Cadernos do Programa de Pós-Graduação DIREITO/UFRGS
volume 18 | n. 1 | 2023 | seer.ufrgs.br/ppgdir

O DIÁLOGO DAS FONTES APLICADO AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES: PROIBIÇÃO DE OITIVA DE COACUSADO NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA OU INFORMANTE

THE SOURCES DIALOGUE APPLIED TO DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCEDURES: PROHIBITION OF THE HEARING OF CO-ACCUSED AS A WITNESS OR INFORMANT

Ewerton Ricardo Messias[*]

RESUMO: Ainda nos dias atuais há dúvida quanto à aplicação de institutos de outros ramos do Direito ao direito administrativo disciplinar. Assim, visando elucidar tal problema de pesquisa, o presente estudo objetiva verificar a aplicação da regra de proibição de oitiva/inquirição de coacusados, na condição de testemunhas ou de informantes, no âmbito de processos administrativos disciplinares. Para tanto serão analisadas questões como a possibilidade de aplicação de normas de outros ramos do Direito ao direito administrativo disciplinar; a regra da não admissão da oitiva/inquirição de coacusado no âmbito do sistema processual brasileiro e a sua aplicação aos processos administrativos disciplinares; a questão da vinculação do Poder Executivo ao princípio da legalidade; e a questão do controle de legalidade *latu senso* a ser realizado pelo Poder Judiciário, diante de eventual oitiva/inquirição de coacusado na condição de testemunha ou de informante em processo administrativo disciplinar. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, os métodos de abordagem e de procedimento a serem seguidos serão, respectivamente, o empírico-dialético e o bibliográfico, tendo como pano de fundo um referencial teórico pautado na teoria do dialogo das fontes. Em conclusão, aponta-se pela impossibilidade legal e jurisprudencial da oitiva/inquirição de coacusado, na condição de testemunha ou de informante, em processo administrativo disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo das fontes. Processos administrativos disciplinares. Oitiva de coacusado. Controle de legalidade. Poder Judiciário.

ABSTRACT: *Even today, there is doubt as to the application of institutes from other branches of law to disciplinary administrative law. Thus, in order to elucidate this research problem, the present study aims to verify the application of the rule of prohibition of hearing/investigation of co-accused, as witnesses or informants, in the scope of disciplinary administrative proceedings. In order to do so, issues such as the possibility of applying norms from other branches of law to disciplinary administrative law will be analyzed; the rule of non-admission of the hearing/investigation of the co-accused within the scope of the Brazilian procedural system and its application to disciplinary administrative proceedings; the question of the binding of the Executive Power to the principle of legality; and the question of legality control latu senso to be carried out by the Judiciary, in the face of any hearing/investigation of the co-accused as a witness or informant in a disciplinary administrative process. To obtain the results desired by the research, the methods of approach and procedure to be followed will be, respectively, the empirical-dialectical and the bibliographic, having as a background a theoretical framework based on the theory of dialogue of sources. In conclusion, it is pointed out the legal and jurisprudential impossibility of hearing/investigating a co-accused, as a witness or informer, in a disciplinary administrative process.*

KEYWORDS: *Source dialog. Disciplinary administrative proceedings. Hearing of co-accused. Legality control. Judicial power.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Aplicação de normas de outros ramos do direito ao direito administrativo disciplinar: diálogo das fontes qualificado pelas previsões legal e normativo-institucional. 2 O Sistema processual brasileiro e a não admissão da oitiva de coacusado: aplicação aos processos administrativos disciplinares. 3 O poder executive e sua vinculação ao princípio da legalidade. 4 Do controle de legalidade *latu sensu* do ato administrative pelo poder judiciário. 5 Conclusão. Referências

[*] Doutor em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR (2019). Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR (2014). Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança - Cel PM Nelson Freire Terra (2021). Especialista em Direito e Gestão Ambiental pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Garça - FAEG (2010). Graduado em Direito pela Faculdade Eduvale Avaré

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador têm admitido institutos jurídicos, advindos de variadas áreas do Direito, com a finalidade de garantir direitos fundamentais. Trata-se da aplicação conjunta, complementar ou subsidiária de normas de um ramo do Direito em outro, conforme preconiza a teoria do diálogo das fontes.

