

Comarca de Porto Alegre

3ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central

Rua Manoelito de Ornellas, 50

---

Processo nº: 001/1.12.0044351-0 (CNJ:0055706-86.2012.8.21.0001)

Natureza: Anulatória

Autor: Ubirajara Amaral Macalão

Réu: Estado do Rio Grande do Sul

Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. Martin Schulze

Data: 03/09/2014

Vistos etc.

#### **TROCANDO DE LUGAR**

*Um discípulo queria largar tudo para viver uma vida mais espiritual, mas alegava que a família o amava demais para deixá-lo ir.*

*Amor! – questionou seu guru. – Isso não é, absolutamente, amor. Ouça.*

*E revelou ao discípulo um segredo de ioga, pelo qual ele poderia fingir estar morto.*

*No dia seguinte, o homem estava morto por todas as aparências exteriores, e em sua casa ressoava o choro e o lamento da família.*

***Nesse instante, o guru apareceu e disse à lacrimosa família que ele tinha o poder de trazer***

***seu amado parente de volta à vida se pudesse encontrar alguém que morresse em seu lugar.***

*- Algum voluntário! – perguntou o guru a todos os presentes.*

*Para espanto do “defunto”, cada membro da família começou a enumerar razões por que era necessário conservar a própria vida. Sua mulher resumiu os sentimentos de todos com as seguintes palavras:*

*- Não há realmente necessidade de ninguém tomar o lugar dele, mestre. Nós nos arranjamos sem ele.<sup>1</sup>*

presente **UBIRAJARA AMARAL MACALÃO**, qualificado na inicial, aforou a

**AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO  
DISCIPLINAR C/C REINTEGRAÇÃO DE CARGO E PAGAMENTO DE VENCIMENTOS  
ATRASADOS**, contra o

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, postulando, em sede de antecipação de tutela, a ser confirmada quando do julgamento final, a nulidade do processo administrativo, bem como o consequente ato de demissão, determinar a reintegração do autor no quadro de servidores da Assembléia Legislativa, bem como condenar o réu a pagar todos os vencimentos em atraso, inclusive as respectivas vantagens, desde o mês de maio de 2007.

Como fundamento do pedido alega nulidades praticadas desde a sindicância até o processo administrativo que culminou com sua exoneração do quadro da requerida, onde exerceu diversas funções, por quase trinta anos. Afirma consistirem as ilegalidades, na sindicância, o fato de a respectiva Comissão ter tido na sua composição um funcionário de nível hierarquicamente inferior ao seu, que não lhe foi permitido acompanhar pessoalmente ou por meio de advogado os depoimentos das testemunhas, bem como não lhe foi facultada a produção de provas por ele postuladas. No processo administrativo, igualmente foi a Comissão processante composta por um membro de nível hierarquicamente inferior ao seu; que o instaurador do processo prestou depoimento, na qualidade de testemunha de acusação, na sindicância; que durante o procedimento foram praticadas diversas ilegalidades e irregularidades. Embasou o pedido na legislação e na jurisprudência dominante, afirmando ter sido ferido o princípio da impessoalidade; apontou o impedimento e a suspeição dos membros do colegiado sindicante e processante; referiu a nulidade do processado face à recusa injustificada de promover provas testemunhais e periciais, além de diligências; noticiou a nulidade do processo frente à quebra do sigilo absoluto do processo; alertou quanto à sua qualidade de servidor estável (fls.02 a 61).

Juntou diversos documentos (fls.66 a 947).

Em sede de antecipação de tutela foi ela indeferida (fls. 948).

Devidamente citado (fls.951, v.), o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ofertou contestação e, em prolegômenos ressaltou a crítica à utilização de argumentação falaciosa, a crítica à invocação ao positivismo dogmático e dos limites ao dever de obediência hierárquica. No mérito, rebateu os argumentos da nulidade desde a sindicância afirmando que a oitiva, como testemunha, do Superintendente Administrativo e Financeiro da Assembléia Legislativa, instituidor da Comissão de Sindicância, não acarreta em violação aos princípios constitucional-administrativos do contraditório e da ampla defesa, da legalidade ou da impessoalidade, eis que ao instituir a Comissão de Sindicância o fez em expresse cumprimento da determinação do senhor Deputado Presidente. Afastou, também, a ilegalidade apontada de um dos integrantes da Comissão Sindicante pertencer a quadro de servidores de nível inferior ao do sindicante. Afastou, ainda, o argumento da ausência de contraditório e da ampla defesa quando da sindicância, visto ser eminentemente inquisitória, diferenciando-se do processo disciplinar. Afirma estar comprovado, tanto na sindicância como no processo disciplinar, que o autor controlava, de forma pessoal, o contrato, mesmo quando não mais Coordenador e já como Diretor do Departamento de Serviços Administrativos. Frisa a inviabilidade, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, de confusão entre as instâncias da sindicância e do processo disciplinar. Justificou a não oitiva da testemunha Antonio Dorneu Maciel, arrolada pelo autor, bem como da desnecessidade da realização de perícia nos recibos de entrega física dos selos. Ao depois rebateu os argumentos que apontavam irregularidades no processo administrativo, afirmando que o senhor Superintendente Administrativo e Financeiro emitiu a Portaria instauradora do processo administrativo por ordem do senhor Deputado Presidente da

