fez um relatório minucioso solicitando abertura de processo administrativo disciplinar e encaminhou o processo ao jurídico para análise, que aquiesceu. Como estamos analisando o princípio do contraditório, aqui ressaltamos cumprida essa obrigação de chamamento à sindicância.

No dia 25 de agosto de 2008 foi elaborada a portaria nomeando uma comissão com três servidores estáveis no serviço público. Estava criada a Comissão “E” do PAD “E”, composta por outros membros diferentes daqueles que compuseram a sindicância que antecedeu o PAD “E”. Dando início aos trabalhos, foi requerida à autoridade “E” o Plano Anual de Atividade Docente (PAAD) com a devida comprovação das atividades cumpridas pelo servidor “E” no exercício de 2007, na autarquia.

A comissão também enviou correspondência à instituição “E” solicitando informações escritas sobre:

- o cargo ocupado e as atividades desenvolvidas por “E” [na instituição “E”];
- o período trabalhado na instituição “E”;
- a carga horária trabalhada na instituição “E”;

- o tipo de vínculo com a instituição “E” (OFÍCIO DA COMISSÃO “E”, PAD “E”, FLS. 149).

Sendo assim, a intrusão do PAD “E” foi robusta pois o presidente também solicitou ao superintendente Regional do Trabalho e Emprego um registro de admissão/demissão, contrato de trabalho ou RAIS, em nome do servidor “E”. Munida desses documentos, em 13 de outubro de 2008 a Comissão “E” fez uma notificação formal ao processado através de uma correspondência remetida com aviso de recebimento (AR) esclarecendo que havia sido instaurado processo administrativo disciplinar, informando os nomes da comissão, o local do funcionamento desta, e ressaltando que o servidor “E” poderia acompanhar todos os atos do processo, pessoalmente ou por meio de advogado.

Reitere-se portanto que, no PAD “E” em análise, a correspondência foi enviada duas vezes, a comissão aguardou duas vezes, para se precaver contra iniquidades e excessos. Portanto no que se refere ao contraditório e ampla defesa, consideramos que “E” foi citado, todavia, entendemos que a citação por intermédio da chefia, não é a mais adequada.

Assim o PAD “E” cumpriu a fase instrutória observando os princípios da oficialidade, do contraditório e da ampla defesa, carreando ao processo uma gama de documentos para sobre eles exercer seu juízo de valor. Encerrada essa etapa, a Comissão “E” aguarda as respostas dos envolvidos, inclusive a resistência do servidor “E” ao processo, o que chamamos de fase de defesa. Passemos à sua análise.

3.6.3 As fases de indicição e defesa: a imprecisão jurídica conduz à formação de culpa

No que concerne à emissão dos requerimentos na fase instrucional, a partir do dia 17 de outubro de 2008 a Comissão “E” começou a receber as informações solicitadas sobre o servidor processado. A Instituição “E” enviou um documento denominado Plano de Trabalho Individual, gerado a partir da percepção de uma bolsa de desenvolvimento tecnológico de ensino, pesquisa e extensão universitária, com tempo de duração de cinco meses iniciando em 01/08/2007 com término em 31/12/2007, sem contudo determinar a carga horária do servidor “E”, na instituição.

O Ministério do Trabalho e Emprego enviou documento explicando que “[...] pesquisamos no sistema de cadastro geral dos empregados e desempregados e na Relação Anual de Informações Sociais e não localizamos nenhum vínculo empregatício do Servidor “E” com a Instituição E” (PAD “E”, FLS 241).

A autoridade “E” por sua vez, que foi chefe do servidor processado encaminhou todas as cópias das atas de reunião do departamento do Servidor “E”, no ano de 2007, inclusive as do Conselho Departamental. Algumas atas trazem a alocação de atividades docentes do servidor “E”. Logo, entendemos que essas informações supriram as lacunas de defesa do processado.

Em 17 de novembro de 2008, depois de coletar fartas provas de defesa a respeito do tema tratado, a Comissão expediu mandado de intimação ao servidor “E” a fim de que comparecesse para prestar depoimento acerca dos fatos, e marcou a audiência para o dia 28/11/2008 , às 15 horas. No PAD “E” a comissão acostou o comprovante dos correios com o devido aviso de recebimento às folhas 240, atestando que a citação fora frutífera.

No dia e hora marcados, “E” prestou esclarecimentos sobre os fatos, relatando que os eventos relativos ao PAD “E” poderiam ser abordados por três vertentes: “[...] 1 - a solicitação para realizar atividades esporádicas na instituição “E”; 2 – a especulativa versus a realidade documental; 3 – a licença para tratar de assuntos particulares (TERMO DE ASSENTADA, PAD “E”, FLS. 247)”.

Além da mixórdia entre os institutos acima, registramos também que o instituto “cessão” foi citado várias vezes no PAD “E” como mero substantivo, sem a conotação jurídica dada pela Lei 8.112/90, o que seria o termo correto a ser requerido desde o início, lá na exordial exarada em 2007, pelo servidor “E”. Trouxemos aqui fragmentos da fase de defesa que se refere ao instituto cessão de forma desconexa à lei. Vejamos:

[...] cessão do servidor “E” para a instituição “E” (CAPA DE PROCESSO, FLS. 255);

[...] solicito atendimento ao ofício da instituição “E”, que solicita minha cessão (OFÍCIO PAD “E”, FLS.256);

[...] informo à existência da vaga como condição para a cessão do servidor “E” (OFÍCIO AUTORIDADE “E”, FLS. 260);

[...] Em pauta: cessão do servidor “E” aprovada por unanimidade (ATA CONSELHO DEPARTAMENTAL, FLS. 262).

Reiterando na observação de que no PAD “E” as autoridades manejaram um conglomerado de institutos jurídicos em nomenclatura equivocada, passamos a analisar as partículas acima retiradas do processo: quanto ao primeiro fragmento, a capa de processo traz o substantivo cessão, porém o ofício da instituição “E” pede que se coloque o servidor “à disposição”. O segundo fragmento é um ofício do servidor “E”, rogando atendimento ao ofício da instituição “E” - que em seu entendimento - solicita cessão. Todavia, textualmente o ofício pede “disposição”. E por fim, a pauta do conselho analisa a cessão do servidor “E” quando na verdade não houve requisição deste instituto, nem pelo servidor “E” requerente, nem pela instituição “E” requisitante.

Diante das veleidades processuais e decisões meândricas, o servidor “E” acabou por acumular duas fontes pecuniárias durante certo tempo, o que resvalou em desatendimento da legislação. Fato que acarretou sua indicição no artigo 116 , III da Lei 8.112/90, qual seja: inobservância de normas e regulamentos e exercício de cargo ou função incompatível com o horário de trabalho, e descumprimento do regime de dedicação exclusiva. Em 15 de dezembro de 2008 a Comissão “E” exarou o relatório de indicição, bem como o termo nesse mesmo sentido, e finaliza propondo:

[...] a consequente responsabilização do servidor “E” pelo ressarcimento ao erário dos valores recebidos a título do regime de Dedicação Exclusiva, conforme disposto no Artigo 122 da Lei 8.112/90 (RELATÓRIO DE INDICIAÇÃO DO PAD “E”, FLS, 274-275).

Feito isso, em 16 de dezembro de 2008 a comissão expediu o mandado de citação dando ciência ao servidor “E” da indicição, concedendo um prazo de 10 dias corridos para que ele pudesse apresentar sua defesa escrita. Nesta, o servidor “E” reiterou sua condição de bolsista, ressaltou que não tinha vínculo aboral, destacou que seu pedido de licença sem vencimentos fora aprovado em seu departamento, e sobretudo, afirmou que, sempre agiu de boa-fé, e não causou prejuízo algum à autarquia. E por fim, se defendeu julgando desnecessária a devolução de valores ao erário, já que entendeu que obteve autorização para exercício de função fora da autarquia. Encerrada a fase de defesa e indiciamento, a Comissão avançou para o derradeiro estágio do PAD “E”, qual seja, a análise acurada, minuciosa de todos os elementos aduzidos, para formar seu juízo de valor e emitir o relatório.