Diante dessa realidade surge um problema de pesquisa, o qual pode ser expresso na seguinte indagação: no ramo do Direito Administrativo disciplinar, deve o operador do Direito valer-se da teoria do diálogo das fontes para alcançar a finalidade de proteção dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do direito de não produção de provas contra si mesmo, afastando a oitiva/inquirição de coacusados, na condição de testemunhas ou de informantes, no âmbito dos processos administrativos disciplinares?

Assim, para responder a tal indagação, a presente pesquisa objetiva verificar, por meio da análise cotejada entre a Constituição Federal de 1988, as leis, a doutrina e a jurisprudência, a aplicação da regra de proibição de oitiva/inquirição de coacusados, na condição de testemunhas ou de informantes, no âmbito de processos administrativos disciplinares.

Para tanto, inicialmente será analisada a possibilidade de aplicação de normas de outros ramos do Direito ao Direito Administrativo disciplinar (Sancionador). Em seguida será estudada a regra da não admissão da oitiva/inquirição de coacusado no âmbito do sistema processual brasileiro, a fim de verificar a sua aplicação aos processos administrativos disciplinares. Mais à frente será verificada a questão da vinculação do Poder Executivo ao princípio da legalidade. Por fim, será abordada a questão do controle de legalidade *latu sensu* a ser realizado pelo Poder Judiciário, diante eventual oitiva/inquirição de coacusado na condição de testemunha ou de informante em processo administrativo disciplinar.

A justificativa para a realização da presente pesquisa é a necessidade de reforço doutrinário à, cada vez mais premente, proteção dos direitos fundamentais no âmbito dos processos sancionadores, sejam eles penais ou administrativos disciplinares.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético[1], tendo como pano de fundo um referencial teórico pautado da teoria do diálogo das fontes[2].

O método de procedimento utilizado para a realização da presente pesquisa foi o bibliográfico, utilizando-se de textos doutrinários, legais e jurisprudenciais, além de pesquisas científicas publicadas em periódicos qualificados.

1 APLICAÇÃO DE NORMAS DE OUTROS RAMOS DO DIREITO AO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: DIÁLOGO DAS FONTES QUALIFICADO PELAS PREVISÕES LEGAL E NORMATIVO-CONSTITUCIONAL

No âmbito do Estado Democrático de Direito brasileiro, o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador submetem-se a núcleos mínimos de garantias constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal. Nas palavras de Fabio Osório Medina (2009, p. 131) tais núcleos são "[...] estruturantes dos direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito".

Assim, tais núcleos de garantias constitucionais incidem também no âmbito do Direito Administrativo sancionador, ou seja, o poder punitivo da Administração Pública fundamenta-se e limita-se na sistemática constitucional, assim como ocorre no âmbito do Direito Penal.

É fato que o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador têm enfrentado, nas últimas décadas, importante influência do Direito Comparado por intermédio da admissão de inúmeros institutos jurídicos voltados a garantir os direitos fundamentais (BRASIL. STF, 2019, p. 3).

[1] Para Lourival Vilanova, "os objetos culturais, entre os quais se aloja o direito, são todos aqueles que estão na experiência, tendo existência real, contudo sempre valiosos, positiva ou negativamente. O ato gnosiológico próprio é a "compreensão" e o método da correspondente ciência é o "empírico-dialético"" (VILANOVA, 2008, p.82).

[2] Em 1995, durante o Curso Geral ministrado na Academia de Haia, Erik Jayme (1995, p. 60) destacou que a pluralidade das fontes, própria do direito pós-moderno, exige a coordenação das leis no interior do sistema jurídico. Segundo o autor, tal coordenação revela-se como condição indispensável para a eficiência e a justiça num período marcado pela tendência de se legislar sobre as mais variadas matérias, muitas vezes convergentes, tanto no direito interno quanto no direito internacional.