Assembléia Legislativa; que não houve qualquer irregularidade na citação do autor; que o interrogatório do autor foi tomado antes da oitiva das testemunhas; que o depoimento das testemunhas foi tomado na forma do determinado no Estatuto dos Servidores Públicos; que houve preclusão do direito do autor de postular novas provas e não lesão ao seu direito líquido e certo ao contraditório e à ampla defesa; que não ocorreu violação ao sigilo absoluto do processo administrativo-disciplinar, vez que os documentos apreendidos pela Polícia Federal correspondem à sindicância e não ao processo administrativo-disciplinar; que não houve qualquer omissão na Portaria de instauração do processo administrativo-disciplinar, sendo clara quanto às infrações cominadas ao servidor indiciado; que a Comissão Processante deu efetivo cumprimento ao disposto no artigo 231 do Estatuto dos Servidores Públicos, o que afasta qualquer vício a ser apontado pelo Poder Judiciário. A final postulou pela improcedência do pedido (fls.973 a 978).

O autor ofertou réplica (fls.980 a 1005) e juntou documentos (fls.1006 a 1017).

Memoriais pelo autor (fls.1024 a 1050) e pelo ESTADO.

O Ministério Público ofertou parecer opinando pela improcedência.

Relatei.

#### **DECIDO.**

Apesar dos doutos fundamentos dos eminentes Desembargadores, em sede de apelo, mantenho o convencimento e os termos da sentença lavrada em processo similar, equivocadamente aforada contra a Assembléia Legislativa deste Estado.

Lavro a presente, com os mesmos fundamentos daquela (fls.647 a 696):

Visa o autor na presente demanda o desconstituir do ato que determinou a sua demissão do quadro dos funcionários da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, sob o argumento de terem sido praticadas diversas ilegalidades quando do processo administrativo disciplinar a que foi submetido.

Os pontos indicados pelo autor, ditos praticados em desacordo com a lei aplicável à espécie, que configurariam a nulidade do ato demissionário, foram exaustivamente examinados quando do deferimento da liminar (fls. 622/635).<sup>2</sup>

A liminar foi cassada pela Superior Instância, sob o fundamento de que a decisão, de cognição sumária, deferindo a reintegração do servidor ao cargo, com ordem de pagamento das vantagens pecuniárias devidas desde o seu afastamento, estaria a ferir manifesto interesse público e representaria grave lesão à ordem pública (fls. 204/213).<sup>3</sup>

No corpo da fundamentação da decisão que cassou a liminar deferida, há fundamento jurídico no sentido de que não é passível de reversão por meio de liminar, em ação ordinária proposta no primeiro grau de jurisdição, se o ato da autoridade, quando atacado por meio de mandado de segurança, for de competência do segundo grau de jurisdição (fls. 207, v. e 210).<sup>4</sup>

Ocorre que, como referido, o objeto da presente demanda é a reconstituição do que foi objeto de mandado de segurança anteriormente aforado pelo autor. Distinta esta ação do mandado de segurança, aquele visava o suspender do andamento do processo administrativo disciplinar e esta visa o reconhecimento das nulidades praticadas durante o processo. Quando do aforamento do mandado de segurança<sup>5</sup>, neste grau de jurisdição, entendi que competente seria o Segundo Grau de Jurisdição. Entretanto, foi declinada a competência e devolvido o processo a este grau de jurisdição, sob o fundamento de que os atos atacados estariam sendo praticados por autoridade não sujeita ao foro privilegiado<sup>6</sup>. Por evidente, a autoridade coatora, na ocasião, era o presidente da Comissão Processante. Entrementes, com a conclusão do PAD e conseqüente demissão do autor por parte do Presidente da Assembléia Legislativa, que endossou as conclusões da comissão processante, passou ele a ser a autoridade coatora, o que deslocaria, novamente, caso fosse um mandado de segurança, a competência ao foro privilegiado.

De qualquer modo, as irregularidades apontadas, quando da interposição do mandado de segurança, mantiveram-se híidas e ainda foram praticadas outras, conforme demonstrado no desenvolvimento da decisão que deferiu a liminar.