3.6.4 As fases de Relatório e Julgamento: justiça restaurativa e razoabilidade

Caminhando para o final, os vogais destacaram que o servidor foi indiciado pelo descumprimento do regime de dedicação exclusiva, já que, esta atividade prevê proibição do exercício de outro cargo ou emprego em instituição pública ou privada. Além do mais, pondera o relatório que, o servidor “E” reiteradamente solicitou regularização de sua atividade extra à autarquia, e que o tempo todo foi saiu vencedor em seu departamento, mas a decisão final dali não avançou, estacionando naquela instância. Diante do exame da farta documentação, a comissão faz seu fechamento entendendo que:

[...] o servidor “E” em momento nenhum obteve autorização definitiva para os diversos pedidos de liberação encaminhados à autarquia; que apesar da proibição expressa, o servidor continuou a desempenhar o cargo na instituição “E” (RELATÓRIO PAD “E”, FLS. 434).

E o relatório ressaltou que embora estivessem presentes essas adversidades, o servidor “E” tem a seu favor os seguintes fatores atenuantes:

[...] a inexistência de registros anteriores de penalidades em sua ficha funcional; não haver restado comprovado prejuízo às atividades acadêmicas do servidor “E”; e que finalmente, as reiteradas tentativas de obter liberação para o exercício de suas atividades na Istituição “E”, servem para demonstrar sua boa-fé na situação (RELATÓRIO PAD “E”, FLS 434).

Com isso, a Comissão “E” concluiu seus trabalhos em 13 de março de 2008, enfatizando no termo de encerramento que foram cumpridas as formalidades legais, e assim os vogais rubricaram as 436 laudas, assinaram o termo de remessa e conclusão do auto e enviaram o PAD “E” para o gestor. Ato contínuo o gestor, encaminhou em 16 de março de 2009 o auto para ser submetido ao crivo do setor jurídico que assim se pronuncia:

[...] vieram os autos a este [jurídico] para análise do processo e relatório final da comissão de processo disciplinar que recomenda [ao servidor “E”] a pena de suspensão. Após análise do processo concluo se encontrar regular (PARECER JURÍDICO 166, PAD “E”, fls. 438).

E sugeriu ao gestor, que aplicasse a pena de suspensão ao servidor “E”, computando a quantidade de 30 dias, além disso, sugeriu restituição pecuniária à autarquia. Sendo assim, o gestor aquiesceu e partir de 01 de maio de 2009 sugeriu aplicar a penalidade de suspensão de 30 dias ao servidor “E” e ainda o responsabilizou na forma do artigo 122

da Lei 8.112/90 pelo ressarcimento ao erário dos valores recebidos de 01/08/2007 a 03/11/2008, constando às folhas 444 à 449 as planilhas com cálculo e a notificação ao servidor no dia 01/04/2009 da decisão, comunicada a sua chefia:

[...] considerando o resultado do processo administrativo disciplinar, com penalidade de suspensão, encaminhamos a V.Sa. planilha de débito no valor de R26.925,62 (vinte e seis mil novecentos e vinte e cinco reais e sessenta e dois centavos) relativo ao ressarcimento ao erário de valores recebidos a título de gratificação pela dedicação exclusiva (OFÍCIO RH, PAD “E”, FLS. 450).

Ressaltou também que o servidor “E” dispunha de 15 dias - contados a partir do recebimento do *oficium* - para apresentar defesa, estando o processo a sua disposição para quaisquer esclarecimentos. Em 9 de abril de 2009 o servidor “E” fez uma comunicação e posterior pedido de reconsideração ao gestor alegando que não havia tomado conhecimento do julgamento do PAD “E”: Eis a interlocução:

[...] quero salientar que até o momento não fui notificado da decisão tomada [pelo gestor]. Tomei conhecimento da mesma em reunião de colegiado departamental realizada em reunião ordinária em 08/04/09 quando foi colocada nos informes e discutida a situação das disciplinas sob minha responsabilidade no semestre em curso (OFÍCIO SERVIDOR “E”, PAD “E”, FLS. 455).

É interessante destacar dois elementos que em nosso sentir militam contra a ética levinasiana: como elemento primevo, a comunicação feita para a chefia do servidor e não diretamente a ele, principal interessado. Segundo, destacamos que, o servidor “E” ainda encontrava-se tempestivamente no prazo recursal pois sua notificação fora efetivada em 01 de abril. Cumpre reiterar, mais uma vez que, se verifica a mixórdia no *iter* processual, pois ainda em pleno período recursal a chefia do servidor, em reunião colegiada discutiu o caso publicamente como se a decisão já estivesse transitada em julgado.

A chefia comunicou em reunião que o professor seria suspenso e ressaltou que, “[...] haverá um prejuízo imediato para os alunos se não houver professor para assumir as turmas durante seu afastamento”. Repisamos o açodamento contrário à ética levinasiana, que exige prudência, pois a chefia tratou o assunto como se esgotado já estivessem todo o direito recursal, e a sentença já estivesse na fronteira da execução. Verificamos aqui, a insensibilidade, a ausência de alteridade e manejo inadequado do processo, sendo discutido em colegiado e fora do prazo, sem a devida cautela de observar que tratava-se de medida ainda em curso. Ademais, a chefia continuou a relatar

sua preocupação institucional relatando que a suspensão de “E” traria prejuízo didático aos alunos, já que não haveria quem substituísse o docente.

A partir desta informação, o servidor “E” fez seu pedido de reconsideração da decisão, solicitando ao gestor que reavaliasse a suspensão proferida convertendo-a em multa, conforme dispositivo da Lei 8.112/90. O gestor por sua vez submeteu o pedido ao jurídico que em 06/05/2009 deferiu a reconsideração, ressaltando todavia que o ressarcimento ao erário fosse mantido.

Neste aspecto é destaque no PAD “E”, a conduta ética reiterada do servidor “E” equivocadamente conduzido por um labirinto de institutos jurídicos em ambiguidades. Mesmo assim “E” não criou embaraço algum à efetivação dos provimentos administrativos do processo, e a ele se submeteu com altivez. Destacamos a lealdade e boa fé processuais de “E”, portanto.

Em 11 de maio de 2009, esgotado o período recursal o gestor formalizou a portaria 0633 aplicando a penalidade disciplinar de suspensão por 30 dias convertida em multa de 50% por dia de vencimento. Em 15 de maio de 2009 foi providenciado registro no SIAPE e providenciado os descontos de reposição ao erário. Em 09 de junho de 2009 o processo foi enviado para a Comissão Permanente de Processo Administrativo para ciência, e logo em seguida deu-se seu arquivamento, tendo assim o PAD “E” cumprido seu rito jurídico-administrativo.

Eis que, após o trabalho de campo, qual seja, a análise fenomenológica dos cinco PADs aqui discutidos, julgamos que já temos material suficiente para formar um juízo de valor a respeito da condução: do iter processual, da possibilidade de oferecer os princípios administrativos em sede de PAD, e principalmente da oferta do contraditório e ampla defesa e as Leis 8.112/90 e 9.784/99. Toda essa pauta também foi analisada pelo crivo da eticidade, responsabilidade e principalmente a partir da sensibilidade fenomenológica de de Emmanuel Lévinas.

Portanto, em tempo de tecer as derradeiras apreciações, reforçamos que, a questão ora tratada aqui não se encerra, então, almejamos incentivar o debate para a posterior construção de novas pesquisas sobre a temática em questão, e principalmente, a revisitação dos arquivos sobre Processos Administrativos Disciplinares, para aprofundar

a temática e trazer a lume, novas impressões. Caminhando para o remate da pesquisa, passamos a tecer nossos raciocínios sobre seu fechamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar a amostra (05 PADs) desta pesquisa, repisamos que, o juízo de valor formado aqui, diz respeito tão somente aos casos explorados, não podendo, portanto, as considerações externadas nesta última parte da tese, ser estendidas aos demais processos da instituição, tampouco ser uma opinião generalizante sobre a forma de condução dos PADs na autarquia estudada.

