

PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

PROCURADOR DO MUNICÍPIO

PROVA DISCURSIVA – PEÇA JURÍDICA

Aplicação: 21/5/2017

PADRÃO DE RESPOSTA DEFINITIVO

1 Possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar em razão de denúncia anônima

No caso em estudo, a referida denúncia deve ser recebida como “denúncia anônima”, ante a impossibilidade de identificação do autor da representação. No que tange à possibilidade de a denúncia anônima ser apurada, o art. 143 da Lei n.º 8.112/1990 não faz restrição se o conhecimento da irregularidade pela autoridade foi ou não por denúncia anônima.

Quanto à denúncia ofertada por terceiros, o parágrafo único do art. 144 da Lei n.º 8.112/1990 assim estabelece:

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada por falta de objeto.

De igual forma, verifica-se no art. 187 da Lei n.º 6.794, de 27/12/1990 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza): “Art. 187 – As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.”

Ademais, atualmente já foi construído o entendimento no âmbito da administração pública e do Poder Judiciário de que é possível a apuração de denúncia anônima. Nesse sentido, poderá ser realizada uma apuração preliminar e informal; se essa apuração revelar indícios da ocorrência do noticiado na denúncia, com suporte das evidências encontradas no trabalho preliminar investigativo, poderá ser instaurado o processo administrativo disciplinar. É a tese defendida pela AGU, no Despacho do consultor-geral da União n.º 396/2007: “O Poder Público, provocado por delação anônima (disque-denúncia, por exemplo), pode adotar medidas sumárias de verificação, com prudência e discricção, sem formação de processo ou procedimento, destinadas a conferir a plausibilidade dos fatos nela denunciadas. Caso encontrados elementos de verossimilhança, poderá o poder público formalizar a abertura do processo ou procedimento cabível, desde que mantendo completa desvinculação desse procedimento estatal em relação à peça apócrifa, ou seja, desde que baseado nos elementos verificados pela ação preliminar do próprio Estado”. No mesmo sentido, colhe-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Agravo de Instrumento n.º 0004704-05.2009.8.06.0000, Rel. Des. Teodoro Silva Santos, data de registro 06/09/2012).

O Pleno do STF se manifestou acerca da matéria no Inquérito n.º 1.957-7/PR, DJ 11/11/2005, que foi um dos fundamentos a embasar o Despacho do consultor-geral da União n.º 396/2007. Nos termos do voto do ministro Celso de Mello: “nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima (disque-denúncia, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discricção”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciadas, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da *persecutio criminis*, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; e o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua *opinio delicti* com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos escritos anônimos”.

O STJ também acolhe a tese sustentada pelo STF:

O STJ vem decidindo que não há nulidade na instauração de Processo Administrativo Disciplinar instaurado após a realização de investigação preliminar para averiguar o conteúdo de denúncia anônima, na medida em que, na forma do art. 143 da Lei 8.112/1990, a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, como ocorreu o presente caso. Precedente: MS 18.664/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção do STJ, julgado em 23/04/2014, DJe 30/04/2014. (MS 21084/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, S1, DJe 01/12/2016). No mesmo sentido: RMS 44.298/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014.

Para a doutrina:

Por isso mesmo, a jurisprudência tem admitido a instauração de procedimento investigatório até mesmo em caso de denúncia anônima, quando esta oferecer indícios de veracidade e seriedade, argumentando-se com a circunstância de que, se o Poder Público pode fazê-lo *ex officio*, poderá aceitar a investigação provocada, ainda que o denunciante não tenha observado a formalização de maneira ortodoxa. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. In: Manual de direito administrativo. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.117).

Dessa forma, depreende-se que não há qualquer irregularidade, pois a denúncia por si só não originou a instauração do feito, mas diligências em que se constataram indícios de autoria e materialidade que resultaram, *a posteriori*, na instauração de processo administrativo disciplinar.