Aquela decisão baseou-se na documentação acostada com a inicial. A contestação oferecida rebateu os argumentos fáticos e jurídicos, mas não trouxe aos autos novos documentos capazes de demonstrar que os atos praticados durante o PAD, tidos como afetados pela nulidade, teriam sido praticados de forma diferente.

Ao contrário, a contestação foi enriquecida com vasta explanação doutrinária, questionando o positivismo dogmático, tentando demonstrar que o direito contemporâneo não mais admite o formalismo exagerado imposto pela lei e sim que deve haver um elastério, prestigiando o fim sobre a forma. Tenho como lastimável tal posicionamento jurídico-doutrinário, visto que põe por terra as nulidades previstas na lei. Segundo a teoria exposta, o objetivo de demitir servidor ao qual foi atribuído ato de improbidade administrativa, que teria sido demonstrado cabalmente através de notícias veiculadas pelos meios de comunicação, se sobrepõe sobre o rigorismo imposto pela lei no atendimento das formalidades processuais. Tal ponto de vista é extremamente perigoso, pois revela um retrocesso na cultura democrática que garante o devido processo legal e o direito à ampla defesa, remetendo ao tempo da idade média, onde o período inquisitório prevalecia. Ao adotar o critério proposto, bastaria uma notícia divulgada pela imprensa, atribuindo um fato criminoso a uma pessoa, para que esta fosse condenada por furto, roubo, estupro ou homicídio, dispensando qualquer rigor no processo criminal a que fosse submetido frente ao Poder Judiciário, pois a opinião pública, ou melhor, a opinião do público já estaria devidamente formada pelo “poder da imprensa”.

Trazido à baila, inclusive, que a improbidade praticada pelo autor restara demonstrada através de reportagem que teria mostrado o desenterrar de selos em volta da piscina da casa que o autor teria comprado em uma cidade praiana do Estado. Ocorre que tais fatos não interferiram na decisão da comissão processante e no ato de demissão do autor.

Satisfazer a opinião pública não deve ser o mote da atividade do Poder Judiciário e sim o praticar a justiça, frente ao fato concreto, independentemente, com respeito ao devido processo legal. A convicção pessoal do magistrado muitas vezes fica neutralizada pela falta de prova, por falhas processuais que muitas vezes levam à prescrição, deixando impune aquele que praticou atos contrários à lei.

Por outro lado, nunca tive a percepção de que a atividade jurisdicional, respeitado o devido processo legal e submetido aos diversos graus de jurisdição, pudesse causar grave lesão à ordem pública. O fato de uma decisão judicial ser contrária à opinião pública dominante não leva à conclusão de que ela seja uma grave lesão à ordem

pública. Este prisma levaria a conclusão que a atividade jurisdicional deveria estar voltada a atender a opinião pública e não decidir de acordo com a ordem legal vigente.

Decidir de acordo com a ordem legal, ou seja, limitar-se ao controle da legalidade, jamais adentrando no seu mérito, deve ser o mote do controle jurisdicional dos atos administrativos, no Estado Constitucional de Direito, respeitando o princípio da divisão de Poderes (art. 2º da CF/88)<sup>7</sup>.

Na lição de MIGUEL SEABRA FAGUNDES<sup>8</sup>:

*“Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o ‘mérito’ dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da ‘legalidade’. Este é o limite do controle, quanto à extensão.”*

Afirma adiante, o mesmo autor, que:

*“... a análise da legalidade (‘legitimidade’, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.”*

A lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>9</sup> é oportuna para avaliar a existência de motivos:

*“De fato, é o exame dos motivos – quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade de que possuem para determinar a vontade do agente na direção que haja tomado – meio hábil para contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista.*

*“Já de outra feita profligamos a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seja suficiente para subtraí-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão.*

*“Acreditar que em casos desta ordem o agente está livre, graças à remissão a estas expressões algo fluídas, corresponderia a atribuir-lhes uma significação mágica. Tais palavras não têm o condão de transformar as coisas, de reconstruir as realidades, de*

*fabricar um universo de fantasia, como sucede nas histórias de fadas e contos infantis. Para o agente público não há 'abracadabras', justamente porque o Judiciário pode comparecer sob o apelo dos interessados, a fim de confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano da legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais."*

Partindo desse princípio, ou seja, de analisar não o mérito, mas a legalidade dos atos atacados, é que passo a examinar a decisão já exarada, contrapondo-a contra os argumentos da contestação, da réplica e do parecer do Ministério Público, sob a ótica dos pontos essenciais, fundamentadores do suspender da decisão antecipativa da tutela, que foram a existência de manifesto interesse público e de grave lesão à ordem pública.