Lembramos ao leitor os objetivos de nossa pesquisa, quais sejam: 1) Analisar os princípios do contraditório e ampla defesa nos PADs; 2) Verificar a ética nos PADs a partir das decisões em cada fase; 3) Pesquisar se há cumprimento dos direitos e deveres dos servidores envolvidos (processantes e processados) nos PADs à luz das leis 8.112/90 e 9.784/99. E partindo dos problemas de pesquisas:

- os processos administrativos disciplinares na autarquia pesquisada foram instruídos na forma correta da Leis 9784/99, 8.112/90 e da Constituição Federal de 1988?
- o princípio do contraditório e ampla defesa esteve presente nos PADs analisados?
- os direitos dos processados estão protegidos à luz das Leis supracitadas e da ética?

Ressaltamos que, nessa seção final da pesquisa, traçamos o seguinte percurso: na primeira parte demonstramos as respostas das questões acima, portanto, numeramos os tópicos em 1, 2, e 3. Em seguida, respondemos os objetivos propostos neste trabalho, destacando que, nas observações de um modo geral, a pesquisa também contemplou uma série de outros elementos a partir de agora aqui demonstrados:

1 - Quanto à resposta da primeira questão, temos a destacar que o cumprimento das duas legislações foi um fator primordial nos casos observados, primeiro por que a comissão permanente de processo administrativo contempla membros com formação adequada nas áreas administrativa e jurídica. Portanto, os processos atenderam os requisitos da Lei 8.112/90 e 9.784/99, principalmente na observação hierárquica das fases de cada PAD.

Todavia, embora com uma comissão permanente, há intensa mobilidade na composição dos membros, isto porque, a cada pedido de abertura de PAD, a estruturação dos vogais pode sofrer variação, alterando-se assim o grupo permanente pela inserção de outros membros da autarquia, pois a apuração de PAD é encargo temporário ou *ad hoc*. Consideramos este aspecto como uma interessante variável, mas também uma vulnerabilidade, pois nem sempre os membros transitórios têm a devida formação jurídica que o tema requer. E isso certamente, reflete no conteúdo dos PADs, a exemplo do “C”, formatado desde o início por uma miscelânea de institutos jurídicos imprecisamente alocados no processo e que refletiu em seu objeto, conforme demonstramos.

Sem dúvida, é inegável que, a formação da comissão permanente influencia sobremaneira na condução do PAD, em estrita observância das Leis citadas. Destacamos, inclusive que, o grupo fixo lotado na CPPAD atua há algum tempo na área disciplinar, e por isso, demonstrou experiência no desenvolvimento de PAD. Logo, em relação a sua atuação nos cinco autos analisados percebemos que foram cumpridos os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ressaltamos também que, não ocorreram em nenhum dos autos analisados os incidentes de suspeição e impedimento, e em todos os casos a autoridade instauradora teve a cautela de observar na Comissão a equivalência de cargo ou titulação dos membros dos PADs, com o dos processados.

Logo, em relação ao cumprimento da Legislação nos PADS, foi possível também verificar o cumprimento das fases sugeridas pelas duas legislações citadas ao longo do trabalho, em um iter consoante ao devido processo legal, inclusive dois PADs foram antecidos por sindicância. Daí ser possível destacar que, nos cinco processos analisados os princípios do contraditório e ampla defesa também foram atendidos aderentemente à Legislação citada.

Ocorre que, embora entendamos que o processo é instrumento jurídico que se põe em marcha por fases subsequentes (instauração, inquérito, julgamento) e que nos casos analisados esses estágios foram percorridos conforme a legislação, é preciso destacar também que, nem sempre o estrito cumprimento da lei oferece uma resposta justa. É o que veremos nas linhas seguintes.

Quando iniciamos a pesquisa, conhecedores do processo administrativo, imaginamos encontrar um iter processual afastado do mundo jurídico, divorciado das raias da Lei 8.112/90 e 9.784/99, com alta carga de discricionariedade. Não foi o que percebemos na análise processual, tanto assim que, nossas hipóteses sobre poder discricionário foram refutadas.

Na verdade, o que se viu ao longo dos cinco autos, de modo mais geral, foi a demarcação da Legislação com traços fortes, destacando inclusive, os atributos do processo administrativo enquanto ato disciplinar de império, com presunção de legitimidade e autocracia esculpidas no cumprimento e rigor da Lei. Tanto assim que, a supremacia do interesse público, embora não textualmente declarada nos autos, foi a estrutura implícita que deu respaldo aos cinco autos analisados, escritos em todas as suas fases, com a mão firme da autoexecutoriedade que, tanto o Direito Administrativo, quanto o processo mais clássico requerem.

Na verdade, os processos administrativos aqui analisados se mostraram aderentes às leis, ou seja, primaram pelo elemento piramidal, reiterando no silogismo, uma subsunção do fato à norma com aderência perfeita ao comando legal. Isso decerto que, se de um lado gerou certeza e objetividade, por outro, demonstrou também o *mens legislatoris* sendo exercido com um solipsismo que, por via unitária, combate o sincretismo da interpretação.

Reiteramos também que, se a unidirecionalidade interpretativa nas leis concedeu certeza e conforto jurídico ao intérprete e à autoridade instauradora dos PADs, de outro lado, esse agir acabou por transformar os PADs em instrumentos ortodoxo-legalistas, que por sua vez, atomicizaram as decisões, gerando decerto, um hiato entre autos e realidade.

Foi o que ocorreu, de certa forma, principalmente com os PADs “C” e “D”, ambos com objetos diferenciados, típicos de seu tempo e *lócus*, portanto com dificuldade de se enquadrar no elemento isomórfico da legislação. Tanto assim que, percorreram portentoso iter processual, e esgotadas suas fases, no final os autos foram encerrados, sem que o processado sofresse punição. Reiteramos que “C” foi arquivado e “D” se socorreu da justiça e teve seu pedido deferido.

Nos processos analisados, esse caminhar coalescente à Lei teve a característica da interpretação cognoscitiva, aquela que declara o que está posto, logo, os PADs de certa

forma, somente verbalizaram o que a legislação vocifera. E como tal, a interpretação cognoscitiva repudiou a chamada jurisprudência de conceitos, aquela que cria direitos novos, aquela que colmata lacunas e tem a capacidade de filtragem para análise microscópica do caso concreto e suas circunstâncias díspares.

Não obstante a doutrina positivista enuncie que, na ciência, assim como na academia, a interpretação tenha uma vestimenta meramente cognoscitiva, já que, no entendimento desta corrente, na ciência não há espaço para tomada de decisões, a opinião de Hans Kelsen, aqui não prospera por dois aspectos. No primeiro deles, em sede de PAD e *contrário sensu* ao autor, há certamente uma medida normativa *interna corporis* revestida de poder decisório, exigindo da autoridade administrativa, o poder dever de ação, logo no PAD o fato descrito impulsionou a lei, retirando-a do limbo jurídico. Desta forma, em sede dos PAD analisados, houve também tomada de decisões, conforme vimos nos casos concretos. No segundo aspecto, percebe-se que, a interpretação dos PADs aqui estudados, transbordou da interpretação cognoscitiva, pois ela além de decidir ou formar juízos de valor, também cristalizou decisões, servindo de norte para outros processos vindouros.

Entretanto, o trabalho ficaria em metade se deixássemos de considerar que, os PADs analisados, se reportaram à linha kelseniana quanto a dois aspectos: primeiro, transcorreu o enquadramento dos casos na moldura das Leis 8.112/90 e 9.784/99. Segundo, houve a depuração de conteúdos alienígenas ao Direito Administrativo, isto por que, identificamos de certa forma que, os conteúdos das outras áreas jurídicas e que poderiam fazer interlocução com os PADs, foram detergidos dos processos quase que como um esteio de purificação e certeza do cumprimento da lei. Sendo assim, em regra geral, os PADs analisados afastaram influências alheias ao campo jurídico administrativo, eximindo o PAD de análises fáticas por outras lentes que não fossem as jurídicas legais.

