

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

WALTER GODOY NETO

**A UTILIZAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

**BRASÍLIA,
ABRIL 2014**

WALTER GODOY NETO

**A UTILIZAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

Trabalho de Monografia apresentado
ao Curso de Pós-Graduação em
Direito Administrativo como requisito
parcial para obtenção do título de
especialista.

**BRASÍLIA,
ABRIL 2014**

WALTER GODOY NETO

**A UTILIZAÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO
DISCIPLINAR**

Trabalho de Monografia apresentado
ao Curso de Pós-Graduação em
Direito Administrativo como requisito
parcial para obtenção do título de
especialista.

Brasília/DF, 30 de abril de 2014.

Professor Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar a utilização da prova indiciária no processo administrativo disciplinar, previsto na Lei nº 8.112/90. Busca-se na doutrina e jurisprudência do processo penal os conceitos, princípios e extensão de sua admissão como prova suficiente para embasar uma condenação. Feita essa análise, passa-se ao estudo da aplicabilidade desse meio de prova no processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, analisam-se os princípios fundamentais desse ramo do Direito Administrativo e suas características peculiares, de modo a se definir quais os parâmetros a serem aferidos pelo aplicador do Direito quando se utilizar de tal meio de prova. A análise da extensão e aplicabilidade da prova indiciária no Processo Administrativo Disciplinar (nos moldes previstos pela Lei nº 8.112/90) tomará como pressuposto a definição de verdade como resultado da capacidade argumentativa das partes no decorrer do apuratório.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar. Lei nº 8.112/90. Prova indiciária.

ABSTRACT

This work aims to analyze the use of circumstantial evidence in administrative proceedings provided for in Law No. 8.112/90 . Search on the doctrine and jurisprudence of criminal procedure concepts , principles and scope of their admission as sufficient evidence to support a conviction . Based on these analyzes , we pass to the study of the applicability of this evidence in administrative proceedings . Accordingly, we analyze the fundamental principles of this branch of administrative law and its peculiar characteristics , in order to define which parameters to be measured by applying the law when using such evidence. The analysis of the scope and applicability of circumstantial evidence in the administrative process (in the manner prescribed by Law No. 8.112/90) take for granted the definition of truth as a result of the argumentative ability of the parties during the apuratório .

Keywords: Administrative Disciplinary Process. Law No. 8.112/90. Clues.

ABSTRACTO

Este trabajo tiene como objetivo analizar el uso de las pruebas circunstanciales en los procedimientos administrativos previstos en la Ley N° 8.112/90 . Buscar en la doctrina y en la jurisprudencia de los conceptos de procedimiento penal , principios y ámbito de su admisión como prueba suficiente para respaldar una condena. Sobre la base de estos análisis , se pasa al estudio de la aplicabilidad de esta prueba en los procedimientos administrativos. De acuerdo con ello , se analizan los principios fundamentales de esta rama del derecho administrativo y sus características peculiares , con el fin de definir los parámetros que deben ser medidos mediante la aplicación de la ley al utilizar esas pruebas . El análisis del alcance y aplicabilidad de las pruebas circunstanciales en el proceso administrativo (en la forma prescrita por la Ley N° 8.112/90) dan por sentado la definición de la verdad como resultado de la capacidad argumentativa de las partes durante el apuratorio .

Palabras clave: Proceso Disciplinario Administrativo. La Ley N° 8.112/90. Las pistas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL.....	10
1.1. Conceito de prova indiciária.....	10
1.2. Prova indiciária e a busca pela verdade (real).....	13
1.3. Prova indiciária e princípio da presunção de inocência.....	19
1.4. Métodos de avaliação da prova indiciária.....	22
1.4.1. Precisão.....	23
1.4.2. Gravidade.....	24
1.4.3. Concordância e convergência.....	24
2. A PROVA INDICIÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	26
2.1. A prova indiciária no processo penal.....	26
2.2. A prova indiciária no âmbito da Administração Pública.....	34
3. A PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	38
3.1. Conceitos e delimitação do objeto de estudo.....	38
3.1.1. Procedimento e processo.....	44
3.1.2. Processo administrativo (disciplinar).....	47

3.2. Princípios do processo administrativo disciplinar.....	49
3.2.1. Princípio do devido processo legal.....	49
3.2.2. Princípio do contraditório.....	52
3.2.3. Contraditório e verdade processual.....	55
3.2.4. Contraditório e motivação.....	56
3.2.5. Ampla defesa e presunção de inocência.....	59
3.2.6. Moralidade – lealdade e boa-fé.....	62
3.2.7. Princípio da impessoalidade.....	64
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade verificar a possibilidade de se utilizar a prova indiciária no processo administrativo disciplinar, bem como, em caso afirmativo, quais as particularidades e a extensão de seu uso, em razão das características peculiares desse tipo de processo, em comparação com a seara penal, de onde se partirá a análise.

O interesse pelo tema adveio do cotidiano enquanto servidor da Controladoria-Geral da União. Na análise da regularidade de procedimentos disciplinares realizados nos mais diversos ministérios e pessoas jurídicas que fazem parte da administração indireta – os quais, por sua vez, compõem o universo de monitoramento por parte da CGU, enquanto Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal -, bem como na experiência adquirida como membro de comissões disciplinares verificou-se que há irregularidades - e não são poucas - cuja comprovação de autoria e materialidade é extremamente difícil (e pelos mais variados motivos, como se verá a seguir).

Tal dificuldade acentua-se ainda mais em razão da ideia de verdade e de prova frequentemente compartilhada pelos diversos agentes que atuam no decorrer do processo disciplinar, destacando-se, além dos membros das comissões disciplinares, aqueles que assessoram a autoridade julgadora, elaborando o parecer jurídico que servirá de suporte à decisão final.

A fim de se debater o tema ora proposto, será necessário, preliminarmente, trazer à baila os principais conceitos que servirão de suporte para a análise da aplicação da prova indiciária no processo disciplinar que se seguirá.

Nesse sentido, partir-se-á de conceitos introdutórios, analisando a definição de prova indiciária e os principais princípios vetores do processo

penal, concluindo-se essa primeira parte com o estudo da aferição da força probatória dos indícios.

Feito esse estudo, será analisada a jurisprudência e os casos práticos onde as provas indiciárias – acredita-se – adquirem maior importância, tanto na esfera penal, quanto na esfera administrativo-disciplinar.

Esclarecidos esses assuntos, é necessário que se verifique a compatibilidade da prova indiciária com o processo administrativo disciplinar, o que será feito através de conceituação e da análise dos princípios fundamentais que norteiam esse ramo do Direito Processual.

1. PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO PENAL

1.1. Conceito de prova indiciária

A prova indiciária pode ser definida como o resultado da operação mental que estabelece uma relação entre dois fatos. Através de um raciocínio chamado indutivo consegue-se estabelecer uma relação geral entre ambos.

Na verificação de existência dessa relação utiliza-se da lógica ou da análise empírica e o resultado é, normalmente, de probabilidade: quando um desses fatos ocorre, o outro, muitas vezes, também se verifica.

Portanto, em regra, a relação entre os fatos é de probabilidade, apesar de que também é possível que a relação entre ambos seja de necessariedade: quando ocorre um, com toda a certeza ocorrerá o outro.

Feita essa análise – chamada indutiva, em razão do raciocínio empregado – utiliza-se o chamado raciocínio dedutivo para verificar se, em um dado caso em concreto, os fatos em análise enquadram-se nas regras gerais obtidas pela análise indutiva.

Essa operação mental (primeiramente verificando-se a regra geral de relação entre dois fatos e depois tentando enquadrar um determinado caso em concreto nessa análise) é de grande importância para o Direito como um todo.

Isso porque, em muitos casos (nas mais variadas searas do Direito Processual), o que se tem como provado é um fato que não se constitui no objeto principal do caso. E, através desse raciocínio acima descrito (indutivo-dedutivo), tenta-se relacioná-lo com o objeto central do debate processual, que é fundamental para que se possa, então, passar para a segunda parte da análise, quanto ao Direito aplicável aquele caso em concreto.

A explicação acima está de acordo com o entendimento doutrinário mais respeitado. Embora o Código de Processo Penal traga uma definição desse meio de prova¹, dá-se preferência aos ensinamentos de Assis Moura, por ser mais preciso:

Indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de outro fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.²

Na didática de Santos Cabral:

É clássica a distinção entre prova directa e prova indiciária. Aquela refere-se aos factos probandos, ao tema da prova, enquanto a prova indirecta, ou indiciária, se refere a factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ilação quanto ao tema da prova (v.g., uma coisa é ver homicídio e outra encontrar o suspeito com a arma do crime).

Na prova indiciária, mais do que em qualquer outra, intervêm a inteligência e a lógica do juiz. A prova indiciária pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica (v.g., a prova directa – impressão digital – colocada no objecto furtado permite presumir que o seu autor está relacionado com o furto; da mesma forma, o sêmen do suspeito na vítima de violação).³

Dito em outros termos – com o fim de facilitar o entendimento, essencial para a compreensão do que se analisará na seqüência – pode-se dizer que o

¹ CPP, artigo 239: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

² ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. **A Prova por indícios no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38.

³ SANTOS CABRAL, José Antônio Henriques. **Prova indiciária e as novas formas de criminalidade**. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/provaindiciarianovasformascriminalidade.pdf>. Último acesso: 25/04/2014.

indício é o ponto de partida da prova indiciária. É o fato conhecido, mas que não constitui o objeto central sob apuração no processo.

O fato probando é o objeto do processo. Constitui aquilo que se deseja provar.

A ligação entre ambos (indício e fato probando) é feita através do raciocínio de caráter indutivo-dedutivo, mencionado acima.

Primeiramente, pela indução, observa-se o que ocorre em casos semelhantes, tentando extrair dessa análise algumas considerações de aplicabilidade geral sobre a relação de causa e efeito entre dois fatos.

Posteriormente, pela dedução, tenta-se verificar em qual dos casos gerais se enquadra a situação em concreto.

A análise indutiva tem por fim verificar a existência de três tipos de relação entre os fatos:

- a) Uma relação de necessariedade - quando ocorre um, ocorre o outro também, sempre;
- b) Uma relação de probabilidade - quando ocorre um muitas vezes ocorre o outro; ou
- c) Conclui-se pela inexistência de qualquer relação entre ambos - a ocorrência dos dois fatos, juntos, é decorrência do mero acaso (pura coincidência), sem relação lógica entre eles.

Conhecida essa relação, aplica-se, no caso concreto, o raciocínio dedutivo para se enquadrar a situação sob análise em uma das três relações acima descritas.

Portanto, em suma, na prova indiciária parte-se do fato conhecido (indício) para se chegar - por intermédio da análise indutiva-dedutiva - ao desconhecido (fato probando).

1.2. Prova indiciária e a busca pela verdade (real)

Da didática acima, percebe-se que a prova indiciária é, por essência, uma prova de probabilidade. Do raciocínio indutivo-dedutivo raramente se verifica uma relação de necessariedade entre o indício e o fato a ser provado.

A incapacidade de se obter a verdade dos fatos através da prova indiciária motivou o descrédito por parte da doutrina e também da jurisprudência nesse meio de prova.

Tal desprestígio esteve ligado à antiga compreensão que se tinha quanto à possibilidade de se obter a verdade real através das provas. A ciência processual clássica, vinculada ao paradigma do objeto⁴, entendia ser perfeitamente possível ao ser humano obter a verdade histórica, exatamente como ocorrera.

Como se sabe, o processo tem por fim último a aplicação da norma jurídica a determinado caso concreto. Para tanto, constitui verdadeiro pré-requisito a compreensão dos fatos ocorridos. Somente após essa compreensão é que se pode dizer qual a norma aplicável. Nesse sentido, o entendimento de Arenhart e Marinoni:

Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata.⁵

⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 253.

⁵ ARENHART; MARINONI, op. cit., p. 252.

Partindo-se desse pressuposto, analisam os autores que, segundo o paradigma do objeto, seria verdadeiro requisito para a aferição da correção e da justiça de uma decisão a obtenção da verdade material:

Assim, nota-se que a idéia (ou o ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.⁶

Nessa concepção, seria perfeitamente possível se obter a verdade histórica, também chamada de verdade material ou real. A certeza do julgador quanto aos fatos coincidiria com a própria verdade histórica. Dito em outros termos, certeza e verdade histórica seriam conceitos coincidentes.