Como bem frisado a final do voto, os fundamentos do suspender da antecipação de tutela não adentraram no mérito da própria decisão, bem como remeteram a apreciação deste mérito quando do julgamento final da presente ação, ato jurisdicional ora praticado.

Assim, merecem análise os diversos fundamentos da decisão que concedeu a antecipação de tutela, com o devido cotejo com os argumentos das partes e o parecer do Ministério Público, modo a demonstrar se aqueles fundamentos continuam ou não hígidos.

Eis os fundamentos:

**I. Inconteste ser o autor servidor público estável, condição que adquiriu por força do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, visto que contratado em 1978.**

**A Constituição Federal, no art. 41, § 1.o, inciso II, estabelece:**

**Art.41...**

**§1o. O servidor público estável só perderá o cargo:**

**I - ...**

**II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;**

**III - ...**

**A nossa Constituição Estadual estabelece, no seu artigo 30:**

***Art. 30 – O regime jurídico dos servidores públicos civis do estado, das autarquias e fundações públicas será único e estabelecido estatuto, através de lei complementar, observados os princípios e as normas da Constituição Federal e desta Constituição.***

**Aplicável à espécie, portanto, a Lei Complementar no. 10.098/94 – o Estatuto do Servidor Público (ESP). Este o instrumento legal utilizado tanto para instaurar, como para processar e, finalmente, julgar a sindicância e o processo administrativo aos quais o ora autor foi submetido.**

Neste ponto não há qualquer controvérsia entre as partes, no sentido de o autor ser considerado servidor público estável. Ele foi admitido na Assembléia Legislativa do Estado na condição de funcionário celetista e, ao depois, considerado estável, em decorrência do supra referido art.19 do ADCT da Carta Magna de 1988<sup>10</sup>.

**No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, os servidores estaduais tiveram regulada a estabilidade garantida pela Constituição Federal, pelo artigo 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Estadual<sup>11</sup>.**

O autor, de acordo com os seus assentamentos funcionais junto à Assembléia Legislativa, foi admitido, mediante contrato, em 28 de junho de 1978, e, por contar com mais de dez anos de atividade, foi considerado estável em 06.10.88, por força dos dispositivos constitucionais supra referidos, passando a pertencer aos quadros da Casa Política sob a denominação de Estatutário Estável (Anexo I – Ficha Funcional – nos documentos em apenso).

A condição de estatutário estável conferida ao autor garante a ele perder o cargo apenas mediante processo administrativo, no qual lhe seja assegurada ampla defesa, nos termos do supra referido art. 41, §1º, inciso II, da CF.

Segundo ensinamento da doutrinadora Ada Pellegrini Grinover<sup>12</sup>:

*“a Constituição não amilimita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes”.*

A Carta Magna Estadual, por sua vez, garante aos servidores públicos civis regime jurídico único e estabelecido em estatuto, através de lei complementar, sempre sob a égide dos princípios e das normas das Constituições Federal e Estadual, nos termos do supra referido art.30 da CE.

O estatuto a que se refere o dispositivo retro referido é a Lei Complementar nº 10.098/94 – o Estatuto do Servidor Público (ESP).

Assim, face à estabilidade conferida ao autor pela Carta Magna de 1988, os atos a ele atribuídos devem ser submetidos aos procedimentos previstos no Estatuto de Servidor Público, sempre sob a égide dos princípios e normas das Constituições Federal e Estadual.

**II. O autor enumera diversos fatos ensejadores de nulidades, tanto da sindicância, como do processo administrativo.**

**No que concerne ao processo administrativo, as nulidades estão previstas no art.221 do ESP que reza:**

***Art. 221 - Acarretarão a nulidade do processo:***

- a) a determinação de instauração por autoridade incompetente;**
- b) a falta de citação ou notificação, na forma determinada nesta lei;**
- c) qualquer restrição à defesa do indiciado;**
- d) a recusa injustificada de promover a realização de perícias ou quaisquer outras diligências convenientes ao esclarecimento do processo;**
- e) os atos da comissão praticados apenas por um dos seus membros;**
- f) acréscimos ao processo depois de elaborado o relatório da comissão sem nova vista ao indiciado;**

***g) rasuras e emendas não ressalvadas em parte substancial do processo.***

***Art. 222 - As irregularidades processuais que não constituírem vícios substanciais insanáveis, suscetíveis de influírem na apuração da verdade ou decisão do processo, não determinarão a sua nulidade.***

***Art. 223 - A nulidade poderá ser arguida durante ou após a formação da culpa, devendo fundar-se a sua arguição em texto legal, sob pena de ser considerada inexistente.***

O analisado no item I confirmou a aplicabilidade, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, da Lei Complementar nº 10.098/94 – o Estatuto do Servidor Público (ESP), ao autor, em decorrência de ter sido reconhecida a estabilidade conferida ao autor pela Carta Magna de 1988.