Ocorre que, nos casos analisados, se a interpretação clássica, também denominada velha hermenêutica plasmou a visão racionalista a ponto de dar certeza - e fazer cumprir as leis de PAD - ela também granjeou a interpretação neutral, abstencionista, quase um afastamento das fontes materiais. Isso decerto que, pode turvar os direitos fundamentais, então, reiteramos que, embora a univocidade literal da Lei tenha produzido nos PADs os

resultados com base em axiomas legais, nem sempre as respostas se apresentavam como as mais justas.

2 – Quanto à segunda questão, que tem aderência à primeira, destacamos que se a legislação foi observada em pormenores, o princípio do contraditório e ampla defesa foi cumprido em todos os processos, em alguns deles, exacerbadamente. Todavia, é importante destacar que, como as decisões nos PADs analisados evidenciaram somente a legislação, o resultado dessa atomização foi a exclusão da pauta jurídica de uma série de sujeitos e seus direitos.

Destacamos que, na sociedade complexa com suas demandas extrínsecas a pauta *mens legislatoris* pode trazer disfunções nas relações jurídicas inter processuais, gerando grandes insatisfações. Essa certamente, é uma das maiores críticas pelas quais o Direito Administrativo atual é questionado, ou seja, sua interpretação neutral, que nos casos analisados se mostrou fortemente desenhada, inclusive no cumprimento dos princípios do contraditório e ampla defesa, cumpridos na pauta da lei.

Todavia, aqui destacamos a forma de citação demonstrada ao longo dos autos analisados. Com o cuidado de fazer cumprir o contraditório e ampla defesa, não raro, os vogais emitem correspondências informando sobre o processo para a chefias do envolvido e para os gestores e o jurídico, com a finalidade de dar ciência. Foi o que ocorreu com o PAD “E”, que informou à chefia de “E” sobre a pena aplicada, ainda no desenvolver do curso processual, sem esgotar a fase de recursos. Acreditamos que, tratou-se de uma temeridade. Além do mais, a chefia informou em reunião, a penalidade que nem o processado havia tomado conhecimento.

Portanto conforme destacamos, não é somente importante o cumprimento da legislação, pois embora ela seja relevante, a forma com que se impulsiona o comando também é marcante. O que se percebeu, principalmente nos três últimos PADS analisados, foi que, embora tenha ocorrido contraditório e ampla defesa, os autos acolheram também, aquilo que a fenomenologia levinasiana denomina de mal do século.

Isto por que, de certa forma, a interpretação aferrada à lei - aquela que, embora a cumpra - acaba certas vezes gerando desumanização. Isto ocorre principalmente, por que, há a possibilidade da existência do processo ser tecnicamente, o cumprimento de

um rito de demonstração ou publicização, atendendo exigências do órgão supremo e olvidando-se dos sujeitos e seus direitos mais fundamentais.

A despersonalização do processo, a impessoalidade e a produtividade das bulas jurídicas, de respostas prontas, muitas vezes refletem uma supressão da alteridade e a iluminação da racionalidade centrada na ausência de sensibilidade, que invisibiliza o outro. Foi o que ocorreu principalmente no PAD “C”, gerado por uma ipseidade objetiva mais preocupada com o rigor do cumprimento do processo legal, que o próprio sujeito do iter.

A ideia da conduta racional, impessoal, distorce a responsabilidade pelo outro, podendo ela mesma turvar a técnica, foi o que aconteceu com a conduta do PAD “C” frente ao seu sujeito processado. Ou ainda, a conduta do PAD “D”, que, no cumprimento da legislação, fez inúmeros chamamentos ou citações de “D” ao processo. À sombra da legislação e por ela abrigados, os vogais poderiam esclarecer que deram ampla defesa, porém, considerado o número excessivo de chamamento ao processo, isso pode ser considerado, de certo modo, uma fustigação.

Isto demonstra que, na área disciplinar, a criminologia positivista é revigorada por táticas que focalizam a conduta punitiva, retomando mecanismos de culpabilização para demonstrar o papel do Estado punidor. Ocorre que, esta linha de ação pode resvalar para um traço de cultura assentada na estetização de demonstrar uma ação apressada, com impulso legiscêntrico que acaba por eliminar o sujeito da interpretação, dando maior ênfase ao processo como se essa incongruência fosse normal e necessária. Foi o caso do PAD “C”.

Mas as incongruências não foram verificadas somente pelo Estado enquanto pólo ativo. Vimos também que, algumas vezes também, se inverte a primazia e a hipóstase passa a ser do agente processado, que estabelece conduta insensível, afastada, sem a devida responsabilidade que o cargo público requer. Foi o caso ilustrado em “A”.

Observamos também em “A” que, a soberania legisladora da Administração Pública, sob o manto da supremacia do interesse público, cumprindo a impessoalidade e a boa técnica, gerou instrumental disciplinar, para “A”, em abandono de cargo, citado cuidadosamente. Tanto que, para oferecer o contraditório e ampla defesa e atendimento à lei, o PAD “A” ofereceu ao processado as garantias constitucionais, as quais, ele a

todas renunciou. Isto acabou por delongar o processo por um período extenso demais, no cumprimento da Lei.

Assim, o processo administrativo como mecanismo de punir e tornar pública suas ações, pode ser entendido como um elemento correicional e de prestação à sociedade, mas quando se ata somente à lei e ao critério punitivo, decerto que, embora cumpridor do rito legal, pode gerar distorções. No caso “A”, acabou por favorecer o processado, em abandono de cargo com manutenção remuneratória.

O apego à legislação como fonte única, pode gerar ainda, a hipóstase da soberania de interesse público que encarcera o outro ao tempo que impinge a ele desconsideração e padecimento. Pela hipóstase se impõe um formalismo para demonstrar a mão forte do Estado e expurgar a carga de impunidade que poderia ser ao próprio Estado infligida. Foi o que vimos na maioria dos PADs. Estes, analisados pela lente fenomenologia levinasiana, trazem, grosso modo, a hipóstase na tensão individualizante da supremacia, aquela que, abriu a possibilidade de uma hetero-afecção e de sua significação heteronômica. A supremacia, quase sempre se fez acompanhar por um traço forte da passividade acusativa que se aferrou à legislação, como uma proteção a si mesmo. Destacamos essas características nos processos “B”, “C”, “D” e “E” e passamos a analisar como o cumprimento da legislação se deu divorciado da ética levinasiana.

3 – Para responder a terceira questão, que diz respeito à presença da ética no iter processual e os direitos e garantias dos processados, é importante destacar que, na intrincada sociedade atual, o Direito Administrativo tem sido provocado por situações que demandam maior complexidade, trazendo à ribalta da interpretação temas candentes, muitas vezes não previstos pela moldura da lei. Tomemos como exemplo o PAD “C”, diferenciado e dessemelhante da bula legal, cristalizada e distanciada das mudanças das fontes materiais.

Diferente do mero enquadramento à lei, a decisão comprometida com a justiça, portanto, conclama uma interpretação aderente à sociedade, seus imperativos e reclamos, mas sobretudo, aos princípios, aquela hermenêutica que tem um olhar individualizado e que faz uma leitura de acordo com as demandas peculiares que o caso requer, e se aproxima da justiça restaurativa.

Mas, nos casos analisados, pouca ou quase nenhuma associação do julgamento, se perfez com base principiológica, tendo o julgador, no mais das vezes, se apegado às regras. Tanto assim que, somente em dois casos o julgador se agasalha na justiça restaurativa, porém não sem antes desenvolver todo o rito do processo administrativo. Decerto que, entendemos justa e necessária essa decisão, principalmente para os casos “B” e “E”, já discutidos anteriormente, mesmo assim, ela está descolada da base principiológica.