Contudo, o entendimento mais recente no campo da filosofia do conhecimento – com desdobramentos na ciência processual - é de que jamais se poderia afirmar, com segurança absoluta, que o produto decorrente das provas colhidas – sejam elas quais forem – coincidiria com a própria verdade material.

Há diversas situações no processo que refletem essa nova perspectiva. Como exemplo, Arenhart e Marinoni mencionam as provas testemunhais:

Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade.⁷

⁶ ARENHART; MARINONI, op. cit., p. 254.

⁷ ARENHART; MARINONI, op. cit., p. 256.

Outros fatores também trazem dificuldades à obtenção da verdade no processo, como, por exemplo, a limitação decorrente da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.

Diante dessas e de outras dificuldades concluem os autores que “parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito (e, em especial, o processo) tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser”.⁸

Essa mudança de paradigma, no entanto, não tem o condão de mudar a finalidade do processo como sendo a busca pela verdade material, principalmente no direito processual penal.

O que deve ser entendido é que tal princípio – o da verdade real – não pode ser entendido como busca da verdade histórica, simplesmente porque está além da capacidade humana.

Deve-se entender esse princípio como a capacidade de a autoridade julgadora não quedar inerte em matéria de prova, aguardando as partes trazer ao processo todas as provas que entenderem importante e, com base somente nelas, decidir o imbróglio.

No direito processual penal, em razão de tal princípio, autoriza-se o julgador a não ficar refém das provas que lhe são trazidas pelas partes. Pode – e deve – diligenciar na busca de outras provas que entenda essenciais para o deslinde da questão e o entendimento dos fatos ocorridos.

É essa postura proativa da autoridade julgadora que caracteriza a essência do princípio da verdade real. E tal princípio – como será visto a seguir – não conflita com a prova indiciária, principalmente nos casos em que outras provas não são possíveis de serem obtidas (as tão almejadas, por muitos: as provas diretas).

⁸ ARENHART; MARINONI, op. cit., p. 257.

Assim, a verdade real – que não se confunde com o princípio da verdade real - inalcançável, dá lugar à verdade processual, decorrente do debate processual, em que os sujeitos processuais trazem aos autos as provas e argumentações que aprimoram o conhecimento dos fatos e propiciam ao julgador uma melhor compreensão e aumentam as probabilidades de se chegar à verdade real (utópica, ressalte-se). O julgador, por sua vez, deve sempre adotar postura proativa, verificando a necessidade de se trazer aos autos novos elementos, capaz de melhor compreender os fatos ocorridos⁹.

Em suma, a verdade real está além da capacidade humana de conhecimento.

Não obstante, o princípio da verdade material permanece como norte, ainda que se saiba inatingível. E, ao mesmo tempo, tem-se que o juiz deve ter postura proativa e trazer aos autos todas as provas que entenda necessárias para o esclarecimento dos fatos, não podendo se contentar com o que as partes juntam aos autos, para então decidir.

Nesse sentido, afirma Eduardo Neri:

(...) mesmo não se admitindo a obtenção da pura *verdade real*, ou *material*, também não se pode concluir que o processo penal guia-se pela mera *verdade formal*, entendida como mera avaliação das argumentações fornecidas pelas partes. O resultado obtido pelo processo de cognição do *fato probando*, pois, é constituído pelas duas verdades, visto que mantidas durante todo o processo probatório “a preocupação com a conformidade do conteúdo do conhecimento com seu objeto real” e o zelo pela coerência da argumentação apresentada em si mesma.¹⁰

⁹ É importante notar, porém, que tal atitude ativa do juiz não autoriza as práticas probatórias sem previsão legal, como observa Eugênio Pacelli: “Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 291).

¹⁰ NERI, Eduardo Siqueira. **A Constitucionalidade da Condenação Penal por Prova Indiciária**. Monografia – Direito, UFRGS, 2009. p. 12.

Segundo Romeu Bacellar¹¹, foi baluarte dessa revolução no âmbito do Direito Processual o jurista italiano Francesco Carnelutti, que reconheceu a limitação do ser humano em conseguir captar a essência das coisas, concluindo-se com base em seus ensinamentos que a verdade, no âmbito processual, é diferente da tão almejada verdade real, sendo o resultado do debate processual:

A verdade do processo será sempre uma 'verdade processual': escolhida como a adequada por um órgão julgador que formou seu convencimento com base nos fatos debatidos por todos os sujeitos processuais, inclusive ele. A 'verdade processual', para continuar sendo verdade, somente poderia ser entendida como não contradição ou síntese. Mais adequado à lógica do processo, a noção de certeza.

Nesse mesmo sentido é o ensinamento de Eugênio Pacelli:

(...) toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.

De fato, embora se utilizando de critérios diferentes para a comprovação dos fatos alegados em juízo, a verdade (que interessa a qualquer processo, seja cível, seja penal) revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes, do juiz, quanto à determinação de sua certeza.¹²

Percebe-se, assim, que essa nova visão de verdade, bem como do que seja prova, conduz a uma valorização do debate e, por consequência, do contraditório e da ampla defesa:

A finalidade precípua da prova é a certeza, tendo por pano de fundo a escolha. A axiologia processual pauta-se no terreno do

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 285.

¹² PACELLI DE OLIVEIRA, op. cit., p. 289.

admissível-inadmissível, eficaz-ineficaz. Bem por isso, a validade da escolha do julgador depende do debate processual norteado pelo contraditório e da ampla defesa (este o sentido dos vícios de validade processual como a falta de motivação, a incoerência entre relatório e fundamentação, entre outros) e não porque verdadeira, material ou formalmente.¹³

Nessa nova perspectiva, qualquer meio de prova – seja ele direto ou indireto, como a prova indiciária – caracteriza-se por ser probabilístico. Afirma Cândido Rangel Dinamarco:

A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a “segurança jurídica”, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou “segurança”, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas.¹⁴

A jurisprudência pátria tem compartilhado essa concepção de prova e verdade. No julgamento do “Mensalão” o Ministro Luiz Fux assim expôs seu entendimento acerca do tema:

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo.¹⁵

Por essa razão, quaisquer meios de prova são probabilísticos, não havendo distinção em sua essência que justifique qualquer desprestígio das

¹³ BACELLAR FILHO, op. cit., p. 286.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 318.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>. Acesso: 25/04/2014.

provas indiciárias. A obtenção da certeza racional – que é a finalidade do processo – pode advir de provas diretas ou indiretas.

1.3. Prova indiciária e o princípio da presunção de inocência

Decorre do princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal¹⁶, que, para a condenação criminal o Estado deve comprovar a culpabilidade do agente, presumindo-se sua inocência caso não haja sucesso nessa comprovação.

Segundo Eduardo Neri:

*A presunção da inocência como regra de juízo, por sua vez, manifesta a idéia de que, existindo dúvida razoável acerca da materialidade ou autoria do fato delituoso, a absolvição é medida que deve ser adotada. Nesse aspecto, portanto, a presunção de inocência se vale de uma conjugação com o princípio da prevalência do interesse do réu, também conhecido como *in dubio pro reo*, para que, em caso de dúvida, reste o mesmo absolvido. Segundo Ricardo Alves Bento, o 'princípio da presunção da inocência liga-se umbilicalmente ao 'in dubio pro reo', pelo que não deve ser declarado culpado face à indisponibilidade de provas suficientes' Dessa maneira a presunção de inocência atua como regra de juízo na medida em que 'atua também como expediente de decisão para aqueles casos em que o juiz não alcançou um convencimento suficiente para ditar um solução, condenatória ou absolutória, isto é, quando se encontra em um estado de dúvida irresolvível'.¹⁷*

Portanto, a condenação criminal somente é possível caso as provas produzidas sejam capazes de demonstrar a culpabilidade do agente.

¹⁶ CF/88, art. 5º, inc. LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988.

¹⁷ NERI, op. cit., p. 38.

Entretanto, como já visto acima, qualquer meio de prova é, na verdade, uma prova de probabilidade. Indaga-se, portanto, qual o grau de probabilidade que se entende suficiente para superar a dúvida existente quanto à culpabilidade do agente, decorrente do princípio da presunção de inocência.

Tal questionamento não possui parâmetros precisos de aferição, fato que ganha ainda mais destaque no que se refere ao uso da prova indiciária para a condenação criminal.

Entende-se que o grau de convencimento necessário para se decidir pela condenação no processo penal é aquele que suplante a dúvida, ainda que não se atinja a certeza absoluta, pois esta somente seria possível no caso de coincidir com a verdade real, o que já se sabe ser impossível.

Fala-se em “certeza racional”, que é aquela capaz de demonstrar os fundamentos pelos quais se supera a “dúvida razoável” quanto à autoria e materialidade de um crime. Tudo se resume ao grau de probabilidade de um fato ter, ou não ocorrido.

Os conceitos de “certeza racional” e de “dúvida razoável” posicionam-se no centro do debate processual penal. O domínio de seus respectivos conteúdos, no entanto, não se mostra tarefa fácil.

Apesar de tais conceitos transmitirem certa idéia quanto a sua definição, trata-se, essencialmente, de conceitos jurídicos indeterminados.

Picinali, em estudo bastante interessante sobre o tema¹⁸, informa que, a depender da idéia que se tenha desses conceitos, os resultados quanto à condenação de um réu podem ser bastante diversos.

¹⁸ PICINALI, Federico. IS “PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT” A SELF-EVIDENT CONCEPT?. Publicado na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/RS, Volume 2, Número 1, p. 64-82, janeiro-junho 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fale/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7473/5380>. Acesso: 25/04/2014.

O autor menciona estudo de caso com tribunais de júri fictícios onde o resultado final foi significativamente diverso, a depender de se ter dado aos jurados, ou não, previamente, um conceito do que seja “dúvida razoável”.

Também cita outros estudos que demonstram a disparidade de decisões influenciadas pela falta de definição desses conceitos, bem como filmes cuja trama envolve justamente a idéia da dúvida razoável na condenação criminal.

Apesar de a questão ainda não ser pacífica na doutrina, alguns parâmetros na busca pela definição de tais conceitos podem ser afirmados.

Em primeiro lugar, deve-se deixar registrado que se trata de conceitos baseados na razão e no bom senso, bastante diversos da idéia de simpatia ou preconceito quanto a pessoas e situações onde elas estão inseridas nos casos sob análise no processo penal.

Ademais – ainda que possa parecer um tanto óbvio - a dúvida razoável demonstra que o ônus da prova quanto à condenação recai sobre quem acusa, sendo a aplicação no processo da presunção de inocência.

Essa dúvida razoável é aquela dúvida significativa. Afinal, com base na concepção que se expôs acima, a certeza absoluta seria inalcançável ao ser humano, de maneira que sempre haveria dúvida quanto ao cometimento de um ilícito penal.

Entretanto, ainda que sempre existente a dúvida, deve ser maior a probabilidade de que o réu tenha, de fato, cometido o ilícito penal. Deve haver, portanto, um distanciamento bastante significativo entre as probabilidades de o réu ser inocente e de ser culpado. Caso as chances sejam semelhantes, pela condenação ou absolvição, deve prevalecer a presunção de inocência.

Tal grau de convencimento é plenamente possível de ser atingido através das provas indiciárias.

Contudo, em razão da complexidade do raciocínio da prova indiciária, que liga o indício ao fato probando, verifica-se que é necessário se estabelecer um método de aferição da força probatória dos indícios. Caso contrário, tal meio de prova pode ser utilizado de maneira indevida pelo julgador e demais sujeitos processuais, dolosa ou culposamente.

É possível que determinados sujeitos processuais, ainda ligados à visão antiga de verdade e prova no processo, tendam a não dar o devido valor a tal meio de prova.

Ao se estabelecer um método de aferição da força probatória dos indícios, pretende-se evitar ambos os casos: o daqueles julgadores que podem, indevidamente, basear seu convencimento condenatório em provas indiciárias incapazes de suplantar a dúvida razoável, bem como o daqueles sujeitos processuais que menosprezam esse meio de prova como capaz de firmar o convencimento do julgador para uma condenação.