O ESP regulamentou, em seu Capítulo IV, o Processo Administrativo Disciplinar em Espécie, fixando este processo como sendo o instrumento utilizado no Estado para apurar responsabilidade de servidor por irregularidade ou infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação direta com o exercício do cargo em que se encontre efetivamente investido. O procedimento a ser adotado neste processo está regulamentado nos artigos 205 a 223 do já supra referido estatuto.

As nulidades argüidas pelo autor estão entre as previstas no artigo 221 acima destacado, em especial, as previstas nas letras “a”, “b”, “c” e “d”.

Modo a precisar o âmbito do estudo destas nulidades argüidas pelo autor merece destaque, a respeito das nulidades em si, o ensinamento do douto HELY LOPES MEIRELLES<sup>13</sup>:

*“Ato Nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do Direito Público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer desses casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei (STF, RDA 38/259, 51?274; RT*

227/602, 258/591; TASP, RT 299/518). A nulidade, todavia, deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário (cap. XI, itens III e V), não sendo permitido ao particular negar exeqüibilidade ao ato administrativo, ainda que nulo, enquanto não for regularmente declarada sua invalidade, mas essa declaração opera ex tunc, isto é, retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas.”

Igualmente não houve irresignação das partes quanto à aplicabilidade destes dispositivos legais ao procedimento ao qual o autor foi submetido, restringindo-se a irresignação da requerida, quanto ao reconhecimento das nulidades em espécie.

Portanto, resta o exame dos argumentos utilizados, quando do deferimento da liminar, para o reconhecimento de cada uma das nulidades arguidas:

**II.1. Seguindo a ordem estabelecida pelo artigo supra referido cabe analisar o argumento do autor de haver nulidade na instauração do processo administrativo, tanto por ferido o princípio da impessoalidade como por impedimento e suspeição dos membros do colegiado processante.**

A aplicação do princípio da impessoalidade na administração pública, constitucionalmente assegurado<sup>14</sup>, tem por objetivo impor ao administrador público a prática de atos sempre com finalidade pública, ficando impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-los no interesse próprio ou de terceiros.

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES<sup>15</sup>:

*“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”*

Mais adiante, refere o mesmo doutrinador:

*“O que o princípio da finalidade veda a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder...”*

Este deve ser o norte daqueles que conduzem um processo administrativo disciplinar, pois, na busca do investigar, para depois julgar um agente público, aqueles que integram a comissão processante devem agir estritamente dentro do regramento aplicável à espécie.

No ensinamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>16</sup>, o princípio da impessoalidade:

*“traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie.”*

No que concerne ao impedimento e à suspeição, na lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI<sup>17</sup>, o primeiro constitui uma proibição, dirigida ao juiz, de funcionar nas causas enumeradas pela lei e se caracteriza porque a lei considera tão relevantes esses motivos, que o defeito do processo sobrevive até mesmo ao trânsito em julgado da sentença proferida por juiz impedido, por ser admitida ação rescisória contra ela. Já a suspeição se configura por circunstâncias que o juiz tem o dever de se afastar da causa e, em não o fazendo, a parte pode impugnar a sua atuação. Mas se o juiz não se considerar suspeito, e a parte não o alegar, no prazo e forma legais, a suspeição, o defeito deixa de produzir qualquer consequência jurídica no processo: os atos e a sentença que ele proferir serão válidos.

Esta deverá ser a ótica da análise dos itens que seguem.

II.1.a. Afirma o autor que a portaria nº 011, de 14 de agosto de 2007, que instaurou o processo administrativo e designou a comissão para julgá-lo, bem como a portaria nº 014, de 11 de outubro de 2007, que prorrogou o prazo para

conclusão do referido processo, foi expedida pelo Sr. MAURÍCIO SILVEIRA DE OLIVEIRA, na qualidade de Superintendente Administrativo e Financeiro da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, pessoa esta que serviu de testemunha no processo, conforme se depreende da notificação levada a feito pelo Memorando nº 029-07-CIAD.