A instauração de processo administrativo por meio de denúncia anônima também é decorrência do princípio da autotutela administrativa.

Por fim, não se deve confundir a vedação constitucional ao anonimato (art. 5º, IV, da CF) com a possibilidade de denúncia anônima.

2 Nulidade do processo administrativo disciplinar ante a falta de defesa técnica por advogado

Não há qualquer nulidade, pois a falta de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição, nos termos do entendimento consolidado, pelo STF, na Súmula Vinculante n.º 5, *in verbis*:

Súmula Vinculante n.º 5 do STF: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. (18 de maio de 2008)

Trata-se, portanto, de uma faculdade do servidor, não gerando nulidade a falta do advogado no processo disciplinar, a dispensa ou a renúncia do seu patrono.

Menções à não aplicação da Súmula 343 do STJ e à aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo) serão levadas apenas para fins de demonstração de domínio sobre a matéria.

3 Diferença entre inexigibilidade e dispensa de licitação, e se o caso em tela se amoldaria a uma das formas de contratação direta

A contratação direta é medida excepcional. Nesse ponto, o administrador deve ser cauteloso, pois dispensar ou inexigir a licitação fora dos casos previstos em lei é tipo penal descrito no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 traz hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

No dizer autorizado de Maria Sylvia Zanella di Pietro, a distinção entre os institutos “está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da administração; a licitação é, portanto, inviável”. (Maria Sylvia Zanella di Pietro. **Direito administrativo**. 10.ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 265.)

Segundo Lúcia Machado D’Avila, a dispensa “é figura que isenta a administração do regular procedimento licitatório, apesar de no campo fático ser viável a competição, pela existência de vários particulares que poderiam ofertar o bem ou serviço. Entretanto, optou o legislador por permitir que, nos casos por ele elencados, e tão-somente nesses casos, a administração contrate de forma direta com terceiros, sem abrir o campo de competição entre aqueles que, em tese, poderiam fornecer os mesmos bens ou prestar os mesmos serviços”. Já a inexigibilidade “se define pela impossibilidade de licitar por inexistirem produtos ou bens que tenham características aproximadas e que, indistintamente, possam servir ao interesse público, ou por inexistir pluralidade de particulares que possam satisfazer o fornecimento de bens e serviços”. (Maria Sylvia di Pietro; Dora Maria de Oliveira Ramos. Márcia Walquiria Batista dos Santos; Vera Lúcia Machado D’Avila. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 85-6.)

A doutrina divide as hipóteses legais de dispensa em licitação dispensada e licitação dispensável.

A licitação dispensada ocorre quando, em que pese se vislumbrar a possibilidade de se realizar o procedimento competitivo, a própria lei determina o afastamento do procedimento, ou seja, não há margem de escolha do administrador público, pois a própria lei afasta a licitação, consoante art. 17 da Lei nº 8.666/93.

A licitação dispensável ocorre quando há autorização para se decidir acerca da utilização ou não do procedimento licitatório para contratar. Observa-se a possibilidade de deflagrar o certame, contudo, há a possibilidade de não utilizá-lo, cabendo ao administrador público, motivadamente, dentre as hipóteses legais, avaliar se é conveniente e oportuno realizar o procedimento licitatório, dispensando, se for o caso, em razão do interesse público, conforme as situações elencadas taxativamente no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

No caso em tela, é cabível (em tese, ante dos dados oferecidos na questão) a dispensa de licitação (dispensável), nos termos da lei e da doutrina sobre o tema:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV – nos casos de **emergência ou de calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento

da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Nesse sentido é também a doutrina sobre o tema: “Outro caso de dispensa é aquele em que ocorre a calamidade pública, situação, natural ou não, que destrói ou põe em risco a vida, a saúde ou os bens de certos agrupamentos sociais. Normalmente deriva de fatos naturais, como chuvas torrenciais, alagamentos, transbordamentos de rios e outros fenômenos naturais. Verificada tal situação fática, a licitação se torna dispensável, dada a necessidade de contratação rápida de obras, serviços e compras”. (José Santos Carvalho Filho. **Manual de direito administrativo**. Ed. Atlas, 25.^a ed., p. 250.)