1.4. Métodos de avaliação da prova indiciária

Portanto, em razão do processo pelo qual se dá o convencimento do julgador através de provas indiciárias ser mais complexo, várias teorias foram desenvolvidas, visando delimitar o caminho a ser percorrido na análise e valoração dos indícios, permitindo um controle sobre o raciocínio do julgador na análise das provas indiciárias.

A doutrina comumente menciona três modelos de avaliação da prova indiciária: a tradicional, a mediana e a da múltipla conformidade¹⁹.

¹⁹ NERI, op. cit., p. 59.

Dentre elas, destaca-se a “teoria mediana” ou “eclética”, compatível com os princípios da verdade material e da presunção de inocência do processo penal.

No entanto, Praetzel²⁰ adverte que tal teoria, emprestada do direito italiano, rejeita a possibilidade de que apenas um indício fundamente uma condenação penal, mas que não se verifica impedimento a que, adaptada a realidade brasileira, seja assim admitida.

Segundo a teoria eclética de análise da prova indiciária, o julgador deve verificar, para cada indício, isoladamente, sua precisão e gravidade. E, num segundo momento, aferir a concordância e convergência de todos os indícios, feita de maneira conjunta.

1.4.1. Precisão

A precisão é a certeza do ponto de partida, cuja importância é destacada por Assis Moura:

O elemento fundamental da prova indiciária está na certeza do fato ou circunstância indiciante. É necessário que o fato concreto seja conhecido com segurança. O juiz não pode apoiar-se em dado meramente provável, nem hipotético: a base da argumentação, que é o fato conhecido, deve ser certa.²¹

Assim, ainda que se admita a possibilidade de que o indício seja resultado de um raciocínio indutivo-dedutivo (necessário ou mesmo probabilístico), típico das provas indiciárias, deve-se dar preferência, como

²⁰ PRAETZEL PORTO, Alexandre Peinado. **A Compatibilidade da prova Indiciária com as Garantias Constitucionais**. Monografia - Direito, UFRGS, 2012. p. 66.

²¹ ASSIS MOURA, op. cit., p. 85.

ponto de partida, a um indício conhecido através de provas diretas, que provavelmente não sejam falsas, de maneira a abalar sua credibilidade.

Admitir a utilização de uma prova indiciária como ponto de partida é permitir um distanciamento demasiado da realidade histórica que se deseja compreender.

Eduardo Neri²² cita a argumentação de Danilo Knijnik, alicerçada na redação do artigo 239 do Código de Processo Penal, que conceitua indício como “circunstância conhecida e provada”, o que demonstraria a não aceitação por parte de nosso ordenamento processual da utilização, como ponto de partida da prova indiciária, fato provado através de outro indício, caracterizando-se o chamado “indício de segundo grau”.

1.4.2. Gravidade

A gravidade do indício é um requisito aferido pelo grau de conexão entre o indício e aquilo que se pretende provar. Essa relação de causalidade entre o indício e o fato probando é a própria essência da prova indiciária.

Tal relação é verificada através, primeiro, do raciocínio indutivo, analisando-se as máximas da experiência. E, depois, pela dedução, verifica-se em qual das situações analisadas enquadra-se o caso em concreto.

1.4.3. Concordância e convergência

²² NERI, op. cit., p. 51/52.

A análise da concordância e da convergência, ao contrário da precisão e da gravidade, é feita conjuntamente, com todos os indícios.

A concordância é a verificação quanto ao ponto de partida - os indícios -, que devem ser coerentes entre si, enquanto que pela convergência analisa-se para onde apontam as inferências indiciárias.

E nessa análise da concordância e da convergência que se busca eliminar as hipóteses de azar que pairam sobre a prova indiciária, descartando-se a possibilidade de que o nexos causal entre o indício e o fato probando, na realidade não exista, sendo mera obra do acaso.

Trata-se, portanto, de se descartar a possibilidade de que seja casual a conexão entre o fato investigado e o indiciário. Ou seja, de que a presença do indício e do fato probando, juntos, não seja obra do acaso, justamente o que se entende por azar, mera coincidência.

2. A PROVA INDICIÁRIA NA JURISPRUDÊNCIA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. A prova indiciária no processo penal

A análise de diversos julgados demonstra que a jurisprudência pátria tem admitido, com freqüência, o uso da prova indiciária como fundamento suficiente a embasar uma condenação criminal.

Verifica-se que normalmente se utilizam os mesmos argumentos para concluir pela admissibilidade da prova indiciária como único fundamento para a condenação penal.

Corriqueiramente se afirma que a sistemática penal adota como um de seus princípios básicos o livre convencimento do magistrado, não existindo hierarquia pré-determinada das provas, como se pode perceber da ementa abaixo transcrita:

LATROCÍNIO - PROVA INDICIÁRIA - CONDENAÇÃO - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. A prova indiciária uniforme que indique o réu como responsável pelo fato delituoso autoriza o decreto condenatório, porquanto não mais vigora na lei processual penal a hierarquia de provas, devendo o julgador decidir de acordo com seu livre convencimento, sob pena de se estabelecer a impunidade como regra geral.²³

Sobre essa característica, freqüentemente é citado o seguinte trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

²³ BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TJMG). Apelação Criminal nº 0253064-5, da 2ª Câmara Criminal, Relator Erony da Silva, julgado em 03/04/1998. RJTAMG, 70/420.

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas; na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material (...).

Quanto à força probatória dos indícios, aptos a ensejar uma condenação criminal, a jurisprudência normalmente entende que ela reside no somatório de indícios apontando num mesmo sentido, como se pode observar dos seguintes trechos extraídos de acórdãos:

Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado.²⁴

Os indícios, por se constituírem em meios de prova como outros quaisquer, quando robustos e concatenados, são suficientes para respaldar a condenação, ainda mais quando, no caso dos autos, há harmonia entre eles e as declarações das vítimas.²⁵

A jurisprudência do STF também se mostra favorável à utilização da prova indiciária como fundamento para a condenação criminal:

Condenação - Base. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.²⁶

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte - Comarca de Natal. Ação Penal, Processo nº 003.09.000213-2, 1ª Vara Criminal. DJRN de 04/02/2010.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte - Comarca de Natal. Apelação Criminal nº 2006.002376-9. Julgado em: 01/09/2006.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96062. Primeira Turma. Julgado em 06/10/2009. Publicado no Diário de Justiça de 13/11/2009.

Ementa: *Habeas Corpus*. Processo Penal. Presunção Hominis. Possibilidade. Indícios. Aptidão para lastrear decreto condenatório. Sistema do livre convencimento motivado. Reapreciação de Provas. Descabimento na via eleita. Elevada quantidade de droga apreendida. Circunstância apta a afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante a dedicação do agente a atividades criminosas. Ordem Denegada.

(...)

O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.²⁷

Nesse último julgado, o relator, ministro Luiz Fux, destaca a dificuldade já mencionada anteriormente neste trabalho em se obter a prova direta em alguns tipos penais, o que legitima a fundamentação do decreto condenatório em provas indiciárias:

A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.²⁸

Em outro trecho de seu voto, destaca-se:

Ora, os criminosos não circulam com uma “carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas”. É sabido que a criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.118, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Julgado em 20/03/2012. Publicada no Diário de Justiça de 16/04/2012.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.118, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Julgado em 20/03/2012. Publicada no Diário de Justiça de 16/04/2012.

Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva.²⁹

Nesse mesmo sentido o ministro Luiz Fux manifestou-se no julgamento do chamado “mensalão”.

Na parte inicial de seu voto, referente ao item III da denúncia relacionada ao “mensalão” - “Origens dos Recursos Empregados no Esquema Criminoso” -, o Ministro Luiz Fux, afirma que decidiu por traçar as premissas teóricas sobre diversos temas que constituíram o cerne das defesas de vários réus, dentre os quais consta a alegação de carência probatória, incapaz de fundamentar uma condenação criminal³⁰.

Em tal análise das chamadas “premissas teóricas”, o Ministro Luiz Fux discorre acerca das características dos chamados “crimes do colarinho branco”, que seriam aqueles praticados por indivíduos ocupantes de posições de poder, conceituado nos Estados Unidos como “crime não violento dirigido ao ganho financeiro, cometido mediante fraude”³¹.

Enquadrar-se-iam nesse conceito os crimes tributários, as fraudes bancárias, os crimes de corrupção e a lavagem de dinheiro. Na ótica do Ministro, tais crimes seriam altamente perturbadores da paz social, merecendo reprimenda condizente com tal gravidade.

Segue seu raciocínio afirmando que se deve cuidar para não tratar tais crimes de maneira menos severa do que realmente são, em razão de não serem cometidos com o uso da violência física, devendo-se ter sempre em mente que tais crimes geram graves conseqüências para a sociedade,

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.118, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Julgado em 20/03/2012. Publicada no Diário de Justiça de 16/04/2012.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>. Acesso: 25/04/2014.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>. Acesso: 25/04/2014.

trazendo pobreza para muitos, em detrimento da riqueza injusta de alguns poucos.

O Ministro então chama a atenção para a dificuldade de repressão a tais crimes, em razão de sua complexidade:

A ilicitude não se constata diretamente, sendo necessário, não raras vezes, lançar mão de perícias complexas e interpretar normas de compreensão extremamente difícil. As manobras criminosas são realizadas utilizando complexas estruturas societárias, que tornam muito difícil a individualização correta dos diversos autores e partícipes.

Tradicionalmente – como visto acima -, a função da prova seria transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. É o que se chama de “função demonstrativa” das provas.

Nessa concepção, a condenação somente poderia decorrer caso as provas tivesse êxito nessa função, de maneira a dar “certeza absoluta” ao juiz quanto aos fatos ocorridos.

Nesse cenário, a prova indiciária era desprestigiada, pois, acreditava-se, não cumpria essa função de transporte, como ocorreria (supostamente) com as chamadas “provas diretas”.

Porém – como também foi dito -, mais recentemente, chegou-se a conclusão de que a verdade chamada de “absoluta” seria inatingível pela compreensão humana. Passou-se a entender que aquilo que se entenderia como a tal verdade “absoluta”, em razão dessa limitação do conhecimento humano, nada mais seria que uma verdade “argumentativa” ou “persuasiva”, ganhando destaque nesse cenário o papel do contraditório, “compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo” que possuem os litigantes.

E – destaque-se – o posicionamento do Ministro demonstra essa nova concepção:

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo.³²

Ainda que não se verifique qualquer novidade doutrinária nas afirmações do Ministro quanto à função da prova no processo (criminal), sua importância reside na maneira com que foi abordada a temática, trazendo para o âmbito decisório da Suprema Corte a síntese do pensamento doutrinário atualmente vigente, fugindo aos padrões dos julgados precedentes, ainda que não sejam conflitantes com as decisões exaradas no voto.

Nesse contexto – conclui o Ministro -, “resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, (...) apontarem para uma conclusão segura e correta”³³.

Em sua ótica, essa função persuasiva da prova estaria de acordo com o sistema do livre convencimento motivado, também chamado de sistema da persuasão racional, previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal, bem como no artigo 93, inciso IX da Constituição.

O Ministro cita diversos acórdãos do STF que já admitem, há tempos, o uso da prova indiciária como fundamento para a condenação penal:

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que “indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contra indícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente” (AP 481,

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>. Acesso: 25/04/2014. p. 17.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>. Acesso: 25/04/2014., p. 17/18.

Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011).³⁴

No mesmo sentido, outro julgado cujo relator foi o próprio Ministro Luiz Fux, onde se destacou a relação entre o princípio do “in dúbio pro reo” e a admissibilidade da prova indiciária como fundamento para a condenação penal:

O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).³⁵

Interessante também é a menção à jurisprudência portuguesa, pela admissão desse meio de prova:

(...)

A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar,

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>. Acesso: 25/04/2014., p. 22.

³⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012.

existindo entre ambos um nexó preciso, directo, segundo as regras da experiência.³⁶

Ressalte-se a afirmação quanto à possibilidade de ser elidida a presunção de inocência através de provas indiciárias:

Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminoso. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, no conjunto probatório, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

Por fim, merece destaque a contextualização da prova indiciária num processo visto como “campo de debate” entre os sujeitos processuais envolvidos e as provas como elementos de persuasão:

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função persuasiva, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer “dúvida razoável” que as alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador.³⁷

Para o Ministro, essa visão de processo (âmbito onde se dá o debate) e de prova (função persuasiva) aplicada aos casos em que há dificuldades para se obter a prova direta demonstra a importância das provas indiciárias nos delitos econômicos:

Isso é especialmente importante em contextos associativos, no qual os crimes ou infrações administrativas são praticados por muitos indivíduos consorciados, nos quais é incomum que se

³⁶ Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007 APUD Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux. Página 25.

³⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 30/31.

assinem documentos que contenham os propósitos da associação, e nem sempre se logra filmar ou gravar os acusados no ato de cometimento do crime. Fato notório, e notoria non egent probatione, todo contexto de associação pressupõe ajustes e acordos que são realizados a portas fechadas.

Nesse sentido, por exemplo, a doutrina norte-americana estabeleceu a tese do “paralelismo consciente” para a prática de cartel. Isso porque normalmente não se assina um “contrato de cartel”, basta que se provem circunstâncias indiciárias, como a presença simultânea dos acusados em um local e a subida simultânea de preços, v.g., para que se chegue à conclusão de que a conduta era ilícita, até porque, num ambiente econômico hígido, a subida de preços, do ponto de vista de apenas um agente econômico seria uma conduta irracional economicamente. Portanto, a conclusão pela ilicitude e pela condenação decorre de um conjunto de indícios que apontem que a subida de preços foi fruto de uma conduta concertada. No mesmo diapasão é a prova dos crimes e infrações no mercado de capitais. São as circunstâncias concretas, mesmo indiciárias, que permitirão a conclusão pela condenação. Na investigação de insider trading (uso de informação privilegiada e secreta antes da divulgação ao mercado de fato relevante): a baixa liquidez das ações; a frequência com que são negociadas; ser o acusado um neófito em operações de bolsa; as ligações de parentesco e amizade existentes entre os acusados e aqueles que tinham contato com a informação privilegiada; todas estas e outras são indícios que, em conjunto, permitem conclusão segura a respeito da ilicitude da operação.³⁸

2.2. A prova indiciária no âmbito da Administração Pública

No Direito Administrativo a dificuldade é semelhante. As fraudes em certames licitatórios é exemplo emblemático, retratado pelo Ministro do Tribunal de Contas da União Ubiratan Aguiar, para quem “*a prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtida, uma vez*”

³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 31/32.

que quando acertos desse tipo ocorrem, não se faz por óbvio, qualquer tipo de registro escrito.”³⁹

E, mais à frente, conclui:

*“Dessa forma, percebe-se que é difícil e custosa a prova de conluio deste tipo já que, por sua própria natureza, o vício é oculto. Situação semelhante ocorre nos atos simulatórios onde as partes sempre procuram se cercar de um manto para encobrir a verdade.”*⁴⁰

Também se verifica a mesma dificuldade nos casos em que a estruturação interna de competências dentro de determinado órgão público atribui a apenas um servidor o controle e fiscalização de determinado serviço prestado por uma empresa e o conseqüente pagamento, de maneira que, caso esse servidor seja aliciado pela empresa a falsificar o controle – atestando a execução de serviços que não foram realizados ou em que se empregou material de qualidade inferior à pactuada -, torna-se praticamente impossível se descobrir, por provas diretas, a ocorrência da infração.

Também se enquadram nesse tipo de situação os casos em que a irregularidade praticada é normalmente comprovada através de testemunhos, mas as possíveis testemunhas (particulares) não se prontificam a colaborar com a apuração, normalmente por não quererem prejudicar um servidor público que lhes auxiliou (irregularmente) em determinada situação ou temem ter algum prejuízo particular com o depoimento.

Como foi visto, a doutrina e jurisprudência penal têm admitido o uso das chamadas “provas indiciárias” em casos semelhantes. Já no âmbito do Direito Administrativo, ainda que admitida – com foi visto acima, da manifestação do ministro da Corte de Contas -, sua utilização ainda é bastante tímida, sendo

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 57/2003, de 05/02/2003 (Plenário). Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso: 25/04/2014.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 57/2003, de 05/02/2003 (Plenário). Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso: 25/04/2014.

questionada por muitos (tanto por membros de comissões disciplinares e advogados públicos, bem como por parcela da doutrina⁴¹).

A própria doutrina, nesse âmbito do Direito, demonstra bastante cautela quanto a sua utilização, sem, porém, aprofundar-se:

A prova indiciária, desde que bem trabalhada, poderá colaborar bastante na elucidação dos fatos. Mas, tratando-se de prova que requer acusada operação de inteligência, aconselha-se muito cuidado e prudência na sua adoção, uma vez que, por qualquer lapso, se poderá chegar a conclusões totalmente inexatas.⁴²

Antônio Alencar Carvalho foge à regra na doutrina processualística disciplinar. Traz o autor, além de conceitos sobre o que seja prova indiciária, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o uso desse meio de prova, destacando-se os ensinamentos de Sebastião José Lessa de que “Uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação”⁴³. No entanto, apesar do esforço, carece de aprofundamento quanto à maneira pela qual se deve aferir esse meio de prova.

Desse modo, a utilização da prova indiciária merece análise mais detida, que será desenvolvida a seguir, tendo como ponto de partida os estudos já desenvolvidos na seara penal.

⁴¹ Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Matos afirma: “Juridicamente, é injustificável imputar-se a prática de uma infração disciplinar contra determinado servidor público com base em provas indiretas” (p. 989) e, logo adiante, reforça: “Dessa forma, ao imputar-se a prática de uma infração disciplinar a um servidor público, exige-se, para preservar a garantia da manutenção do direito constitucional da inviolabilidade da intimidade e da segurança jurídica, que haja uma demonstração inequívoca, através de uma prova direta, que é a antítese da presunção, suspeita, ficção e dos indícios, de que houve a prática da referida infração, reprovável pelas normas disciplinares” MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 – Interpretada e Comentada**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 989/990.

⁴² DA COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 348.

⁴³ LESSA, Sebastião José. Temas práticos de direito administrativo disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 154 APUD ALENCAR CARVALHO, Antônio Carlos. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública**. Brasília, Editora Fortium, 2008, p. 549.

Para o que se seguirá, deve-se ter em mente que a utilização da prova indiciária no Direito Administrativo Disciplinar, com todo o desenvolvimento que adquiriu na seara penal não pode ser feita sem antes se verificar as nuances desse ramo do Direito Processual, como bem adverte BACELLAR:

Em igual equívoco, poderia incorrer quem sustentasse o mero deslocamento de institutos do direito processual civil ou penal para o direito administrativo, sem qualquer compromisso com a dinâmica do exercício da função administrativa.⁴⁴

Tal dinâmica, a que se refere o autor, encontra-se melhor caracterizada nos princípios que regem o Direito Administrativo Disciplinar.

⁴⁴ BACELLAR, op. cit., p. 58.

3. A PROVA INDICIÁRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.1. Conceitos e delimitação do objeto de estudo

O conceito de processo administrativo disciplinar pressupõe o conhecimento de alguns institutos do Direito Administrativo⁴⁵.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente a lição de José dos Santos Carvalho Filho de que “o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado”⁴⁶.

A doutrina e diversas leis⁴⁷ se utilizam do termo “agentes públicos” para se referir aos mais variados tipos de pessoas por intermédio das quais o Estado expressa sua vontade.

Para o presente estudo, destaca-se uma parcela desses agentes, denominados “servidores públicos estatutários”, comumente conhecidos como “funcionários públicos”.

Trata-se de categoria específica de trabalhador, cuja característica essencial reside na espécie de relação jurídica de trabalho estabelecida com o Estado, seu empregador.

⁴⁵ Tais institutos, por não serem o objeto principal deste trabalho, serão detalhados por meio de notas de rodapé, a fim de se dar maior fluidez ao raciocínio principal do trabalho e, ao mesmo tempo, permitir ao leitor que recorra às notas a medida que se julgar necessário para se melhor compreender os institutos que são pressupostos para a análise principal.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 559.

⁴⁷ Em especial, destaque-se a Lei nº 8.429/92, denominada de “Lei da Improbidade Administrativa” que prevê em seu artigo 2º um conceito bastante abrangente de “agente público”. Também merece destaque o conceito de servidor público previsto no artigo 327 do Código Penal. Apesar de se referir a “servidor público”, percebe-se que o conceito utilizado pelo referido código é bastante amplo, mais se assemelhando à definição de “agente público”.

Os estatutários – como a própria denominação já sugere – têm uma relação de trabalho com o Estado disciplinada por diplomas legais específicos, denominados “estatutos”.

Observa José dos Santos Carvalho Filho⁴⁸:

Cada pessoa da federação, desde que adote o regime estatutário para os seus servidores, precisa ter a sua lei estatutária para que possa identificar a disciplina da relação jurídica funcional entre as partes. Há, pois, estatutos funcionais federal, estaduais, distrital e municipais, cada um deles autônomo em relação aos demais, porquanto a autonomia dessas pessoas federativas implica, necessariamente, o poder de organizar seus serviços e seus servidores.

Trata-se de relação que não possui natureza contratual, ao contrário das demais espécies de servidores públicos (celetistas e temporários). Ou seja, não há contrato entre o Poder Público e o servidor estatutário, tratando-se de relação própria do direito público, sem possibilidade de ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado.

Esses servidores exercem suas funções na administração pública direta, nas autarquias e fundações públicas. Ainda que não haja mais o chamado “Regime Jurídico Único”, originariamente previsto no *caput* do artigo 39 da Constituição⁴⁹, a regra é que os servidores públicos que exercem suas atribuições na administração direta e indireta (autarquias e fundações públicas) estão ligados ao Estado pelo estatuto, ou seja, são servidores públicos estatutários.

Para que um servidor público possa ser chamado a compor os quadros da Administração Pública, é necessário que o Estado crie um cargo público

⁴⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 568.

⁴⁹ Para maiores esclarecimentos acerca do tema e da possibilidade de a União, os Estados, DF e Municípios recrutarem servidores sob regime diverso do estatutário, remete-se o leitor à análise procedida por José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 578/580.

previamente, ou seja, que se delimite, por lei, um feixe de atribuições e competências que deverão ser exercidas pelo servidor.

Há, basicamente, dois tipos de cargos públicos, que se distinguem pelo tipo de função que é desempenhado em cada um.

Enquanto as atribuições de todos os cargos em comissão possuem como traço comum e essencial se tratar de atribuições de direção, chefia e assessoramento, os cargos efetivos são criados para todos os demais casos em que não se verifique em suas atribuições essa nota distintiva.

Por essa razão, a regra é que os cargos públicos sejam efetivos.

Decorre dessa diferenciação a necessidade de que os cargos em comissão, por terem em seu bojo funções de comando, sejam preenchidos em razão da confiança depositada por quem realiza a nomeação. É o que se denomina de “livre nomeação e exoneração”.

Nos demais casos (cargos efetivos), o preenchimento deve ser por competência, aferível através de concurso público de provas ou de provas e títulos⁵⁰.

Todos aqueles que ocupam cargos públicos efetivos e em comissão são considerados servidores públicos estatutários.

Cada ente da federação é responsável por criar os respectivos cargos públicos necessários ao bom andamento da máquina administrativa, por meio de lei, sejam eles efetivos e/ou em comissão.

⁵⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Qualquer que seja o cargo público criado, de acordo com as definições acima, o servidor que desejar nele ingressar estará anuindo com um conjunto de regras pré-estabelecidas unilateralmente pelo Poder Público (que inclusive pode alterá-las, também sem sua prévia concordância).

Grande parte dessas normas foi criada com a finalidade de manter o bom e regular andamento da Administração Pública.

A pessoa que aceita assumir um cargo público – seja ele efetivo ou em comissão – está anuindo com um conjunto de regras pré-estabelecidas, referentes à maneira com que deverá se comportar no exercício das competências assumidas.