Este fato, de o Sr. MAURÍCIO ter prestado depoimento e, ao mesmo tempo, ser a autoridade competente para determinar a instauração do processo, segundo o autor, teria ferido o princípio da impessoalidade insculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

**Entretanto, segundo se depreende do Relatório Conclusivo da Comissão de Inquérito, no item 1.9 (fls.76/77), o Senhor Presidente da Assembléia Legislativa teria apostado, em 14 de agosto de 2007, a fls. 1397 do Processo nº 3026-01.00/07-4 (Autos da Sindicância que concluiu pela necessidade de submeter o ora autor a Processo Administrativo Disciplinar), despacho acolhendo as conclusões apostas na referida sindicância e autorizando a instauração do Inquérito Administrativo designando os servidores que deveriam compor a referida comissão e remetendo à Superintendência Administrativa e Financeira para as providências necessárias. Esta determinação, dita constante dos autos da Sindicância, não foi trazida aos autos pelo ora autor.**

**Em não havendo cópia autêntica integral dos autos da sindicância, não há como negar, nesta fase do processo, a veracidade da afirmativa constante do Relatório Conclusivo do PAD.**

**Assim, a intervenção do Sr. MAURÍCIO deu-se por dever de ofício, cumprindo as determinações do Sr. Presidente da Assembléia e dando os impulsos administrativos necessários para suporte à Comissão Processante. Não há, em tese, ilegalidade no agir do Superintendente Administrativo e Financeiro, visto que o impedimento de prestar depoimento como testemunha, previsto em lei refere-se especificamente aos membros da Comissão, nos termos do art.209 do ESP:**

***Art. 209 - O membro da comissão ou o servidor designado para secretariá-la não poderá fazer parte do processo na qualidade de testemunha, tanto da acusação como da defesa.***

**A Comissão Processante afirmou que o depoimento foi tomado a requerimento do próprio autor, na qualidade de testemunha da defesa, conforme se depreende da defesa prévia. A suspeição ou o impedimento sequer foram arguidos pela defesa do autor quando do depoimento do Sr. Maurício, na qualidade de testemunha, à Comissão Processante.**

Os fundamentos da liminar não foram rebatidos pelas partes e, em especial pelo autor, a quem cabia demonstrar o por ele referido impedimento do Sr. Maurício Silveira de Oliveira, na qualidade de Superintendente Administrativo e Financeiro da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, a uma, por ter sido o instaurador da Comissão Processante e, a duas, por ter servido de testemunha no mesmo processo.

Da leitura, supra, dos fundamentos que afastaram tais pontos como ensejadores de nulidade, verifica-se que a instauração da comissão processante e a sua composição teria se dado por ordem do Sr. Presidente da Assembléia Legislativa, modo que o Sr. Maurício teria agido estritamente dentro das atribuições de seu cargo de Superintendente Administrativo e Financeiro, sem qualquer deliberação própria. Esta determinação teria sido aposta, em 14 de agosto de 2007, a fls. 1397 do Processo nº 3026-01.00/07-4 (Autos da Sindicância que concluiu pela necessidade de submeter o ora autor a Processo Administrativo Disciplinar). Não fosse verdadeira tal afirmativa, caberia ao autor fazer a prova da inexistência de tal determinação. Em não o fazendo, não há como acolher esta circunstância como causa impeditiva de oitiva do Sr. Maurício como testemunha.

Quanto à oitiva do Sr. Maurício, como testemunha no PAD, esta o foi por pedido do próprio autor em sua defesa prévia, onde postulou, genericamente, pela oitiva de todos os Superintendentes Administrativos e Financeiros do período em que o autor exerceu a função de responsável pelo controle do contrato com os Correios.

Assim, a teor do art.209 do ESP, já acima destacado, ambas as circunstâncias não podem ser admitidas como causas de nulidade do PAD. Entretanto, este último argumento chama a atenção, visto que foi admitida a oitiva do Sr. Maurício, mas não foi admitida a oitiva, como se verá adiante, do Sr. Maciel, representando tal circunstância duas medidas para uma mesma situação, visto que ao postular a oitiva genérica dos Superintendentes a que esteve subordinado, o autor desejava ouvir a ambos, Maurício e Maciel, e, em sendo admitida a oitiva de um e não a de outro, tal circunstância pode ser considerada como afronta ao princípio da impessoalidade.

**II.1.b. No que se refere à composição da Comissão Processante, importante ressaltar que o autor foi processado por atos que praticou enquanto exercia a função de Diretor do DPAC – Departamento de Protocolo, Arquivamento e Comunicações e que, em razão de informações recebidas da Polícia Federal, foi decido o seu afastamento, pela Direção da Casa, no dia 18 de maio de 2007.**

A LC nº 10.098/94, em seu artigo 206, estabelece a forma de composição da Comissão Processante:

*Art. 206 - O processo administrativo disciplinar será conduzido por comissão composta de 3 (três) servidores estáveis, com formação superior, sendo pelo menos um com titulação em Ciências Jurídicas e Sociais, designados pela autoridade competente, que indicará, dentre eles, o seu presidente.*

*§ 1º - O presidente da comissão designará, para secretariá-la, um servidor que não poderá ser escolhido entre os componentes da mesma.*

*§ 2º - VETADO*

*§ 3º - Não poderá integrar a comissão, nem exercer a função de secretário, o servidor que tenha feito a denúncia de que resultar o processo disciplinar, bem como o cônjuge ou parente do acusado, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até 3º grau.*