Quanto à aplicação dos PADs pelas vias legais, decerto que, uma fórmula prévia, conquanto seja uma diretriz sobre a qual o intérprete se debruça, não é ela elemento único de análise. Além do mais, observamos que, diante das veleidades da administração pública, é difícil, senão quase inexequível, a tarefa de validar decisões com um *ethos* prevalente e isolado, como é o caso da lei, pois as fontes materiais são móveis. Foi o que aconteceu com a legislação mutável das consignações do PAD “C”.

Portanto, a mobilidade das fontes materiais tem sido a tônica da sociedade complexa, na qual, o Direito Administrativo está imerso e é impelido a cada momento por um fato jurídico novo e exótico à Lei. Daí entendemos que, a tarefa de interpretar e aplicar os direitos ganha complexidade, e nela, aglutina-se a necessidade de temperar a mera tarefa mecânica de aplicação silogística dos textos normativos com os princípios.

Todavia, na análise dos casos concretos tratados nesta pesquisa, tal avanço parece que ainda não chegou a um grau de reconhecimento e relevância para a atividade da interpretação e aplicação do Direito Administrativo, no universo dos casos analisados. Cumpre portanto, destacar o divórcio entre a interpretação literal dos PADs e o mundo da vida, este de um lado, se apresentando complexo e recheado de acontecimentos sócio-políticos que impulsionam as fontes formais, traçando com elas um imenso tapete que requer maior mobilidade interpretativa. E na margem oposta, o Direito Administrativo monolítico, encastelado nas Leis.

Portanto, há de se destacar – nos casos em tela - o fervor à lei, a quase ausência de discricionariedade e por conseguinte, a obliteração da pauta principiológica, característica demarcatória da sociedade volúvel e suas demandas voláteis, carregadas de contingencialidades. Para este quadro, a previsibilidade é dificultosa, além do mais, dada a plasticidade das temáticas trazidas pela sociedade moderna, ela é quase

inverossímil, foi o que se viu no PAD “C” e “D” recheados de elementos imprevisíveis, tendo como pano de fundo as modificações jurídicas de um caso concreto abstruso.

Pelas lentes dos processos “C” e “D”, entendemos que a subsunção clamou por ser substituída por uma interpretação mais ampliativa envolvendo outros elementos, dentre os quais os princípios, elementos de análise afastados completamente das decisões dos PADs analisados. Ressaltamos portanto que, nesse paradigma mais situacional e complexo, o sentido da lei começa a ser desvinculado da vontade do legislador como fonte única, pois o Direito já inicia outros voos para garantir as finalidades mais humanizadas assumidas pela hermenêutica mais principiológica. Esta, se reveste de heterodoxia, uma vez que, passa a vislumbrar a complexidade e sofisticação com as quais as demandas do Direito Administrativo são apresentadas na sociedade atual.

Os princípios constituem as diretas ideias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, ou seja, se ele não oferece explícita ou implicitamente o meio para regular e solver o caso concreto, é recomendável que o intérprete recorra aos princípios. Por esta interpretação principiológica, alteia-se o aplicador do direito, desde os fatos mais mezinhos da vida diária até a cúspide do saber profissional; da realidade do solo ao teto ele ascende às razões econômico-sociais; age, enfim, como jurista filósofo.

Assim, no processo administrativo, os princípios são guias para o intérprete, oferecendo a este a possibilidade de se pautar pela identificação do maior que rege o tema apreciado, vergando do mais genérico ao específico, fazendo assim um percurso vertical descendente, sem ser todavia, dogmático, pois a interpretação principiológica ao mesmo tempo que dá a impressão de descenso vertical, pode ser também rizoma mais horizontalizado.

Reiteramos que, sentimos falta dessa interpretação nos PADs analisados, uma vez que, após percorrer o abastado conjunto das atas, decisões, relatórios e julgamentos, nenhum desses documentos, nos cinco autos, se reporta aos princípios, embora o Direito Administrativo consagre abundante pauta deles, os quais foram construídos em analogia ao Direito Civil, Constitucional e Penal, dentre outros ramos.

Essa lacuna é preocupante, dada a relevância do tema, pois os princípios são mais projetores de critérios interpretativos que receptores. Dentre a diversidade destes, que

muitas vezes são contraditórios, é interessante dar preferência aos que melhor se amoldem ao caso concreto. Com efeito, o princípio se amolda à norma, para permitir seu preenchimento de acordo com os valores que o princípio emana, há portanto uma relação simbiótica que confere coesão ao sistema. Todavia, esse cotejamento não aparece nos casos analisados.

Ressaltamos ainda que, em sede de processo administrativo, a Constituição Federal passa a ser vislumbrada como um sistema aberto de princípios e normas permeável a valores supra positivos, no qual as ideias de justiça e realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Isto por que os princípios trazem, normalmente, uma carga maior valorativa, um fundamento ético, uma decisão política mais relevante.

Com efeito, para o direito administrativo, essas características principiológicas da interpretação se perfazem ao mesmo tempo como um elemento assertivo na perspectiva de nutrir o processo administrativo disciplinar, mas que também, podem se configurar como elementos desguarnecidos, dada sua alta plasticidade. Eis aqui, talvez, a conotação mais temida, que possivelmente, fez a interpretação se afastar dos balizamentos principiológicos. Isto porque, neles há decerto, as construções abstratas, as constelações de termos indefinidos, de tal forma que poderiam tornar a decisão hesitante, pondo em xeque sua certeza. Ocorre que, essa impressão não prospera, principalmente por que, quando a decisão se apruma aos princípios, é desejável manejá-la com cautela e alteridade para que sua combinação não resulte em flagrante injustiça aos jurisdicionados nem jogue sobre os vogais a dúvida da decisão vacilante. Eis que, nesse momento a interpretação principiológica se adere à ética.

No processo, de modo geral, é importante que a eticidade esteja presente, tanto na decisão legiscêntrica, quanto na temperada com princípios. Mas, principalmente nesta condição, diz a boa doutrina que, é desejável ao Direito Administrativo cingir-se à ética, a hermenêutica mais filosófica, aquela que, embora não rejeite o formalismo, faz uma ponderação entre leis e princípios, ambos vislumbrados como normas. Isto por que, a carga valorativa dos princípios se adere ao caso concreto iluminando a dignidade da pessoa humana como um núcleo axiológico da tutela jurídica, mitigando de certa forma, a dogmatização da interpretação.

3 – Portanto agora, respondendo a terceira questão, núcleo de nosso trabalho, embora reconheçamos que, o Estado Democrático de Direito tem uma pauta mais democrática e ética, trazendo com ela um papel mais crítico e indutivo para implementar os direitos fundamentais e impelir o Direito Administrativo, nos casos analisados esta vertente não se fez notar. Ao contrário, foi percebido um vácuo principiológico, um vazio de hermenêutica fenomenológica na formatação processual, pelo qual, se expurgou os princípios normativos, a ética levinasiana e também, suas categorias.

Ressalte-se que, embora a doutrina repise o vultoso papel da ética e dos princípios, pois eles passam a se configurar como cânones elevados dos direitos fundamentais, nos casos em tela sentimos falta dessa análise mais plural. Repisamos que, foi verificado, na verdade, um hiato entre leis, eticidade e princípios. Como exemplo, enfatizamos que, foi nessa vacuidade que se deixou de aplicar o princípio da bagatela para o PAD “C”, e o princípio da lealdade processual ao PAD “A”. Por via contrária, na cegueira da análise aferroada somente à lei, os processos “C”, “D” e “E” seguiram longo rito, elástico iter, rejeitando também o princípio da economicidade processual.

Nesta paragem neoconstitucionalista que lança o Direito Administrativo às águas interpretacionais mais turbulentas, é preciso esclarecer também que, além dos princípios o processo administrativo dialoga com a Constituição, fazendo quase que, uma releitura do positivismo. Eis que, isso representa, um modelo integrativo, criando assim, um movimento heterogêneo na ciência jurídica, que novamente resgata a filosofia e a ética em seu caminhar. Ética e moral, sobretudo, retomam à ribalta jurídica se inspirando na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática, tendo o princípio da dignidade humana como matriz, e os direitos humanos como norteadores.