Não se pode negar que os ramos de Direito Constitucional, Penal, Administrativo e Civil precisam e necessitam se dialogar, segundo a teoria do diálogo das fontes preconizada por Erik Jayme (1995, p. 60). Segundo o autor "[...] o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência - o direito deve evitar contradição. O juiz, na presença de duas fontes [...] com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*)" (JAYME, 1997, p. 235).

No Brasil, o diálogo das fontes foi introduzido por Cláudia Lima Marques, a qual explica o porquê da utilização da expressão "Diálogo" na teoria, conforme se pode verificar de trecho de sua obra:

> 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato - solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 89-90).

Dessa forma, segundo pode-se extrair dos ensinamentos da autora, o diálogo entre as fontes poderá dar-se por meio da aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo; mediante a complementação de uma norma a outra; ou, ainda, por meio da aplicação subsidiária de uma norma a outra.

Acerca da importância da aplicação da teoria do diálogo das fontes para a efetivação de direitos fundamentais, são importantes as considerações de Renato de Lima Castro (2017, p. 157), no sentido de que:

> [...] é certo que o diálogo das fontes confere ao intérprete flexibilidade e dinamismo na aplicação e interpretação de variadas normas jurídicas, a fim de que seja alcançada a finalidade de proteção de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

Portanto, para alcançar a finalidade de proteção de direitos fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa, o contraditório e o direito de não produção de provas contra si mesmo, o operador do Direito deve valer-se da teoria do diálogo das fontes,

aplicando conjunta, complementar ou subsidiariamente, normas de um ramo do Direito em outro.

É o caso, por exemplo, da aplicação subsidiária de normas do Código Penal (CP), do Código de Processo Penal (CPP), do Código Penal Militar (CPM), do Código de Processo Penal Militar (CPPM), do Código Civil (CC) e/ou do Código de Processo Civil (CPC), ao Direito Administrativo disciplinar (Sancionador), mormente, mas não só, quando há expressa previsão em Lei e/ou em norma institucional infralegal acerca de tal aplicação. Isso porque: "A aplicação subsidiária de regras de Direito Penal e Processual Penal em processo administrativo disciplinar é de conhecimento comezinho em Direito" (CNJ, 2007, p. 7).

Nesse sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu ser cabível a aplicação subsidiária das normas do CPP ao processo administrativo, desde que decorrente de previsão legal (BRASIL. STF, 2016c, p. 2).

Nessa vertente, não se pode conceber, por exemplo, que uma norma proveniente do Direito Processual Penal Militar e/ou do Direito Processual Penal, não espraie seus efeitos para o Direito Administrativo disciplinar (Sancionador), de forma a tutelar os mesmos direitos fundamentais.

Nesse contexto, diante dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública, principalmente o princípio da legalidade, a autoridade administrativa deve obediência à Constituição, às leis e à eventual norma institucional que discipline o processo administrativo disciplinar.

Assim, diante de previsão legal e normativa institucional que contemple, expressamente, a aplicação subsidiária de normas de outros ramos do Direito aos processos administrativos disciplinares no âmbito da Administração Pública, civil ou militar, não há alternativa às autoridades públicas, senão aplicar, de forma subsidiária, tais normas aos processos administrativos disciplinares, mormente quando tal aplicação estiver voltada a garantir a fruição de direitos fundamentais.

Além disso, inexistiria óbice legal à aplicação de institutos de outros ramos do Direito ao processo administrativo, diante da regra contida no art. 126 do CPC, que autoriza expressamente o uso da analogia.

2 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A NÃO ADMISSÃO DA OITIVA DE COACUSADO: APLICAÇÃO AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES

Tendo por esteio o que fora estudado no item anterior, revela-se perfeitamente aplicável aos processos administrativos disciplinares o entendimento do Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), consignado no voto do Ministro Joaquim Barbosa, nos autos do 7º AgR na AP 470/MG, de que: "O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante [...]" (BRASIL. STF, 2009, p. 3).