A regra prevista para o processamento da Sindicância, quanto à composição da Comissão Sindicância, por analogia, aplica-se à composição da Comissão Processante, visto aquela referir-se a um procedimento de menor importância e, portanto, aplicável ao de maior importância. Reza o art. 201 do ESP:

*Art. 201 - Toda autoridade estadual é competente para, no âmbito da jurisdição do órgão sob sua chefia, determinar a realização de sindicância, de forma sumária, a qual deverá ser concluída no prazo máximo de 30 (trinta) dias úteis, podendo ser prorrogado por até igual período.*

*§ 1º - A sindicância será sempre cometida a servidor de hierarquia igual ou superior à do implicado, se houver.*

*§ 2º - O sindicante desenvolverá o encargo em tempo integral, ficando dispensável de suas atribuições normais até a apresentação do relatório final, no prazo estabelecido neste artigo.*

O autor exercia a função de Diretor no período dos fatos que lhe foram imputados. Assim, de acordo com o estabelecido no parágrafo primeiro do artigo supra referido, a comissão processante deve ser composta por servidores de hierarquia igual ou superior à do implicado, no caso, o autor.

Neste sentido o ensinamento do eminente doutrinador Hely Lopes Meirelles, em sua obra: *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª Edição, 2002, pág. 663, no capítulo do Controle da Administração, que assim dispõe:

***“O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevem os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. A comissão – especial ou permanente – há de ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico, que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo”(grifei).***

Sob esta ótica, procede a inconformidade o autor, eis que, tanto na composição da comissão de sindicância que deu suporte à instauração do Processo Administrativo ora atacado, como na da comissão processante do próprio Processo Administrativo Disciplinar, fazia parte de cada uma das comissões, um membro de categoria inferior a dele, autor.

Na Comissão Processante, fez parte a Sra. Ana Lúcia Baptista Ramos, Técnica em Apoio legislativo. Por evidente que a função de técnico é de categoria inferior a de Diretor de Departamento.

Não há qualquer referência na lei quanto à necessidade de haver subordinação hierárquica. O princípio de hierarquia deve ser preservado porque a responsabilidade e a complexidade de uma determinada atividade aumentam à medida que aumenta a importância do cargo. Não há como se exigir a devida compreensão da complexidade da atividade do investigado e sua responsabilidade, por pessoa que não exerce cargo de igual ou superior importância.

Desimporta, no caso, o fato de não haver plano de carreira no quadro da Assembléia Legislativa e que apenas haja padrões de vencimentos diferenciados. Também desimporta o fato de o autor não mais estar investido no cargo, ainda mais que o afastamento preventivo das funções é corolário legal, insculpido no artigo 204 do ESP:

***Art. 204 - Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade ou infração funcional, a autoridade instauradora do processo administrativo disciplinar poderá determinar o afastamento preventivo do exercício das atividades do seu cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.***

***Parágrafo único - O afastamento poderá ser prorrogado por igual período, findo o qual cessarão definitivamente os seus efeitos, mesmo que o processo administrativo disciplinar ainda não tenha sido concluído.***

O mesmo vício ocorreu na composição da comissão sindicante, onde participou o servidor Rodrigo Soares Olympio, do Quadro de Segurança do Legislativo. Não há como não perceber que o cargo de segurança é inferior

**hierarquicamente ao cargo de Diretor de Departamento, independentemente da análise da qualificação funcional ou da remuneração percebida por cada um deles.**

**A autoridade competente, ou seja, o Superintendente Administrativo e Financeiro da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, por conta própria, ou em obediência ao determinado pelo Sr. Presidente da Assembléia Legislativa, ao designar servidores, por meio da Portaria nº 011, de 14 de agosto de 2007, instaurou Comissão Processante composta por um membro de categoria hierarquicamente inferior ao cargo exercido pelo autor, infringindo assim o disposto no artigo 206, combinado com o parágrafo primeiro do artigo 201, ambos da LC 10.098/94, o Estatuto do Servidor Público deste Estado.**

Os argumentos utilizados na contestação, para rebater os fundamentos acima referidos, o foram no sentido de caracterizar o autor como servidor “estatutário estável” por força das correções impostas à redação da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, correções estas determinadas pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.150, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em conformidade com entendimento do Tribunal de Contas, recebendo uma remuneração equivalente ao nível III, classe A.

Tal circunstância não permitiria a invocação de violação de dispositivo do Estatuto dos Servidores Públicos porque o autor não estaria a compartilhar a estrutura de níveis e classes e a nem dividir ou disputar promoções com os servidores efetivos, diante da dissociação entre essas duas estruturas funcionais.