Essas normas constituem o Direito Disciplinar, caracterizado por José Armando da Costa como “o conjunto de princípios e normas que objetivam, através de vários institutos próprios, condicionar e manter a normalidade do Serviço Público”.⁵¹

O Direito Disciplinar, portanto, é um ramo do Direito Administrativo (decorrente do Poder Disciplinar) determinado a impor modelos de condutas aos servidores públicos⁵², com vistas a manter a regularidade do serviço público, tendo as punições eventualmente impostas caráter educativo, inibindo outros servidores a incorrer no mesmo erro do servidor faltoso.

No caso da União Federal, tais normas estão previstas na Lei Federal nº 8.112, de 11/12/1990, destacando-se para o presente fim as obrigações

⁵¹ DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2009. p. 32.

⁵²Romeu Felipe Bacellar Filho questiona a abrangência subjetiva contida no conceito acima exposto. Para ele, o Direito Administrativo Disciplinar é mais que um direito voltado aos servidores públicos, abrangendo também todos os demais agentes públicos. Ainda que se possa concordar com tal entendimento, para os fins do presente trabalho entende-se ser muito mais adequado o conceito estrito, razão pela qual não será aprofundado o tema nesse momento. BACELLAR FILHO, op.cit., p. 32-35.

constantes nos artigos 116 e 117, que tratam dos deveres e proibições dos servidores públicos estatutários federais⁵³.

⁵³ Art.116. 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;

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;

V - atender com presteza:

a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;

b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;

c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.

VI - levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;

VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;

IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

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.

Art. 117 Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

Quando um servidor descumpre seus deveres e obrigações (artigos 116 e 117), comete um ilícito de ordem disciplinar. Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar:

Em sentido amplo, o ilícito administrativo decorre da ação ou a omissão em desalinho com as regras legais, éticas e morais que comandam, em qualquer circunstância e independente do setor onde elas ocorram (público ou privado), as relações administrativas.⁵⁴

As faltas administrativas eventualmente cometidas devem ser apuradas. Há um poder/dever da Administração Pública de apurar os ilícitos administrativo-disciplinares, verificando se, de fato ocorreram e, em caso afirmativo, delimitar a autoria e materialidade, culminando na aplicação de penalidade que, ressalte-se, é apenas uma possibilidade no desfecho do processo administrativo disciplinar.

Tem-se, portanto, no Direito Administrativo Disciplinar, uma legislação de ordem material e outra de ordem processual, cuja complementaridade foi bem destacada por Romeu Felipe Bacellar⁵⁵:

O Direito Administrativo Disciplinar cumpre, portanto, duas funções: de um lado, a previsão geral e abstrata de hipóteses fáticas considerados ilícitos administrativos e as respectivas sanções, de outro, as condições e as formalidades inerentes à averiguação, pela Administração, da prática por certo agente de determinado fato e a correspondente reação.

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos:

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

⁵⁴ BACELLAR, op. cit., p. 35-36.

⁵⁵ BACELLAR, op. cit., p. 36-37.

Legítimo, por consequência, aludir-se ao Direito Administrativo Disciplinar material ou substancial e ao Direito Administrativo Disciplinar formal ou processual. São duas faces da mesma unidade, ligados em uma 'relação de mútua complementaridade funcional'.

Portanto, é somente através do processo administrativo disciplinar que se poderá, ao final, punir um servidor público com uma das penalidades previstas no artigo 127 da Lei nº 8.112/90⁵⁶.

3.1.1. Procedimento e processo

Portanto, o Processo Administrativo Disciplinar é uma espécie do gênero processo, assim como o Processo Penal, de onde se extrairá os conhecimentos acerca da possibilidade de se utilizar a prova indiciária como fundamento único de uma decisão judicial que reconheça a prática de um crime.

Antes, porém, de se analisar as semelhanças e diferenças eventualmente existentes entre ambas as espécies de processo – que será necessária para se determinar a possibilidade de se utilizar a prova indiciária no processo administrativo disciplinar, bem como, em caso afirmativo, determinar a extensão de seu uso e que pode, inclusive, vir a resultar na demissão do servidor, conforme punição de demissão prevista no artigo 127 e nos casos delimitados no artigo 132, ambos da Lei nº 8.112/90, demonstrando-se, com isso, a gravidade da situação -, deve-se melhor compreender o próprio

⁵⁶ Art.127. São penalidades disciplinares:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

conceito de processo e quais as suas características essenciais, comuns a todas as espécies, sejam processos administrativos (onde se situa o processo disciplinar) ou judiciais.

Romeu Felipe Bacellar, após analisar a discussão existente na doutrina acerca da diferença entre processo e procedimento conclui estar correto o entendimento de José Fernando Cedeño de Barros:

(...) procedimento constitui-se em uma série de formalidades a serem seguidas, ritos que antecedem a decisão administrativa, sem, todavia, resultar no nascimento de qualquer obrigação ou sanção. A expressão processo, por sua vez, abarca todos os procedimentos – revisivos, sancionatórios ou disciplinares – que implicam para o administrado uma obrigação ou uma sanção, sendo imprescindível, pois, para que prosperem, que se realizem sob a égide do devido processo legal.⁵⁷

E, no mesmo sentido, o autor acolhe as conclusões de Marcelo Campos GALUPPO⁵⁸, quando afirma que a participação dos interessados na decisão final da Administração Pública, através da possibilidade de intervirem no decorrer do processo, apresentando suas convicções acerca dos fatos postos à prova no curso daquele procedimento faz com que tais administrados sejam, de certa forma, tão autores da decisão quanto a autoridade que proferi-la, o que a torna legítima e capaz de produzir seus efeitos na esfera jurídica desses particulares.

É justamente esse poder de influência que os particulares possuem na decisão que será proferida – e que trará consequências relevantes para a esfera jurídica de cada um deles – que torna esse tipo de procedimento numa categoria especial chamada processo.

⁵⁷ CEDEÑO DE BARROS apud BACELLAR, op. cit., p.48.

⁵⁸ GALUPPO, 2001 APUD BACELLAR, op. cit., p. 48-49.

O autor vai além, ao concordar com Manoel Oliveira Franco Sobrinho⁵⁹, para quem a exegese do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal demonstraria que a afirmação de que não há processo sem contraditório seria uma determinação proveniente da própria Carta.

Nesse sentido, conforme será visto com mais detalhes adiante – quando se analisará o princípio do contraditório – verifica-se que em ambos os processos (penal e administrativo disciplinar) é traço marcante a presença do contraditório, o que os aproxima.

Não é outro o entendimento do autor que, com supedâneo nos ensinamentos de Carnelutti⁶⁰, afirma que “a sinonímia entre função processual e função jurisdicional implica imperfeição de linguagem e de pensamento que a ciência do processo deve corrigir”.

Reforça esse entendimento Dinamarco⁶¹:

Diz-se que o processo é todo procedimento realizado em contraditório e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do “instrumento da jurisdição”; a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo para fora da área estatal constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham.

Para Bacellar, a aproximação entre os diversos tipos de processo (seja judicial ou administrativo) se dá através da concepção de processo como garantia constitucional. Destaca o autor que “o processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais”, formando

⁵⁹ FRACO SOBRINHO, 1979 apud BACELLAR, op. cit., p. 49.

⁶⁰ CARNELUTTI, apud BACELLAR, op. cit., p. 51.

⁶¹ DINAMARCO, op. cit., p. 132.

um “núcleo constitucional comum de processualidade ao lado do diferenciado.”⁶²

3.1.2. Processo administrativo (disciplinar)

As características essenciais (mínimas) dos processos administrativos (inclusive o disciplinar) devem ser buscadas em seus princípios norteadores.

Nesse sentido é o entendimento de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, para quem “o exame dos princípios jurídicos assume especial relevância sempre que se deseje surpreender a intimidade e a razão de ser de determinado instituto.”⁶³

Destaque-se que há princípios que, ainda que não sejam específicos da processualística administrativa, apresentam particular significado nessa seara.

Nesse sentido, o princípio da legalidade, que no Direito Administrativo adquire contornos que o elevam a verdadeiro a patamar de destaque frente aos demais princípios administrativos.

Não é por outro motivo que Ferraz e Dallari afirmam⁶⁴:

Constituindo a legalidade o reduto básico da atividade administrativa, de fundamental relevo será buscar na Lei das Leis, na Constituição, os princípios, expressos e implícitos, que determinariam e informariam a interpretação das normas referentes ao processo administrativo.

⁶² BACELLAR, op. cit., p. 53.

⁶³ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 26.

⁶⁴ DALLARI; FERRAZ, op. cit., p. 28.

Bacellar atribui igual importância aos princípios formadores do processo administrativo previstos na Constituição, ainda que a fundamentação dessa conclusão seja um tanto diversa das dos autores citados.

Entende o doutrinador que o núcleo essencial desse tipo de processo pode ser percebido pela análise do artigo 5º, incisos LIV, LV e LVI, que prevêm:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Destaque-se que tais princípios não distinguem os processos administrativos dos demais pela exclusividade de sua aplicação, mas sim pela maneira particular com que se dá sua incidência nesse tipo de processo. Afinal, todos os princípios acima são também aplicáveis aos processos judiciais.

Nesse sentido, Flávio Unes fala de princípios constitucionais comuns, aplicáveis a todos os processos onde o Estado se faça presente pela sua função sancionadora:

É inegável a existência de princípios constitucionais relacionados à função estatal sancionadora (...)

A tese do poder punitivo único do Estado encontra seus fundamentos exatamente no fato de subsistirem, constitucionalmente, princípios que se irradiam tanto no ordenamento penal quanto no administrativo sancionador.⁶⁵

⁶⁵ UNES PEREIRA, Flávio. **Sanções Disciplinares – O alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007. p. 56.

Mas o doutrinador, em seguida, alerta para as nuances de cada ramo processual, que “apresentarão suas peculiaridades e diferenças”⁶⁶. E conclui:

Destarte, os princípios originariamente compreendidos no Direito Penal não são aplicáveis ao Direito sancionador de modo mecânico, mas ‘con matices’, já que nem a legalidade, nem a reserva de lei, nem a tipificação e nem a culpabilidade têm idêntico alcance no Direito Penal e no Direito Administrativo.”

(...)

Uma coisa é reconhecer, no campo constitucional, cláusulas comuns ao Direito Público Punitivo; outra é imaginar que essas cláusulas possuem idêntica manifestação no campo do Direito Penal e no campo do Direito Administrativo Sancionador.⁶⁷

Nas linhas abaixo será visto como se dá a aplicação desses princípios constitucionais nos processos administrativos em geral e no disciplinar.

3.2. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

3.2.1. Princípio do devido processo legal

Trata-se de princípio-base (chamado por alguns doutrinadores de “supraprincípio” ou “sobreprincípio”), norteador de todos os demais que devem ser observados no processo administrativo.

Segundo Flávio Unes:

Afirmar que o devido processo legal está vinculado à participação dos envolvidos e às circunstâncias fáticas em torno do caso concreto significa, no campo disciplinar, garantir a observância de uma série de outros princípios constitucionais da atividade sancionadora, entre os quais se destacam:

⁶⁶ UNES PEREIRA, op. cit., p. 56.

⁶⁷ UNES PEREIRA, op. cit., p. 57.

legalidade, reserva legal, tipicidade, culpabilidade e adequabilidade da sanção administrativa.⁶⁸

Possui duas espécies: substancial e processual.

A primeira está relacionada à produção legislativa, servindo como limitadora da atividade legiferante, assegurando que todas as normas editadas atendam às necessidades da sociedade, sendo razoáveis.

A segunda espécie assegura que o processo não apenas atenda às normas preestabelecidas, mas seja efetivamente justo. O devido processo legal processual garante tanto a justiça da decisão final quanto a legitimidade dessa decisão, obtida através da observância do direito de ser ouvido e participar da produção das provas no decorrer do apuratório.

Portanto, no processo administrativo disciplinar, o princípio do devido processo legal possui aplicação tanto em sua vertente material quanto na acepção processual. Pela primeira se assegura que as normas do processo disciplinar sejam razoáveis, atendam à finalidade do processo. Pela segunda, cuida-se para que as normas sejam efetivamente observadas (que as partes efetivamente participem de todo o processo e que a decisão seja justa, refletindo essa participação das pessoas que serão atingidas pela decisão).