A ideia da ética fazer uma reaproximação do direito com os fenômenos materiais, na verdade, faz também emergir o direito administrativo de seu limbo epistemológico, traçando um enleir com o fato posto à análise. Isto por que, na aflição da hora, imerso nas singularidades dos acontecimentos, é inadequado ao intérprete utilizar somente o filtro da lei para julgar, principalmente quando ele o faz pelo distanciamento crítico em relação ao fenômeno. Ao fazer essa crítica, o neoconstitucionalismo tem como fito, as decisões monologais do Direito Administrativo, admitindo que ele se afastou, também, da pauta relevante de direitos humanos e fundamentais, esculpidos na Constituição.

Essa visão ética, atual e relevante, e que portanto, está resgatada no neopositivismo e se adere ao conceito de um núcleo de direito que toca a autonomia do homem, não foi vista nos processos analisados. A pauta ética, na verdade, corresponde ao apelo da sociedade ciosa por outros movimentos com traços dos direitos fundamentais, que sejam capazes de solver as demandas peculiares do Direito Administrativo. Este, também sofreu intensas modificações, pois não está isento dos cataclismos da modernidade e por isso, em suas decisões clama pela eticidade, que aqui será analisada pelas vias levinasianas.

Sendo assim, em nosso tempo, se requer novo posicionamento dos diversos institutos jurídicos possibilitando outras perspectivas e resoluções mais atuais para temas há muito tempo tão somente tratados pela dogmática jurídica. Neste aspecto, o Direito Administrativo carece passar por um aprofundamento da hermenêutica fenomenológica, de forma a revisitar uma série de cânones, dentre eles o processo administrativo, e sua interpretação, olhada pelas lentes da fenomenologia hermenêutica levinasiana. Passamos à análise da eticidade, lembrando que uma verdade elucidada fenomenologicamente é aquela que mostra sua essência.

Quando analisamos os PADs pelo método fenomenológico, salta aos olhos o trabalho de Levinas, intelectual que criou a fenomenologia hermenêutica ontológica com forte esteio na ética que dá como epicentro, o ser, a pessoa, o cidadão. Decerto que, nos processos analisados o que se tem em ribalta não é a pessoa física, mas a institucional, aquela representada pelos vogais, ou seja, o Estado.

Essa observação já afasta, de imediato os PADs analisados, da ética levinasiana, uma vez que, para o autor, fundamental é o conceito de alteridade, instituto que se liga ao vocábulo “outramente” - neologismo em tradução literal do termo francês *outrément* - mas que é insuficiente para manifestar o respeito ao outro, a sensibilidade e a subjetividade em chave ética na obra levinasiana. Certamente que, esses conceitos não se referem à supremacia do interesse público, do Estado, da entidade abstrata corporificada pelos vogais. Mas tão somente, ao servidor público, ao rosto do cidadão posto em processo.

Carece portanto, fazer uma análise mais profunda e menos sectária da obra da Lévinas, uma vez que, sendo o processo administrativo, um elemento móvel, em certos casos, o Estado em sede de PAD - afastado do poder judiciário - encarna a figura do verdugo,

fugindo das categorizações levinasianas: alteridade, rosto, subjetividade e sensibilidade. Casos há, todavia, em que a figura do algoz, é o servidor processado.

Quando submetemos os processos a esse crivo de eticidade, vimos por exemplo, que o sujeito “A”, em abandono de cargo, indiferente e hipostasiado é a figura do egoísmo, orgulho e encarceramento do outro. Aqui, é o Estado que sofre o flagelo de um servidor de conduta duvidosa, e é este mesmo Estado que, com ele, desenvolveu alteridade e transcendência para abordá-lo com um discurso acolhedor e responsável, com orientação.

Para além disso, o PAD “A” revelou um iter processual com exacerbada sensibilidade, tendo na subjetividade das fases analisadas, os vogais exercitando a proximidade e individuação à exposição do outro. Assim como, quando atuaram com responsabilidade, acolhendo as razões de “A” para chamá-lo ao processo, foram sensíveis na abordagem, cautelosos na citação. E mesmo estando “A” assentado na crueza de negar o outro, a comissão exercitou conduta ética, que constituiu a própria unicidade do caso concreto.

Ressaltamos que, a proximidade levinasiana vista em “A” não implicou somente vicinalidade física ou vizinhança por ocupação de espaço contíguo com o servidor em abandono de cargo, mas envolveu também, a capacidade de entender as razões do outro, submerso a uma conjuntura histórico-cultural. Assim, no PAD “A” os vogais ao receberem as informações, fizeram um percurso processual profuso, aquele que como uma árvore, enraíza-se no solo da vida, para se nutrir dela e dar uma decisão de acordo com seu contexto e circunstâncias. A compreensão do outro, foi assim, uma perspectiva que o desvelou com sensibilidade, essa capacidade de tocar o outro e ser envolvido por ele.

Todavia, o mesmo percurso sensível desenvolvido em “A”, foi obliterado nos demais PADs. Quando fenomenologicamente analisamos os processos, vimos que a sensibilidade de certo modo, foi embaçada. Tal fato, se revela com propriedade em “E” cujo processo traz um rosto entendido como demanda ou significância ética, advindo como elemento novo, exercido pela linguagem e proximidade trazidas nas fases processuais. No entanto, mesmo tendo contato e proximidade com a fala de “E”, o rosto de “E” e o conjunto probatório de “E”, o Estado foi inclemente, apático, no sentido de produzir a sensibilidade ética que o rosto como significância transmite. Cremos que a mesma conduta sequiosa se repetiu em “C” e “D”.

Ratificamos que, é na proximidade do rosto enquanto conjunto de provas, que aflora no julgador uma inquietude que, certas vezes desestabiliza a passividade. Fato que não ocorreu nem em “D”, durante o curso processual, nem em “E”, tampouco em “C” com iter processuais, que se desenrolaram pelo fio do novelo da Lei. Sem dúvida também, os processos “C” e “D”, apresentam temas subjetivos, diferenciados, exóticos, que poderiam encontrar na sensibilidade, a via primordial de relação para construir uma representação de justiça e hermenêutica fenomenológica ética. Cabe questionar seu iter, pois eles foram tratados pelo rigor da Lei, sendo que tal posição unilateral, embora proba, todavia não prosperou, já que no final os processados foram absolvidos.

É importante destacar também, a sensibilidade que emerge diante da vulnerabilidade, da exposição do outro, seu sofrimento e ultraje. Não foi o que ocorreu com “D”, exposto ao traumatismo da publicização, acusação e açulamento pelo Estado. A dimensão da sensibilidade poderia ter sido exercitada com primazia.

Portanto, entendemos que, seria pela lente sensível principiológica e pela alteridade, que os vogais atrairiam para “D”, a compreensão e o respeito às particularidades do caso concreto, já que a obra de Lévinas recomenda foco no acontecimento, no rosto como individuação, acolhendo sua expressão, o que em PAD significa, fazer as leituras das singularidades do caso concreto e refiná-lo, como tal.

Decerto que, a interpretação pela fenomenologia hermenêutica em “D” teria submetido o caso concreto ao olhar atento da ética, da alteridade e sensibilidade, temas tão caros à Lévinas. No então, o que se viu foi a submissão à teia legiscêntrica que dissolveu a alteridade, ancorando-a no porto único do enquadramento solipsista.

Se em “D” tivesse sido exercitado o império do olhar levinasiano, aquele que individualiza cada caso, certamente que, se transcenderia a compreensão do aceitar, tolerar, e iria além, fazendo um exercício reparador que considera, alimenta e aviva o pensar ético, que se contrapõe à inércia e o desprezo. No entanto, em “D” a subordinação do Outro foi a exposição do poder de força do Estado processante, que acabou por reforçar sua própria supremacia, negando a alteridade e o direito de “D”.