Logo, a irregularidade consistiu, na esfera procedimental, em ter realizado uma inexigibilidade (art. 25 da Lei 8.666/93) no lugar de dispensa, pela modalidade dispensável (art. 24 da Lei nº 8.666/93), além do recebimento de propina, o que viola os princípios reitores da licitação.

4 Reflexos para o PAD do falecimento do acusado antes do julgamento e se tal fato impediria a instauração de uma ação de ressarcimento ou por meio de ação de improbidade administrativa para reaver valores eventualmente desviados

Destaco, por oportuno, que a morte do servidor é causa de extinção de punibilidade, em decorrência da garantia constitucional de que a pena não passa da pessoa do acusado.

CF – Art. 5.º:

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (princípio da intranscendência da pena);

CP – Extinção da punibilidade:

Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11/7/1984)

I – pela morte do agente;

Entretanto, advirta-se que a morte não afasta a possível repercussão civil de reparar prejuízo, uma vez que esta não tem caráter punitivo. **Privilegia-se também o princípio da independência das instâncias.**

CPP – Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

“(…) com a morte do agente, a comissão de inquérito fará juntar a certidão de óbito para fins de extinção da punibilidade no que concerne à pena disciplinar, tão somente. E aqui, ao tratar da responsabilidade civil do servidor (…), a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, no limite do valor da herança (…).” (Sebastião José Lessa. **Do processo administrativo disciplinar e da sindicância**. Editora Brasília Jurídica, 4.^a ed., 2006, p. 216.)

Assim, poder-se-ia instaurar uma ação de ressarcimento, pois a obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida, nos termos do art. 122, § 3º, da Lei n.º 8.112/1990:

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros- (equivalente ao art. 170 da Lei nº 6.794, de 27/12/1990 - Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza).

(…)

§ 3.º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Este é o entendimento do STJ em caso análogo, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FALECIMENTO DO RÉU (EX-PREFEITO) NO DECORRER DA DEMANDA – HABILITAÇÃO DA VIÚVA MEEIRA E DEMAIS HERDEIROS REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – ARTS. 1.055 E SEGUINTE DO CPC – ART. 535 DO CPC. 1. Não pode o jurisdicionado escolher quais fundamentos devem ser utilizados pelo magistrado, que pauta-se na persuasão racional para “dizer o direito”. Não-violação dos arts. 535, 165 e 458, II, do CPC. 2. A questão federal principal consiste em saber se é possível a habilitação dos herdeiros de réu, falecido no curso da ação civil pública, de improbidade movida pelo

Ministério Público, exclusivamente para fins de se prosseguir na pretensão de ressarcimento ao erário. 3. Ao requerer a habilitação, não pretendeu o órgão ministerial imputar aos requerentes crimes de responsabilidade ou atos de improbidade administrativa, porquanto personalíssima é a ação intentada. 4. Estão os herdeiros legitimados a figurar no pólo passivo da demanda, exclusivamente para o prosseguimento da pretensão de ressarcimento ao erário (art. 8.º, Lei n.º 8.429/1992). Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 732777 MG 2005/0040770-0, Rel. Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 6/11/2007, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19/11/2007 p. 218.)

Portanto, a morte do servidor processado administrativamente, como causa extintiva da punibilidade, promoverá a extinção/conclusão do PAD (por perda do objeto, sem julgamento de mérito) e conseqüente arquivamento, porém não é causa impeditiva para propositura de ação de ressarcimento ou ação de improbidade administrativa para rever o ressarcimento ao erário.

Observação: a utilização do CP e do CPP decorre apenas de uma lógica jurídica, sem extrapolar o conteúdo do edital.

Observação geral: não serão apenados os candidatos que não fizeram referência a dispositivos legais.