É importante observar que o procedimento administrativo disciplinar transcorre com aplicação de normas próprias e subsidiárias, sendo que, em casos como o do objeto da presente pesquisa, as normas subsidiárias são extraídas da Constituição Federal e da legislação penal, mais especificamente do disposto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988; do disposto nos arts. 352 e 303, parágrafo único, do CPPM; e do disposto nos arts. 203 e 188 do CPP.

A esse respeito, no seu voto, o qual foi acompanhado pelo Tribunal do Pleno, o Ministro Joaquim Barbosa, asseverou que:

> Diversas razões sustentam essa afirmação.
> Primeiro, o co-réu – ao contrário da testemunha (ou, ainda, do informante) – tem o direito de permanecer calado, conforme estabelece o art. 5º, LXIII, da Constituição.
> Segundo, mesmo que o co-réu não exerça o direito de permanecer calado, ainda assim, ele não tem sequer o dever de falar a verdade ou prestar o compromisso a que se refere o art. 203 do Código de Processo Penal.
> Terceiro, o art. 188 do CPP, invocado pelo recorrente, apenas prevê a possibilidade de o juiz, após "proceder ao interrogatório", indagar das "partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se entender pertinente e relevante." Não há, todavia, qualquer obrigatoriedade de o co-réu responder as perguntas eventualmente formuladas pelo juiz, a pedido de outro acusado ou da acusação, uma vez que ele (o co-réu), como dito, tem o direito de permanecer calado (CF, art. 5º, LXIII) (BRASIL. STF, 2009, p. 5).

Dessa forma, revela-se aplicável a regra acima citada, contida na jurisprudência do Egrégio STF, no sentido de que o sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corréu (coacusado) na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante em processo administrativo disciplinar.

Importante asseverar que a separação dos feitos administrativos não descaracteriza a condição de corréus (coacusados) entre aqueles que figuram nos pólos passivos dos processos administrativos disciplinares oriundos do eventual desmembramento; consectariamente, não ostentando condição de testemunhas ou informantes dos fatos, para fins do CPP ou do CPPM, aplicados subsidiariamente aos processos administrativos disciplinares.

O coacusado, ainda que venha a responder pela prática de infração administrativa disciplinar em autos diversos, oriundos de eventual desmembramento, não ostenta qualidade de testemunha ou mesmo de informante dos fatos, razão pela qual se revela ilegítimo inclui-lo no rol de testemunhas.

Conforme já explanado na presente pesquisa, a jurisprudência do STF assentou o entendimento de que o corréu (coacusado) não pode ser arrolado como testemunha ou mesmo como informante, dada a incompatibilidade entre o seu direito constitucional ao silêncio e a não produzir prova contra si mesmo de um lado, e o dever da testemunha de dizer a verdade de outro.

3 O PODER EXECUTIVO E A SUA VINCULAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A Constituição Federal de 1988 garantiu ao Poder Executivo uma atuação imparcial e livre, no entanto, “[...] balizada necessariamente, pelos princípios constitucionais e pela legalidade dos atos” administrativos, “[...] a fim de manterem-se a independência e a harmonia dos Poderes da República” (BRASIL. STF, 2020, p. 6).

É certo que se por um lado, no exercício de suas atribuições, à autoridade administrativa está assegurado o juízo de conveniência e oportunidade para decidir, por outro lado, a autoridade administrativa:

> [...] deve respeito às hipóteses legais e moralmente admissíveis, pois, por óbvio, em um sistema republicano não existe poder absoluto ou ilimitado, porque seria a negativa do próprio ESTADO DE DIREITO, que vincula a todos – inclusive os exercentes dos poderes estatais – à exigência de observância às normas constitucionais (BRASIL. STF, 2020, p. 6).