Assim, um processo administrativo disciplinar que observe o princípio do devido processo legal é aquele em que as normas que regulem o processo sejam razoáveis e direcionadas a assegurar a participação dos destinatários da decisão no decorrer do processo. Aqui se analisa a norma em si, de maneira geral, sem relação a um determinado caso concreto.

Além disso, no caso concreto, a decisão deve ser justa legítima, ou seja, decorrente do direito das partes serem ouvidas no decorrer de todo o processo. Aqui se analisa não apenas se o processo obedeceu às normas processuais

⁶⁸ UNES PEREIRA, op. cit., p. 40.

previstas, ao rito previamente definido, mas também se, além dessa observância, o processo foi efetivamente justo e legítimo.

Ou seja, analisa-se o mérito da decisão e sua legitimidade, a qual decorre da possibilidade de as partes terem se manifestado no decorrer de todo o processo. A decisão deve ser decorrente dessa legitimidade que foi assegurada no decorrer do processo. Ela não pode estar descontextualizada, deve guardar relação com a dialética processual, sob pena de, antes de tudo e de qualquer outro princípio processual, não obedecer ao princípio do devido processo legal.

É importante deixar claro que, não é porque uma decisão pode ser considerada justa que ela atendeu ao princípio do devido processo legal. A legitimidade dessa decisão é tão importante quanto.

O devido processo legal processual é a conjugação desses dois fatores: decisão justa, decorrente de um processo legítimo, o que somente é possível se as partes efetivamente puderem participar de todo o processo e assim, influírem na decisão judicial, obrigando o juiz a se pronunciar sobre a versão apresentada pelas partes, sobre suas alegações, impedindo-o de emitir a decisão sem qualquer menção às alegações de defesa e provas solicitadas pela defesa.

A aferição da observância do devido processo legal processual se dá pela análise acerca da possibilidade que se deu às partes de participarem de todo o processo e influírem na decisão de um juiz imparcial, que proferiu uma decisão justa. Essa aferição da legitimidade ocorre pela análise da observância da parte da lei que assegura os direitos de contraditório e ampla defesa.

Mas, ressalte-se, essa aferição não deve ser meramente “pró-forma”, mas sim verificar se efetivamente as partes puderam levar até o julgador seus argumentos e provas.

O devido processo legal é visto como “o princípio dos princípios” porque a sua efetividade se dá através dos demais princípios processuais. Destacam-

se nesse sentido os princípios do contraditório e da ampla defesa, da motivação, da duração razoável do processo, da proibição da produção de provas ilícitas e da imparcialidade do julgador, dentre outros, os quais serão vistos a seguir.

3.2.2. Princípio do contraditório

Através do princípio do contraditório, previsto na Constituição Federal, as pessoas destinatárias da decisão final possuem a faculdade de participar do processo e da decisão final. Trava-se um diálogo que se acredita ser capaz de favorecer a formação de um julgamento mais justo.

Ferraz e Dallari enfatizam a característica essencial desse princípio: o diálogo, também chamado de dialética processual:

O princípio do contraditório exige um diálogo; a alternância das manifestações das partes interessadas durante a fase instrutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas, especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável.⁶⁹

Conforme Barbosa Moreira⁷⁰:

Ora, o conhecimento humano da realidade, unilateral e fragmentário por natureza, só pode tornar-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas.

⁶⁹DALLARI; FERRAZ, op. cit., p. 72.

⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, 1984 APUD BACELLAR, op. cit., p. 231/232.

O contraditório é a faculdade que se dá aos destinatários da decisão final de dialogar com a autoridade julgadora (dando-lhes voz ativa), que não pode negligenciar suas ponderações, tendo que enfrentá-las e, assim, constituindo-se em poderoso fator de contenção do arbítrio do julgador.

O servidor acusado no processo disciplinar não pode ser tratado como mero destinatário do provimento decisório. Ao contrário, deve deter posição ativa no processo, enquadrando-se como um verdadeiro sujeito processual, e não mero objeto da decisão.

Segundo Bacellar⁷¹:

A finalidade do contraditório, no processo administrativo disciplinar, não difere daquela prevista pelo processo judicial: proteger a capacidade de influência dos sujeitos processuais (Administração/servidor acusado ou litigante) na formação do convencimento do órgão julgador. Do confronto da autoridade administrativa com o servidor, viabiliza-se a assunção de um panorama mais completo da situação fática, conduzindo a uma decisão mais ponderada e conforme a realidade.

Para a efetividade do contraditório é necessário que os sujeitos processuais possuam a mesma possibilidade de manifestação e influência na decisão final.

Nesse sentido, é interessante a observação feita por Carlos Ari Sundfeld, citado por Flávio Unes:

A decisão deve ser tomada em vista dos elementos constantes dos autos, inclusive dos argumentos e provas produzidos pelo acusado, que devem merecer consideração expressa. Quem já acompanhou procedimentos administrativos há de ter encontrado, nas decisões, comentários lacônicos do tipo: 'o acusado nada trouxe de novo' ou 'não conseguiu convencer com seus argumentos', com os quais pretende a autoridade analisar a defesa. É indisfarçável o pouco caso e desprezo que se costuma devotar às manifestações do administrado. Mas,

⁷¹ BACELLAR, op. cit., p. 239.

este proceder não pode ser aceito, sendo inválida a decisão que não analisa devidamente a defesa, demonstrando como e por que não pode ela ser acolhida.⁷²

Dessa forma, contraditório e igualdade entre os sujeitos processuais são conceitos que andam juntos. Para alguns doutrinadores, inclusive, só há que se falar em contraditório se houver igualdade de voz entre os sujeitos processuais.

Essa necessidade de igualdade entre os sujeitos processuais ganha mais evidência nos processos administrativos, onde o cidadão debate no processo com o Estado que, ao mesmo tempo, atua como acusador e julgador.

Tal situação, bastante sensível, foi objeto de análise por Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷³:

Todavia, não se pode deixar de considerar o princípio da isonomia das partes processuais. Em primeiro lugar, saliente-se que, no processo administrativo, o Estado – na condição de pessoa exercente das funções de administração do bem público – cumpre mais de um papel, comparece em situação dúplice: como pólo ativo ou passivo da arguição feita e como julgador da situação processada. Aqui, contudo, a sua condição de julgador distingue-se daquela que ostenta no processo judicial. É que enquanto nesse há uma evidente eqüidistância das partes litigantes (mesmo quando o Estado é parte, pois o órgão encarregado de exercer a jurisdição não compõe o poder nem se confunde com a função jurisdicional), no processo administrativo o órgão julgador integra o poder que administra, e no exercício de cuja função emerge o conflito a ser solucionado. A aplicação do princípio da separação de poderes desguarnece-se, aqui, de sua aplicação mais clara e rigorosa, cedendo lugar a uma relação que é, então, extremamente sensível, delicada e vulnerável.

A Administração Pública deve se equiparar ao servidor público acusado no âmbito do processo administrativo disciplinar, para que se possa dar efetividade plena ao contraditório. Somente assim se poderá fazer valer as

⁷² SUNDFELD, 1987, APUD UNES PEREIRA, op. cit., p. 40.

⁷³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, 1990 APUD BACELLAR, op. cit., p. 241.

benesses do contraditório, que é a ausência de arbítrio e a produção de uma decisão mais justa.

3.2.3. Contraditório e verdade processual

Conforme Bacellar, “é tradição da doutrina brasileira situar a verdade material como princípio de qualquer procedimento ou processo administrativo.”⁷⁴

Conceitua-se a verdade material como a faculdade que se dá à Administração para trazer aos autos as provas que retratem o que de fato ocorreu, não se limitando, portando, ao que os sujeitos processuais trazem para sua apreciação e convencimento.

Nesse sentido, afirmam Ferraz e Dallari:

A autoridade administrativa competente para decidir não fica na dependência da iniciativa da parte ou das partes interessadas, nem fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento.⁷⁵

Entretanto, a doutrina mais moderna tem questionado a possibilidade de se obter tal verdade real, reconhecendo a parcialidade e a limitação do conhecimento humano.

Com base nos ensinamentos de Carnelutti, Bacelar afirma⁷⁶:

(...) refura-se a idéia tão difundida da verdade material ou formal como finalidade do sistema probatório. A verdade do processo será sempre uma verdade processual: escolhida

⁷⁴ BACELLAR, op. cit., p. 282.

⁷⁵ DALLARI; FERRAZ, op. Cit., p. 86.

⁷⁶ BACELLAR, op. cit., p. 286.

como a adequada por um órgão julgador que formou seu convencimento com base nos fatos debatidos por todos os sujeitos processuais, inclusive ele. A verdade processual, para continuar sendo verdade, somente poderia ser entendida como não contradição ou síntese. Mais adequado à lógica do processo, a noção de certeza.

Essa visão de verdade ressalta ainda mais a importância do contraditório no processo, pois a verdade processual resulta justamente do debate processual e da ampla defesa.

Afirma o autor que “todos os juízos de valor relacionados à prova devem estar respaldados em prévia discussão entre Comissão Processante e servidor”⁷⁷, ressaltando-se que “o contraditório vai além da oportunidade de ser ouvido antes da decisão final, para constituir-se na oportunidade de influir no iter formativo do convencimento do julgador”⁷⁸.

3.2.4. Contraditório e motivação

A visão da verdade como processual exige e exalta também – além do contraditório – a motivação da decisão.

Exige o artigo 2º da Lei nº 9.784/99 a: “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Sobre o tema, dizem Ferraz e Dallari:

A motivação não se confunde com fundamentação, que é a simples indicação da específica norma legal que supedaneou a decisão adotada. Motivar é muito mais que isso. Para José Roberto Dromi (Derecho Administrativo, pp. 240 e 869) a motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a

⁷⁷ BACELLAR, op. cit., p. 286.

⁷⁸ BACELLAR, op. cit., p. 289.

uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos. Diz ele que esta explicitação dos motivos deve ser prévia ou concomitante à prática do ato, e é obrigatória naqueles procedimentos que: decidam sobre direitos subjetivos; que resolvam petições, recursos, reclamações; nos quais a decisão for diferente da praxe ou do costume; naquelas decisões que contrariam pareceres existentes; quando haja expressa disposição legal; e, por último, quando resulte do exercício de competência discricionária. Ressalta ele a importância da motivação para o exame da validade dos atos administrativos, especialmente quando praticados no exercício de competência discricionária, pois pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente.⁷⁹

Através da motivação – princípio implícito decorrente do Estado Democrático de Direito - é possível se fazer o controle externo da decisão e verificar se está de acordo com os fatos debatidos no processo e se levou em conta a argumentação da defesa, rebatendo-a de maneira fundamentada ou adotando-a como fundamento da decisão.

A motivação é instrumento de controle, prevenindo-se abusos do poder decisório e possibilitando ao servidor acusado (sujeito processual) compreender o fundamento da decisão, a fim de se decidir quanto ao recurso.

Quanto à origem de tal princípio, Bacellar afirma⁸⁰:

Fixadas as premissas de compreensão da motivação dos atos do processo administrativo disciplinar, tem-se que (a) a motivação decorre do princípio da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. (b) tem como matriz constitucional o princípio do Estado Democrático de Direito, comungando dos mesmos fundamentos orientadores da motivação dos atos jurisdicionais a expressar relevante aspecto da efetividade do processo administrativo; (c) é corolário da legalidade, impessoalidade e moralidade da Administração no exercício da competência disciplinar.

Por tudo isto, a falta ou defeito grave na motivação gera nulidade por vício de elemento essencial do ato.

⁷⁹ DALLARI; FERRAZ, op. cit., p. 59.

⁸⁰ BACELLAR, op. cit., p. 215.