Os argumentos foram reiterados pelo Ministério Público em seu parecer final, sinalando que o autor não ocupa cargo público, sendo mero exercente de função pública, afirmando não ser ele servidor hierarquicamente superior aos integrantes da Comissão de Sindicância, seja em cargo, seja em instrução, seja em titulação.

Nenhum destes argumentos afasta o critério adotado quando da análise da hipótese em liminar, onde destaquei ser primordial o cargo exercido quando da prática dos atos investigados e que a comissão processante deve ser constituída por servidor de hierarquia igual ou superior à do implicado, se houver. Assim sendo, visto os atos terem sido praticados no exercício de função de diretor, a comissão processante deveria ser integrada por membros de igual ou superior função dentro da Assembléia Legislativa.

Aceitar composição diferente para uma comissão processante, nos termos praticados pelo Senhor Presidente da Assembléia Legislativa, seria cancelar irregularidades praticadas pelos servidores de menor importância dentro do quadro de servidores, principalmente algum estatutário estável, que, por conveniência política, fosse guindado a cargo de confiança, para, ao depois, descoberta a falcatrua a ele imposta, ser extirpado dos quadros sem qualquer consideração, visto que a comissão processante poderia ser formada por vigilantes e ascensoristas, desde que um deles tenha titulação em Ciências Jurídicas e Sociais, ante a perspectiva de ser o próximo a ser convidado a exercer o cargo que ficará vago.

Não há que se falar, também, que o autor já não mais exercia o cargo, pois notório o afastamento ter sido decidido, pela Direção da Casa, no dia 18 de maio de 2007, em razão de informações recebidas da Polícia Federal e que, quando ele estava em férias, foi confirmada a existência de irregularidades no fornecimento de selos à Assembléia Legislativa. Como o cargo era de confiança, a demissão foi consequência lógica. Fosse exercício de cargo efetivo, aí sim seria aplicada a norma legal que determina o afastamento do servidor de suas funções, sem prejuízo de seus vencimentos, enquanto em andamento o PAD<sup>18</sup>.

Hígidos, portanto, os fundamentos que reconheceram o vício na composição da comissão processante.

## **II.2. Cabe agora examinar a validade da citação do autor no processo administrativo a que foi submetido.**

**Reza o art. 221 da LC nº 10.098/94, que acarretarão a nulidade do processo, a falta de citação ou de notificação, na forma determinada nesta lei.**

**A citação, bem como os demais procedimentos a serem adotados, está prevista no art.228 do ESP:**

**Art. 228 - O presidente da comissão, ao instalar os trabalhos, autuará portaria e demais peças existentes e designará dia, hora e local para a audiência inicial, citando o indiciado, se houver, para interrogatório e acompanhamento do processo.**

**§ 1º - A citação do indiciado será feita, pessoalmente ou por via postal, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis da data marcada para audiência, e conterà dia, hora, local, sua qualificação e a tipificação da infração que lhe é imputada.**

**§ 2º - Caso o indiciado se recuse a receber a citação, deverá o fato ser certificado, à vista de, no mínimo, 2 (duas) testemunhas.**

**§ 3º - Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, a citação será feita por edital, publicada no órgão oficial por 3 (três) vezes, com prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados a partir da primeira publicação, juntando-se comprovante ao processo.**

**§ 4º - Quando houver fundada suspeita de ocultação do indiciado, proceder-se-á à citação por hora certa, na forma dos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil.**

**§ 5º - Estando o indiciado afastado do seu domicílio e conhecido o seu endereço em outra localidade, a citação será feita por via postal, em carta registrada, juntando-se ao processo o comprovante de registro e o aviso de recebimento.**

**§ 6º - A citação pessoal, as intimações e as notificações serão feitas pelo secretário da comissão, apresentado ao destinatário o instrumento correspondente em duas vias para que, retendo uma delas, passe recibo devidamente datado na outra.**

**§ 7º - Quando o indiciado comparecer voluntariamente junto à comissão, será dado como citado.**

**§ 8º - Não havendo indiciado, a comissão intimará as pessoas, servidores, ou não, que, presumivelmente, possam esclarecer a ocorrência, objeto do inquérito.**

**O parágrafo primeiro acima enunciado estabelece que a citação do indiciado seja feita pessoalmente. Ocorre que, conforme se depreende do recebimento acostado na cópia da citação, esta foi recebida na pessoa de Cordélia Kuhn Besouche, procuradora do autor. Ou seja, a citação não foi pessoal como determina a lei aplicável à espécie, incorrendo, portanto, na hipótese de nulidade em comento.**

**Ato nulo, também na lição de Hely Lopes Meirelles (op. cit. pág.169), quando da análise dos atos administrativos, “é aquele que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual.**