Conforme afirma o Ministro Alexandre de Moraes, o ato administrativo[3], "[...] mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, está vinculado ao império constitucional e legal" (BRASIL. STF, 2020, p. 6), não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*, prescreve que a Administração Pública deve obediência "[...] aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência" (BRASIL, 1988, n.p.).

Tendo por fundamento o objetivo do Estado de Direito de regular o poder do Estado pelo Direito (RAZ, 1979, p. 212), revela-se medida de justiça o Poder Judiciário, por meio da prestação jurisdicional, realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, para declará-los nulos, caso revelem-se contrários aos princípios dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, mormente, o princípio da legalidade.

É certo que a constitucionalização dos princípios da Administração Pública trouxe consigo a expansão da função jurisdicional no que se refere à revisão judicial de legalidade e moralidade de atos administrativos discricionários. Nesse sentido o Ministro Alexandre de Moraes consignou que:

> A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios e os preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, consagrando a possibilidade de revisão judicial.
> Logicamente, não cabe ao Poder Judiciário moldar subjetivamente a Administração Pública, porém a constitucionalização das normas básicas do Direito Administrativo permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, pois a finalidade da revisão judicial é impedir atos incompatíveis com a ordem constitucional [...] (BRASIL. STF, 2020, p. 7).

[3] O ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 393) pode ser conceituado como sendo: "declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".

Portanto, é permitido, por exemplo, ao Poder Judiciário realizar a revisão judicial de processos administrativos disciplinares praticados de forma incompatível com a ordem constitucional e legal, como os que tenham sido instaurados e instruídos, tendo coacusado arrolado como testemunha ou informante, mesmo diante de requerimento da defesa para exclusão de tal coacusado do rol de testemunhas e informantes.

Nesse caso, a revisão judicial visa impedir que a Administração Pública pratique atos administrativos em discordância com as leis e com os princípios e preceitos constitucionais básicos, pois, a prática do ato administrativo deve "[...] observância não somente ao princípio da legalidade, mas também aos princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público" (BRASIL. STF, 2020, p. 7).

Durante a realização da revisão judicial do ato administrativo, a autoridade judiciária realizará o controle de legalidade de tal ato. Esse controle de legalidade abrange tanto a conformação do ato administrativo aos princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (controle de legalidade *latu sensu*), como também a conformação do ato administrativo com a lei (controle de legalidade *stricto sensu*), não havendo legitimidade para eventual invocação do art. 2º da Constituição Federal de 1988, visando à arguição de intromissão indevida do Poder Judiciário em área discricionária do Poder Executivo; nem quebra da tripartição de funções estatais, pois, o exercício da jurisdição operar-se-á em face de direito subjetivo constitucional violado, e, deste modo, apenas se busca a prolação de decisão judicial fundamentada para fazer cumprir a lei e a ordem constitucional, ante a lesão ou ameaça a direito com amparo no que está contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

4 DO CONTROLE DE LEGALIDADE *LATU SENSU* DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

No âmbito do controle de legalidade *lato sensu*[4] do ato administrativo, deve-se considerar que em um Estado Democrático de Direito o princípio da supremacia do interesse

[4] De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 85): "O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927,engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para altear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um 'princípio da

público não é absoluto, vez que deve ser interpretado em conjunto com os fundamentos da República Federativa do Brasil, como, por exemplo, o fundamento da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988; com os direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito a uma vida digna de ser vivida[5], extraído da interpretação sistemática do que consta do art. 1º, inciso III com o que consta do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988; o direito à ampla defesa e ao contraditório e a não produzir prova contra si mesmo, previstos no art. 5º, respectivamente, nos incisos LV e LXIII, da Constituição Federal de 1988; e com os princípios a que deve obediência a Administração Pública, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Em um Estado Democrático de Direito, como é a República Federativa do Brasil, a legalidade dos atos administrativos está completamente subordinada ao preenchimento dos requisitos de validade do ato administrativo.