Alencar Carvalho enfatiza a importância desse preceito para afastar a possibilidade de decisões arbitrárias e desarrazoadas, exigindo que seja demonstrado, para eventual punição ao servidor, as provas que fundamentam a convicção de que houve uma infração disciplinar:

A idéia da motivação decorre dos próprios fundamentos do Estado democrático de direito, no qual as decisões administrativas proferidas pelos órgãos estatais não podem ser produto da vontade pessoal casuística e arbitrária, movida por força de oculta proteção de partidários, amigos ou familiares, ou perseguição de adversários, nem há espaço para a adoção de medidas decisórias injustificadas, cujas razões não são expostas nem são racionalmente explicáveis, inteiramente discricionárias, ditadas pelo supremo desígnio das autoridades competentes.

Não, antes cumpre à Administração Pública justificar suas ações de forma congruente, lógica, objetiva e imparcial, sobretudo os atos administrativos que impliquem punição sobre particulares e servidores públicos.

Em consequência do postulado da motivação, segue que a autoridade administrativa não pode julgar o processo administrativo disciplinar ou a sindicância no sentido da culpabilidade do acusado, simplesmente porque assim decidiu pelo supremo concurso, inquestionável, de sua própria vontade pessoal, ainda que sem respaldo em elementos objetivos concretos, reunidos nos autos. Ao contrário, é com base nas provas coletadas, interpretadas de forma congruente e imparcial, que deverá ser proferido o juízo condenatório ou absolutório prolatado.⁸¹

O princípio da motivação é destacado na doutrina de Alencar Carvalho, destacando a importância de se considerarem os argumentos de defesa na motivação das decisões proferidas em processos administrativos disciplinares, devendo-se considerar inválida aquela que desconsiderar os elementos de prova constantes do processo, ou que os apreciar de maneira distorcida⁸².

O artigo 50 da Lei nº 9.784/99 explicita exatamente essa questão, ao exigir a motivação para determinados atos administrativos que tragam sanção ou obrigação ao cidadão/servidor:

⁸¹ ALENCAR CARVALHO, op. cit., p. 179/180.

⁸² ALENCAR CARVALHO, op. cit., p. 186/187.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração e concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

3.2.5. Ampla defesa e presunção de inocência

A ampla defesa é direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, assegurado aos acusados em processo administrativo.

Trata-se de conjunto de meios através dos quais o sujeito processual, destinatário da decisão final pode influir na esfera de convencimento da autoridade julgadora, apresentando sua versão dos fatos, rebatendo a argumentação contrária bem como solicitando a produção de provas que corroborem com sua argumentação.

Essencialmente, trata-se de assegurar ao destinatário da decisão todos os meios de prova admitidos em direito, aptos a sustentar sua versão dos fatos. O direito de defesa (CF, art. 5º, inc. LV) e o direito de ação (CF, art. 5º, inc. XXXV) seriam as duas faces da mesma moeda⁸³.

Em sede de processo administrativo, esse direito se traduz nas seguintes garantias:

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 daquilo que, precisamente, pesa contra ele. Não basta, por exemplo, publicar um edital dizendo que determinada pessoa cometeu uma infração de trânsito, sem especificá-la; é preciso

⁸³ BACELLAR, op. cit., p. 304.

efetivamente fazer chegar ao acusado a informação precisa de qual específica infração teria sido por ele cometida, com todos os detalhes necessários ao exercício da defesa.

Além disso, no curso do processo é preciso assegurar o acesso aos autos, a possibilidade de apresentar razões e documentos, de produzir provas testemunhais ou periciais, se necessário, e, ao final, de conhecer os fundamentos e a motivação da decisão proferida. Fica ressalvada, entretanto, a possibilidade de recusar a produção de provas inúteis, desnecessárias ou puramente protelatórias.⁸⁴

Os direitos acima expostos, decorrentes da ampla defesa, aplicam-se integralmente ao processo administrativo disciplinar. Porém, a precisão dos fatos que pesam contra o servidor somente ocorre após a colheita de todas as provas. Trata-se de particularidade do processo administrativo que não desvirtua nem prejudica o direito à ampla defesa do servidor, pois na fase de indiciamento deve ser descrito de maneira detalhada os fatos que pesam contra o servidor indiciado.

O servidor supostamente faltoso, não pode ser considerado culpado nem punido sem antes ter seus argumentos de defesa analisados e devidamente rebatidos no decorrer do processo administrativo disciplinar.

E essa análise não pode ocorrer de maneira global. A Administração deve analisar cada fundamento da defesa de maneira isolada, apresentando seus argumentos para cada uma delas. Nesse sentido, Bacellar afirma que:

Veda-se, portanto, o expediente da apreciação conjunta das provas, consistente na atuação do órgão julgador limitando-se a manifestar que o material probatório foi valorado em conjunto, com a omissão da necessária justificação das razões pelas quais conferiu validade a determinados dados fáticos provados no processo, sem a especificação das fontes e meios valorados positiva ou negativamente. Essa forma de decidir macula o direito à prova.⁸⁵

⁸⁴ DALLARI; FERRAZ, op. cit., p. 70.

⁸⁵ BACELLAR, op. cit., p. 314.

A ampla defesa guarda estreita relação com o princípio da presunção de inocência.

Trata-se de direito fundamental expresso na Constituição no que se refere aos processos judiciais (CF, artigo 5º, inciso LVII) e de aplicação implícita nos processos administrativos.

Tal garantia possui dupla função:

A regra da presunção de inocência guarda, tradicionalmente, uma dupla função: condiciona a Administração à prova e sobretudo proíbe que se considere como culpado aquele cuja culpabilidade não foi legalmente determinada.⁸⁶

Persistindo a situação de dúvida acerca da irregularidade (indícios de autoria e materialidade) com que se inicia o processo, o servidor não poderá ser responsabilizado.

Nesse sentido é que se afirma a necessidade de a Administração comprovar a irregularidade e detectar o autor daquela infração, e não o contrário. Não é o servidor supostamente faltoso quem tem que comprovar sua inocência. Assim, a Administração é que deve diligenciar na busca das provas de culpa do servidor.

Portanto, além de a Administração ter que analisar todas as alegações da defesa (ampla defesa), deve também comprovar a culpa do servidor supostamente faltoso. Trata-se de requisito indispensável para a eventual punição a um servidor, caso contrário o processo deverá ser arquivado por falta de provas.

Percebe-se, portanto, que o processo administrativo disciplinar se equilibra entre o princípio do “in dubio pro societate” e a garantia constitucional

⁸⁶ BACELLAR, op. cit., p. 305.

da presunção de inocência do servidor, que prevalecem cada qual em um momento específico do apuratório, como bem observa Marcos Salles Teixeira:

Segundo este primado, se, por um lado, inicialmente, à vista de notícia de suposta irregularidade, cabe à administração promover, sob manto do princípio do *in dubio pro societate*, a imediata apuração contraditória e, em sequência, movida pelo princípio da oficialidade, promover a exaustiva busca da verdade material, por outro lado, jamais deve se perder de vista que tais atribuições vinculadas não possuem o condão de afastar a presunção de que, a priori, o acusado é inocente.

A decisão de instaurar o processo administrativo disciplinar bem como a sua condução de ofício, respectivamente a cargo da autoridade e da comissão, devem ser compreendidas como *múnus públicos* dos quais não podem se afastar aqueles agentes, mas não devem jamais ser confundidas, nem por eles próprios e nem pelo acusado, com precipitada imputação. Se, por um lado, os agentes competentes para a promoção da apuração devem ter inafastável respeito para a presunção de inocência do acusado, este, por sua vez, por mais inconciliável que isto lhe possa parecer de imediato, deve também manter a convicção de que aqueles atuam vinculadamente por determinação legal e não por ânimo pessoal discricionário de perseguição.

Todos os trabalhos apuratórios devem ser realizados, porque assim o ordenamento determina; mas os agentes públicos condutores dos trabalhos devem encontrar a sintonia entre esgotar as apurações obrigatórias e manter o respeito pela presunção de inocência do acusado, tendo certo que somente poderão - se for o caso - ao final do processo, cogitar de responsabilização se tiverem logrado comprovar nos autos a materialidade e a autoria da infração.⁸⁷

3.2.6. Moralidade – lealdade e boa-fé

É imprescindível que a Administração haja pautada em padrões éticos, que se constituem em verdadeiro requisito para a validade e legitimidade de qualquer ato estatal. Esse o verdadeiro sentido da moralidade no Direito Administrativo, que possui diversas conseqüências no processo administrativo.

⁸⁷ TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**. 2013, p. 331. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Outros-Arquivos/RFB-AnotacoesSobrePAD.pdf>. Acesso: 25/04/2014.

Quanto aos desdobramentos da aplicação do princípio da moralidade no processo administrativo disciplinar, Bacellar afirma que se dá, sobretudo, pela lealdade e boa-fé:

A boa-fé e a lealdade processual possuem um campo fértil no processo administrativo disciplinar”, podendo manifestar-se (...) no estabelecimento de um debate processual leal em que a acusação e a defesa sejam expostas de forma clara, a partir de capítulos e pontos numerados que não constituam uma emboscada para o adversário (...).⁸⁸

Segundo Bacellar, “A boa-fé e a lealdade humanizam a relação entre Administração e servidor no processo administrativo disciplinar sem que isto implique ‘quebra do princípio da impessoalidade’”.⁸⁹

Ainda segundo o autor, trata-se de “elementos objetivos capazes de definir métodos e formas práticas de comportamento administrativo”.⁹⁰

Ferraz e Dallari destacam que o princípio da boa-fé, aplicável às relações entre o Estado e o cidadão (e aqui se incluem os servidores públicos federais, quando se encontram como acusados em processos disciplinares), possui tríplice perspectiva: “do cidadão perante o Estado; do agente público que pratica o ato em nome do Poder Público; e do interesse público em confronto com o princípio da legalidade”.⁹¹

Das perspectivas citadas, interessa sobremaneira a boa-fé do Estado para com o cidadão/servidor, no que afirmam os autores que, se “a boa ou má-fé do agente fosse objeto de investigação mais cuidadosa, especialmente nas controvérsias judiciais, certamente não haveria, na prática, tanto desvio de poder e tanta corrupção”.⁹²

⁸⁸ BACELLAR, op. cit., p. 197.

⁸⁹ BACELLAR, op. cit., p. 198.

⁹⁰ BACELLAR, op. cit., p. 196.

⁹¹ FERRAZ; DALLARI, op. cit., p. 81-82.

⁹² FERRAZ; DALLARI, op. cit., p. 82.

E quanto à última perspectiva mencionada, destaque-se o seguinte ensinamento dos autores:

Com efeito – acrescentamos nós -, muitas vezes o cumprimento de disposição literal da lei, para a alegada satisfação do interesse público, não passa de uma simples desculpa, acobertando graves injustiças e evidentes delitos. Em tais situações é extremamente útil a observação das intenções das partes envolvidas, pois a existência ou não de boa-fé é relevante para o Direito, em todos os seus segmentos específicos.⁹³

3.2.7. Princípio da impessoalidade

Qualquer ação da Administração Pública deve ter como finalidade o interesse público. Ou, como afirma Bacellar, “a finalidade pública embute-se na impessoalidade”.⁹⁴

Ainda conforme o autor:

O princípio da impessoalidade implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e controláveis racionalmente. Desta forma, acentua-se a funcionalidade do agir administrativo e concretiza-se o princípio da igualdade.⁹⁵

No processo administrativo disciplinar esse princípio se faz presente em diversos momentos, destacando-se a necessidade de a comissão não desviar seus atos – direcionados ao interesse público – para conceder favores ou lesar pessoas ou instituições.

⁹³ FERRAZ; DALLARI, op. cit., p. 82.

⁹⁴ BACELLAR, op. cit., p. 188.

⁹⁵ BACELLAR, op. cit., p. 189.

Na sugestão de aplicação de pena, a comissão não deve levar em conta a pessoa do servidor, salvo para fins de antecedentes funcionais, previstos no artigo 128.

CONCLUSÃO

A indiciária foi sempre colocada em segundo plano, vista como uma prova secundária, em razão de uma de suas características essenciais: a probabilidade.

A filosofia do conhecimento moderna refutou essa concepção, colocando todos os meios de prova no mesmo patamar quanto à capacidade de convencimento, como provas probabilísticas.

Assim, não haveria distinção entre as provas indiretas (indiciárias) e provas diretas quanto à capacidade probatória, residindo a diferenciação apenas na exigência, por parte das indiciárias, de um raciocínio indutivo-dedutivo que conecte o fato provado (o indício) ao fato probando (objeto da discussão processual).