Logo, é bom reiterar que a sensibilidade e a alteridade afloram no contato com o outro, no olhar do outro, que faz cintilar o inexaurível cuidado com ele e suas demandas. Tal como em “D”, foi com a escassez dessas categorias, que “E” também foi submetido a

um torvelinho de institutos dissociados da técnica, o que culminou, certamente, para que fosse submetido ao PAD “E”, com justiça restaurativa no final de seu curso.

Sendo assim, após responder as questões de nossa pesquisa, passamos a demonstrar os objetivos.

Analisamos cada uma das fases dos autos, à luz da legislação e da eticidade, e conforme já destacamos, tanto a legislação foi cumprida, quanto se fizeram constar nos autos os princípios do contraditória e da ampla defesa.

Ocorre que, reforçando o dantes pré falado, quando se analisa os autos pelo crivo fenomenológico da ética levinasiana, reforçamos que não basta cumprir a lei, e esse aspecto reflete, sem dúvida, na garantia dos direitos dos envolvidos. Foi o caso, principalmente de “C”, submetido a um longo processo. Ou ainda, “D”, personificado na ética levinasiana como o eu que tateia, sem defesa, em combate às ilusões que contra ele se levantam. Sem dúvida, a inobservância dos princípios e da ética, fizeram com que os direitos de “C” e “D”, principalmente, fossem inadimplidos.

Portanto, recomenda a ética fenomenológica de Lévinas que cada caso seja dado a ler através de suas narrativas processuais como único, *sui generis* e singular. Sendo assim é recomendável ao Estado que, atravesse as linhas abissais da história do outro, que reviva sua duração, para, a partir da percepção sensível, chegar a um entendimento inteligível. O que se viu, na verdade, foi o olhar que submete o processo ao crivo da moldura da Lei, sobretudo “E”, emaranhado em um implexo de institutos jurídicos aos quais fora lançado de *bona fide*, e ao final viu sua história ser dissolvida nas categorias ôntico-formais da interpretação solipsista.

A necessidade da regulação, da legislação descrever os requisitos dos atos administrativos é de grande importância para o direito disciplinador uma vez que ele é um balizamento. Todavia, em um mundo densamente povoado por procedimentos, leis, códigos e outras medidas normativas, haverá de se entender que essas fontes não são únicas. Por via contrária, na pauta interpretativa, a ética e os princípios, decerto que, são dispositivos mitigadores da interpretação mais vertical e proclamadores da justiça social.

Assim, ao facear um processo administrativo, há decerto, um horizonte de subjetividade expresso concretamente em documentos, mas que, abstratamente representam a epifania

do rosto e seus aspectos culturais. A cultura representa e revela os horizontes do mundo do sujeito analisado, mas principalmente, os fenômenos com os quais e pelos quais, aquele sujeito se manifesta. Portanto, a epifania do rosto é viva, é um vetor pelo qual o outro se manifesta e perpassa ao Estado, uma experiência que é dada a ler, como se ele abrisse uma fresta e iniciasse sua inquirição.

Na fase inicial do processo, o rosto é uma abstração jurídica, pois está despojado de sua própria imagem e se dá a ler através de documentos. Todavia, além dos documentos que informam o processo, e que na verdade, são narrativas nas quais o outro se desnuda e se manifesta, o rosto do outro é revelado no contato próximo na fase de defesa, aqui já não é mais abstração, porém concretude, miséria e súplica, uma manifestação concreta de pedido. E assim, diz Lévinas, é que, se inicia, verdadeiramente, a dimensão ética da visitação.

Portanto, é interessante destacar no conceito de rosto do outro, o contato dos vogais em cada processo, a súplica de “C” e “D”, implorando compaixão, que com “D”, somente vem pelas vias judiciais, no final de um longo e doloroso iter. A visitação a que Lévinas se refere, está muito bem caracterizada nos dois processos acima citados, assim como em “E”. Visitar consiste em questionar-se, a si próprio, acerca dos pedidos do rosto, que interpela integralmente a responsabilidade dos vogais pela responsabilidade e diaconia com o processado.

Em “C”, “D” e “E”, a visitação que, razoavelmente, seguiria uma tradição fenomenológica hermenêutica, considerando as capilaridades de cada caso e sua concretude, assim não procedeu, e pelo contrário, desconsiderou os traumas e tateios das súplicas dos processados. Cremos que a visitação, esta visada ética que seria fator para gerar impacto e impelir o pensamento ao outro, mirando-o como um ser em demandas, se transformou em um olhar jurídico não sensível, aquele que considera o rosto, como simples matéria, a qual objetivamente, se tem acesso.

A ideia de um intelecto interpretado como puro pensamento de análise categorial, inteiramente separado da sensibilidade foi exercitado também em “E”. Ressaltamos que, em Lévinas, sensibilidade não é somente registro do fenômeno, por via contrária, a construção intelectual quando sensível leva à uma arquitetura que ultrapassa ao próprio egoísmo do conforto da certeza.

Como exemplo desse olhar sensível, de que falamos acima, citamos o exercício da alteridade pela qual, o magistrado concedeu a sentença jurídica a “D”, tecendo uma narrativa cognitiva que reconheceu o rosto (pedido) de “D”, marcando o caráter subjetivo hermenêutico. Assim, fez um movimento de recuo em direção ao acolhimento da demanda de “D”.

Em tempo de concluir, ressaltamos que o Direito Administrativo não se dá no vácuo, ele é a consciência jungida ao tempo presente, em torno do qual se orienta. Mais ainda, o processo administrativo não é, pois, simplesmente um conteúdo amorfo que se formata somente pela legislação. Por via contrária, ele é intencionalidade, decisão e que portanto clama por interpretação ética principiológica pois se situa nas relações com os sujeitos.

Portanto, é na medida em que o conceito de sujeito se liga à sensibilidade que a atividade de decidir clama pela decisão fincada nos direitos fundamentais e preserva fenomenologicamente a figura da pessoa. Eis aqui, o grande salto fenomenológico a que está sendo desafiado, o Direito Administrativo, nos tempos neoconstitucionais: transcender da supremacia do interesse público que vislumbra o Estado, para aperfeiçoar-se na miragem fenomenológica que dá como supremo, a pessoa, o ser, o cidadão.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. **Civitas**, v.13, n.1, 2013. Disponível em: www.revistaseletronicas.pucrs.br. Acesso em 20/09/2014.

AGUIAR, Roberto A. R. Alteridade e rede no direito. **Veredas no Direito**. V.3, n.6, jul-dez 2006. Disponível em www.repositorio.unb.br. Acesso em 10/06/2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Francisco. A boa fé no processo romano. **Revista Jurídica**. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UFRJ. V. 1.n. 1, 1995.

ARISTÓTELES. **Metafísica** (livro I e II): Ética a Nicômano; Poética. São Paulo: Abril cultural, 1979.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. O respeito ao direito fundamental ao contraditório material/substantivo como condição necessária para que se leve a sério o instituto do *amicus curiae*. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 24, p. 913-941, 2012.

_____. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt. **Compêndio de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1963.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de Processo Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Processual Geral** no. 60. Rio de Janeiro: 2006.

_____. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e atuação do STF. In Vieira, José Ribas. **Perspectivas da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BICUDO, Maria Aparecida Viggiani; ESPÓSITO, Vitória Helena Cunha (Org.). **Pesquisa qualitativa em educação: um enfoque fenomenológico**. 2. ed. rev. Piracicaba, SP: UNIMEP, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BERMUDES, Sérgio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade. Estudos Avançados. Vol. 18. No. 51. May/Aug. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 02/02/2013.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

- BROCHADO, Mariá. **Direito e ética**: a eticidade do fenômeno jurídico. São Paulo: Landy, 2006.
- BRUNO, Reinaldo Moreira. **Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. **Revista de Processo**. N. 149: São Paulo: RT, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPALBO, Creusa. **Fenomenologia e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1983.
- CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: LEJUS, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.
- _____. **Processo administrativo federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Direito e Processo Disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1981.
- CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- CEREZER, Cristiano. A dor da responsabilidade: sensibilidade e individuação éticas em Lévinas. **Kinesis**, vol. 02, n.3, abril-2010. Disponível em: www.marilia.unesp.br. Acesso em 14/09/2014.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Administração**: uma abordagem contingencial. São Paulo: Mc Graw Hill, 1987.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

COELHO, Luiz Fernando. **Fumaça do bom direito**: ensaios de filosofia e teoria do direito. Curitiba: Bonijuris, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). **Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) - Formação de Membros de Comissões** (2011). Apostila de Texto. Disponível em www.cgu.gov.br. Acesso em 20/06/2011.