A análise acerca da validade (legalidade), ou seja, a análise sobre o preenchimento dos requisitos essenciais de validade (legalidade) de determinado ato administrativo, deve ser realizada pelo Poder Judiciário, visando à conformação do ato administrativo com o fundamento da República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana), com os direitos fundamentais do administrado (vida digna de ser vivida, ampla defesa, contraditório, não produção de prova contra si mesmo etc) e com os princípios que vinculam a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), pois, uma das formas de exercício da soberania dá-se por meio das decisões proferidas pelo Poder Judiciário nas resoluções de conflitos de direitos existentes no seio da sociedade, principalmente, quando o conflito de direitos existente seja qualificado por uma relação processual em que sejam partes o Estado (autoridade coatora) e um administrado (impetrante/cidadão brasileiro), onde, inequivocamente, há vulnerabilidade do administrado (impetrante/cidadão brasileiro) em relação ao Estado (autoridade coatora), necessitando que o Poder Judiciário possa, no exercício

legalidade', se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica".

[5] Vida digna é aquela vivida com dignidade, sendo, a dignidade, entendida como um fim material, um objetivo, "[...] que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens" (saúde, segurança, meio ambiente ecologicamente equilibrado, educação, entre outros) "[...] que fazem com que a vida seja "digna" de ser vivida" (FLORES, 2009, p. 37).

da jurisdição, equilibrar tal relação processual por meio do controle de legalidade. Está é a inteligência da Súmula 473 do STF[6].

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes "o controle jurisdicional do ato administrativo, em face do desvio de poder no exercício das competências administrativas, deve ser realizado, imprescindivelmente, em confronto com os princípios constitucionais da administração pública, obrigatórios" (BRASIL. STF, 2020, p. 10) às autoridades administrativas.

Ao Poder Judiciário, portanto, cabe a análise sobre se a prática de determinado ato administrativo, "no exercício do poder discricionário" da autoridade administrativa,

> [...] está vinculada ao império constitucional, pois a opção conveniente e oportuna para a edição do ato administrativo [...] deve ser feita legal, moral e impessoalmente pela autoridade administrativa competente, podendo sua constitucionalidade ser apreciada pelo Poder Judiciário (BRASIL. STF, 2020, p. 10-11).

Nesse ponto se faz interessante a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2006, p. 12) sobre os denominados "Ilícitos Atípicos". Segundo os autores: "Os ilícitos atípicos são ações que, *prima facie*, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas".

O Ministro Gilmar Mendes assevera que os "Ilícitos Atípicos" devem ser proibidos, pois:

> [...] a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade (BRASIL. STF, 2016a, p. 19; BRASIL. STF, 2016b, p. 19).

Acerca de tal tema, a Segunda Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 0800159-02.2019.9.26.0020, cujo relator foi o Doutor Paulo Antonio Prazak, consignou haver patente distinção entre ato discricionário e ato

[6] A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles *(sic)* não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL. STF, 1969, n.p.).

arbitrário, assunto amplamente discorrido na doutrina jurídica (SÃO PAULO. TJM, 2020, p. 5).

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 140) assevera que "[...] discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido".

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 440) afirma que não "[...] se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois estará se comportando fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente".

Justamente em virtude das consequências que advém do Ato arbitrário, tais como o prejuízo aos atos discricionários e a ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, (CARVALHO FILHO, 2004, p. 54), que tais atos devem ser declarados nulos, quer no âmbito do controle de legalidade administrativo, quer no âmbito do controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Assim, um processo administrativo disciplinar que, na sua peça vestibular, contemple coacusado como integrante do rol de testemunhas ou informantes, excede à Constituição e à lei, devendo, portanto, ser declarado nulo no âmbito do controle de legalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário, em virtude de contrariar o princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

Configurando-se o Direito como um sistema uno e indivisível, relevante parece ser seus diferentes ramos comunicarem-se entre si, principalmente, quando o objetivo seja garantir a proteção de direitos fundamentais.