A mudança de paradigma acerca da força probatória de todos os meios de prova (diretos e indiretos), qualificando-os, todos, como probabilísticos, leva ao questionamento quanto ao grau de probabilidade necessário para se considerar uma prova como suficiente e apta a fundamentar o convencimento da autoridade julgadora quanto ao cometimento de um ilícito e a conseqüente condenação.

Esse grau de probabilidade varia, de acordo com o tipo de processo. No direito processual civil, por não vigorar o princípio da verdade material é admitida uma condenação baseada em uma prova com menor grau de probabilidade.

No âmbito do processo penal vigora o princípio da verdade material, que juntamente com o princípio da presunção de inocência impedem a condenação fundamentada em qualquer prova. Há de se ter um certo grau de probabilidade mínimo necessário para a condenação.

No entanto, sendo o Direito uma ciência não exata, questiona-se qual seria o grau de probabilidade exigido para a condenação penal.

Segundo a doutrina estudada, exige-se para a condenação penal uma certeza chamada de processual, que é aquela decorrente do debate processual, capaz de superar a dúvida razoável acerca da autoria e materialidade de um crime.

Além de se demonstrar na decisão que as provas coligidas suplantam a dúvida razoável, a fundamentação da condenação em uma prova indiciária exige também que se demonstre o raciocínio percorrido para aferir uma prova indiciária e concluir que ela tem a tal força probatória capaz de suplantam a dúvida razoável.

Apesar de a jurisprudência pátria – ao admitir e utilizar a prova indiciária nas decisões condenatórias penais – não se atentar para essa importância, entende-se que esse detalhamento do raciocínio que une o fato provado (secundário) ao fato probando (objeto da apuração) e a adoção de um método claro de aferição da força probatória desse raciocínio ligando os dois fatos é essencial para que não haja tanto um abuso no uso desse meio de prova (utilizando-o desmesurada e desarrazoadamente), como também obrigando a autoridade julgadora apegada à teoria do conhecimento antiga (e à idéia de que as provas diretas seriam as únicas aptas a embasar um decreto condenatório, por serem capazes de trazerem aos autos a verdade real, histórica) a utilizar as provas indiciárias na decisão condenatória.

Em que pese a utilização da prova indiciária ainda carecer de precisão no seu uso no processo penal, verifica-se que a jurisprudência pátria vem cada vez mais admitindo seu uso para embasar uma decisão condenatória.

Além disso, os julgados mais recentes – com o devido destaque para o julgamento do “Mensalão”, pelo STF – tem se preocupado com o aprofundamento da questão.

Já no processo administrativo disciplinar, a experiência pessoal adquirida demonstra que sua utilização ainda é bastante tímida e, quando verificada, é feita de maneira inconsciente, ou então sem uma expressa menção de que o julgamento foi fundamentado em prova indiciária.

Assim, diante de tal realidade, o presente trabalho procurou verificar a possibilidade de sua utilização na seara disciplinar e, uma vez admitida, quais os cuidados necessários que os sujeitos processuais devem tomar para utilizá-la.

Conforme visto e advertido por Bacellar, não é possível fazer o mero deslocamento de institutos do direito processual civil ou penal para o direito administrativo, “sem qualquer compromisso com a dinâmica do exercício da função administrativa”.⁹⁶

Para se compreender tal dinâmica, é imperioso que se analise os princípios do direito administrativo disciplinar.

Nessa análise, ficou constatado, em primeiro lugar, que o processo administrativo, antes de tudo, é um processo como qualquer outro da esfera judicial, pois também se exige em seu bojo a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, requisitos necessários para um decreto condenatório, seja qual for sua natureza e em qual âmbito se dê o pronunciamento (judicial ou administrativo).

Ademais, conclui-se que o processo administrativo é estruturado com base nos mesmos princípios do processo penal.

Assim como ocorre nesta seara, o processo administrativo disciplinar também está alicerçado no princípio da verdade material. De igual maneira, vigora no direito disciplinar o princípio da presunção de inocência e do “in dúbio pro reo”.

⁹⁶ BACELLAR, op. cit., p. 58.

Além disso, assemelha-se ao processo penal, ao exigir a explicitação dos motivos que fundamentam a aplicação de determinada penalidade ao servidor público federal.

Demonstra, ainda, essa proximidade entre o processo penal e o administrativo a análise de Bacellar, acerca da nova visão da função da prova no âmbito do processo disciplinar, em razão do entendimento de que a verdade encontrada ao final, no processo administrativo – assim como ocorre no processo penal – é uma verdade processual, diversa da verdade real, histórica.

Nesse sentido, Bacellar conclui, considerando os ensinamentos de Carnelutti – o mesmo utilizado pela doutrina processualística penal – que “nosso conhecimento é limitado e parcial”.⁹⁷ É da natureza humana essa limitação. Diz ainda o autor:

Com base na lição de CARNELUTTI, refura-se a idéia tão difundida da verdade material ou formal como finalidade do sistema probatório. A verdade do processo será sempre uma verdade processual: escolhida como a adequada por um órgão julgador que formou seu convencimento com base nos fatos debatidos por todos os sujeitos processuais, inclusive ele. A verdade processual, para continuar sendo verdade, somente poderia ser entendida como não contradição ou síntese. Mais adequado à lógica do processo, a noção de certeza. A finalidade precípua da prova é a certeza, tendo por pano de fundo a escolha. A axiologia processual pauta-se no terreno do admissível-inadmissível, eficaz-ineficaz. Bem por isso, a validade da escolha do julgador depende do debate processual norteado pelo contraditório e da ampla defesa (este o sentido dos vícios de validade processual como a falta de motivação, a incoerência entre relatório e fundamentação, entre outros) e não porque verdadeira, material ou formalmente.⁹⁸

Portanto, conclui-se que a realidade do processo disciplinar, inserida no Direito Administrativo, possui suas peculiaridades que, porém, no que diz respeito à função do processo e da prova, se assemelham – e muito – ao processo penal.

⁹⁷ BACELLAR, op. cit., p. 285.

⁹⁸ BACELLAR, op.cit., p. 286.

Assim, é perfeitamente possível sua aplicação no âmbito disciplinar.

Entretanto, o cuidado que se deve ter é quanto aos sujeitos processuais que tendem a abusar da prova indiciária para sugerir a aplicação de uma penalidade disciplinar (utilizando-a, portanto, indevidamente), bem como quanto aos sujeitos processuais que, apegados à visão antiga que valorizava sobremaneira a prova direta, entendem que a prova indiciária não é capaz de firmar um decreto condenatório.

Esse cuidado deve ser ainda maior na seara disciplinar, onde como diz Bacellar, “participam da fase probatória e, de resto, instrutória, apenas dois sujeitos – Comissão e servidor – e não três como no processo jurisdicional”⁹⁹, fazendo com que o equilíbrio de forças seja mais sensível.

Portanto, na seara disciplinar – ainda mais que no processo penal – deve-se exigir da comissão apuratória e da autoridade julgadora (amparada pela respectiva assessoria jurídica) uma descrição detalhada do raciocínio que fundamenta uma aplicação de penalidade a um servidor público federal ou uma absolvição, nos casos em que se esteja diante de provas indiciárias.

Nesse sentido, empresta-se da doutrina processualística penal a aferição da força probatória do nexo causal entre fato provado e probando, feito através do raciocínio indutivo-dedutivo.

Segundo Gioconda Fianco Pitt:

A força probante dos indícios depende da maior ou menor conexão lógica que o juiz encontra entre aqueles e o fato desconhecido, que se investiga, com fundamento nas regras gerais da experiência ou nas técnicas, conforme o caso.¹⁰⁰

⁹⁹ BACELLAR, op. cit., p. 284.

¹⁰⁰ PITT, Gioconda Fianco. **Prova Indiciária e Convencimento Judicial no Processo Civil**. Dissertação Pós-Graduação – Direito, UFRGS, 2008, p. 102.

Entende-se como o método mais apropriado para tal aferição da força probatória do raciocínio (nexo causal), no direito processual penal a chamada “teoria eclética”.¹⁰¹

Tal método é condizente com os princípios dos processos penal e administrativo disciplinar, principalmente com o da verdade material, que exigem dos indícios requisitos mais rígidos quanto à precisão e gravidade, em razão de sua análise se dar isoladamente, não se podendo utilizar outro indício para superar eventual dúvida de outro no que se refere a tais aspectos (precisão e gravidade).

Verificado que ambos estão presentes num determinado indício, aí, sim, pode ser visto se há concordância entre todos os indícios.

Por fim, destaque-se que, em regra, esse método somente admite a prova indiciária como fundamento de uma condenação criminal caso haja mais de um indício preciso e grave concordando com os demais.

Contudo, como também foi visto, a jurisprudência tem admitido à possibilidade de apenas um indício sustentar a condenação criminal.

E tal método é perfeitamente aplicável no processo administrativo disciplinar.

Estando de acordo com os princípios vetores, é aplicável ao processo disciplinar a prova indiciária, devendo-se atentar para a especificidade desse ramo processual, em especial quanto aos sujeitos processuais e a sensível relação de igualdade entre o servidor que se encontra como acusado ou indiciado e a Administração Pública, inicialmente atuando ativamente na busca das provas e, posteriormente, posicionando-se quanto aos fatos, formando seu juízo prévio de convencimento, seguido do entendimento final.

¹⁰¹ PITT, op. cit., p. 114.

Por esse motivo é que se faz necessária a utilização de um método de aferição da força probatória das provas indiciárias, dentre os quais se destacou a “teoria eclética”, mais adequada à seara penal e também disciplinar, excepcionando-se a admissão da condenação com base em apenas um indício nos casos onde impossível a obtenção de outras provas, como a jurisprudência admite.

Essa exigência leva à necessidade de se explicitar os motivos pelos quais se concluiu pelo cometimento de uma determinada infração disciplinar pelo servidor público federal, perfazendo, formalmente, o raciocínio que une o indício ao fato probando e, conseqüentemente, à infração disciplinar.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2006.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2009.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática**. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Lei nº 8.112/90 – Interpretada e Comentada**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Prova por indícios no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NERI, Eduardo Siqueira. **A Constitucionalidade da Condenação Penal por Prova Indiciária**. Monografia – Direito, UFRGS, 2009.

PACCELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PICINALI, Federico. IS “PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT” A SELF-EVIDENT CONCEPT?. Publicado na Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/RS, Volume 2, Número 1, p. 64-82, janeiro-junho 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fale/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7473/5380>. Acesso: 25/04/2014.

PITT, Gioconda Fianco. **Prova Indiciária e Convencimento Judicial no Processo Civil**. Dissertação, Pós-Graduação Stricto Sensu – Direito, UFRGS, 2008.

PRAETZEL PORTO, Alexandre Peinado. **A Compatibilidade da prova Indiciária com as Garantias Constitucionais.** Monografia - Direito, UFRGS, 2012.

SANTOS CABRAL, José Antônio Henriques. **Prova indiciária e as novas formas de criminalidade.** Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/provaindiciarianovasformascriminalidade.pdf>. Acesso: 25/04/2014.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar.** 2013. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Outros-Arquivos/RFB-AnotacoesSobrePAD.pdf>. Acesso: 25/04/2014.

UNES PEREIRA, Flávio. **Sanções Disciplinares – O alcance do controle jurisdicional.** Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 96.062. Primeira Turma. Julgado em 06/10/2009. Publicado no Diário de Justiça de 13/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.118, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Turma. Julgado em 20/03/2012. Publicada no Diário de Justiça de 16/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Voto do Ministro Luiz Fux, p. 17. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/ap470votominlf.pdf>.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TJMG). Apelação Criminal nº 0253064-5, da 2ª Câmara Criminal, Relator Erony da Silva, julgado em 03/04/1998. RJTAMG, 70/420.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte - Comarca de Natal. Ação Penal, Processo nº 003.09.000213-2, 1ª Vara Criminal. DJRN de 04/02/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte - Comarca de Natal. Apelação Criminal nº 2006.002376-9. Julgado em: 01/09/2006.