COSSIO, Carlos. **La plenitud Del ordenamiento jurídico y La interpretacion jurídica de La ley**. Buenos Aires, 1939.

COSTA, José Armando. **Teoria e Prática do Processo Administrativo disciplinar**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (In) constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DARTIGUES, Andre. **O que e a fenomenologia? -**. Rio de Janeiro: Eldorado, 1973.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Direito Administrativo Disciplinar**: direito processual. Curitiba: Juruá, 2013. Vol. I.

_____. **Direito Administrativo Disciplinar**: direito processual. Curitiba: Juruá, 2013. Vol. II.

_____. **Direito Administrativo Disciplinar**: direito processual. Curitiba: Juruá, 2013. Vol. III.

DIDIER Júnior, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Podium, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Ecio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade. **A ética rizomática no estado democrático de direito e o princípio da supremacia do interesse público**. Tese de Mestrado defendida no Programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. 2009.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal**. Belo Horizonte: Forum, 2009.

FIGUEIREDO, Maria Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

FLORES, Joaquin Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

FORTINI, Cristiana. Processo Administrativo Disciplinar no Estado Democrático de Direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência, e a súmula vinculante no. 05 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. N. 21. Março/abril/maio 2010. Acesso em 01/07/2013.

FRANCO Sobrinho, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FURROW, Dwight. **Ética: conceitos chaves em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2007,

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, Vol.I.2009.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Justiça restaurativa: novas soluções para velhos problemas. **Revista da SJRJ**, vol. 16, n. 25, 2009. Disponível em: www4.jfrj.jus.br. Acesso em 20/09/2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. A Constituição do ordenamento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)?**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUIMARÃES. Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUMBRECHT, Hans Ulrich. **As funções da retórica parlamentar na Revolução Francesa: estudos preliminares para uma pragmática histórica do texto**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2000.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HERKENHOFF, João Batista. **Ética para um mundo melhor: vivências, experiências, testemunhos**. Rio de Janeiro: Tex, 2003.

_____. **Justiça, direito do povo**. Rio de Janeiro: Tex, 2000.

_____. **Como aplicar o direito** (à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de má fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006.

JOB, João Alberto Leivas. **Da nulidade de partilha: uma aplicação dos métodos históricos e fenomenológico ao estudo do direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

KROHLING, Aloisio. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. **Qualidade total em serviços: conceitos, exercícios, casos práticos**. 5. ed São Paulo: Atlas, 2006.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: Ensaio sobre a alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Humanismo do outro homem**. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo**. Edições 70: Lisboa, 1988.

_____. **De deus que vem à ideia**. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Transcendência e inteligibilidade**. Lisboa: Edições 70, 1991.

_____. **Do sagrado ao santo: cinco novas interpretações talmúdicas**. Rio de Janeiro: Civiização Brasileira, 2001.

_____. **Descobrendo a existência com Husserl e Heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

LOBO, Rafael Haddock. A justiça e o rosto do outro em Lévinas. **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**. V.3, n.1 – abril-set.2010. Disponível em: www.ifcs.ufrj.br. Acesso em 07/07/2013.

LORSCH, Jay. **Organizational structure and design**. Dorsey Press, 1970.

MARTINS, Joel & FARINHA, Maria Fernanda. **Estudos fundamentais de fenomenologia**. São Paulo: Martins, 1984.

MARTINS COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética: de Platão à Foucault**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

MASCHIETTO, Leonel. **A Litigância de Má-Fé na Justiça do Trabalho: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilidade do advogado**. São Paulo: LTr Editora, 2007.

MATOS, Francisco Gomes de. **Ética na gestão empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Processo Administrativo Moderno: aspectos atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. O Processo Administrativo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. N. 7, p. 35. São Paulo: Procuradoria Geral, 1975.

MIRANDA, José Valdeinei Albuquerque. Sensibilidade ética em Emmanuel Lévinas. **Kinesis**, vol. 3, n.06, dez-2011. Disponível em: www.marilia.unesp.br. Acesso em 12/09/2014.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional 19/98**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, Daniel Augusto. **O método fenomenológico na pesquisa**. São Paulo: Pioneira, 2002.

NERY COSTA, Nelson. **Processo Administrativo e suas espécies**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OHLWEILLER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NOHARA, Patrícia Irene. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

PASSOS, Elizete. **Ética nas organizações**. São Paulo: Atlas, 2011.

PEPLER, Nadrieje de Mari. Alteridade no horizonte ético crítico de libertação: um diálogo entre sensibilidade e identidade no pensamento de Emmanuel Lévinas. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**. São Paulo, 2009. Disponível em: www.publicadireito.com.br. Acesso em 12/09/2014.

PIMENTA, Leonardo Goulart. Justiça, alteridade e direitos humanos na teoria de Emmanuel Lévinas. **Revista USCS – Direito** ano XI, n. 19 jul/dez. 2010. Disponível em: www.seer.uscs.edu.br. Acesso em 07/07/2013.

PINHEIRO, Karina Bezerra. Justiça restaurativa: uma análise sociológica dos fins que os meios positivos não alcançam. **Revista Fides**, v. 4. N. 1(2013). Disponível em: <http://www.revistafides.com>. Acesso em 10/09/2014.

PIVATTO, Pergentino. Apresentação. In: **Entre nós: ensaios sobre alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2005.

PONDÉ, Lafayette de Azevedo. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

REZENDE, Adriana Menezes de. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RIBEIRO BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

RICOEUR, Paul. **Na escola da fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. **Outramente: leitura do livro 'Autrement qu'être ou au-delà de l'essence' de Emmanuel Lévinas**. Petrópolis: Vozes, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Ricardo Antonio. O rosto do outro é letra. **Revista Litteris**, n.10, setembro/2012. Disponível em: revistalitter.dominiotemporario.com. Acesso em 10/09/2014.

SANTOS, Maria Walquíria Batista dos. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Gilberto Clementino dos. **Resumo prático de procedimentos administrativos disciplinares: instrumentos de garantia da cidadania**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa fé objetiva no processo civil**. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Luciano Costa. **O sujeito encarnado: a sensibilidade como paradigma ético em Emmanuel Lévinas**. Ijuí: Inijuí, 2009.

_____. O sujeito é de carne e osso: a sensibilidade como paradigma ético em Emmanuel Lévinas. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa e pós-graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 2007. Disponível em: tede.pucrs.br/tde_arquivos. Acesso em 11/09/2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 20-56.

SCHIRMER, Edson Moacir. A intencionalidade da fruição – o tema da sensibilidade em Lévinas. **Perspectiva Filosófica**, vol. X, n.19. Janeiro/Junho de 2013. Disponível em www.ufpe.br. Acesso em 12/07/2014.

SERRA, Paulo. Lévinas e a sensibilidade como comunicação originária. **Biblioteca on line de ciências da comunicação da Universidade Federal Fluminense**. Disponível em www.bocc.uff.br. Acesso em 14/09/2014.

SROUR, Robert Henry. **Ética empresarial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TIVERON, Raquel. Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa. In: Universitas Jus: **Revista do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)**. No.1 (jan/jun. 1998). Brasília: Uni CEUB, 1998.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1975.

VERGARA, Silvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. São Paulo: Atlas, 2009.

VIRGA, PIETRO. **O Emprego Público**. Milão: Giufre Editrice, 1973.

ZINGANO, Marco. Aristóteles: **Ethica Nicomachea, tratado da virtude moral**. São Paulo: Odysseus Editora, 2008.