Portanto, a aplicação da teoria do diálogo das fontes revela-se alinhada ao menos a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja o fundamento da dignidade da pessoa humana, visto que tal teoria propicia a necessária comunicação entre os diferentes ramos

do Direito, de forma a favorecer a proteção dos direitos fundamentais e, assim, por via de consequência, garantir uma vida digna de ser vivida.

Nesse sentido, parece ser razoável a aplicação, aos processos administrativos disciplinares, da jurisprudência sedimentada no âmbito do STF acerca da proibição de oitiva/inquirição de coacusados, na condição de testemunha ou mesmo de informante, em processo penal.

Assim, a autoridade administrativa há de observar, também nos processos administrativos disciplinares, a jurisprudência firmada no âmbito do STF, afastando da peça vestibular de tais processos administrativos a inclusão de coacusados na condição de testemunhas ou de informantes, ainda que tais coacusados tenham sido submetidos a processos administrativos disciplinares autônomos.

A afirmação acima tem por esteio a vinculação da autoridade administrativa ao princípio da juridicidade (legalidade *lato sensu*).

Afirma-se isso, pois, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência firmada no âmbito do STF, conforme demonstrado ao longo desta pesquisa, o Direito Administrativo sancionador submete-se à sistemática constitucional, assim, submete-se aos núcleos mínimos de garantias constitucionais, quais sejam a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Desta forma, com base na teoria do diálogo das fontes e na sistemática constitucional, toda norma voltada à garantia dos núcleos estruturantes constitucionais da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal deverão ser observadas no âmbito do Direito Administrativo sancionador, independentemente de previsão expressa da possibilidade de aplicação subsidiária de outros ramos do direito no processo administrativo disciplinar.

Portanto, um processo administrativo disciplinar que, na sua peça vestibular, contemple coacusado como integrante do rol de testemunhas ou informantes, revela-se como um ato arbitrário, vez que excede à Constituição e à lei, conforme a jurisprudência sedimentada no âmbito do STF, sendo cabível, assim, a sua declaração de nulidade no âmbito do controle de legalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário, em virtude de contrariar o princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. *Ilícitos Atípicos*. 2. ed. Madrid: Editoral Trotta, 2006.

BRASIL. CNJ. *Procedimentos de Controle Administrativo nº 342 e 409 (apensados)*. Postulante: Gilberto Ferreira da Cruz. Postulado: CNJ. Conselheiro Relator Oscar Otavio Coimbra Argollo, 12 de junho de 2007. Disponível em: file:///C:/Users/25461023894/Downloads/documento_342_.PDF. Acesso em: 19 mar. 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 473*. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Sessão Plenária, 03 de dezembro de 1969. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal 470-1/MG*. AGRAVO REGIMENTAL. OITIVA DE CO-RÉU COMO TESTEMUNHA OU INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de co-denunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o co-réu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante. Agravo Regimental não provido. Agravante: José Mohamed Janene. Agravado: Ministério Público Federal. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 18 de junho de 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603314. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 34.070/DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016a. Disponível em:

http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995627&ext=.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 34.071/DF*. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes, 18 de março de 2016b. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308995628&ext=.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Mandado de Segurança 30.864/DF*. Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pedido de revisão de arquivamento de inquérito administrativo. Decisão monocrática que deferiu a antecipação da tutela revisional, determinando a instauração, inaudita altera parte, de processo administrativo disciplinar na origem em desfavor de membro do Parquet. Impossibilidade. Decisão equivalente ao provimento monocrático do pedido de revisão de processo disciplinar. Previsão específica de competência do Plenário do Conselho. Artigo 115 do Regimento Interno do CNMP. Inobservância do princípio da colegialidade. Violação do devido processo legal e da garantia de ampla defesa e de contraditório em relação ao acusado. Agravo regimental não provido. Agravante: União. Agravado: Ruth Kicis Torrents Pereira. Relator Ministro Dias Toffoli, 16 de dezembro de 2016c. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311243503&ext=.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo/1.175.650*. Constitucional E Processo Civil. Recurso Extraordinário Com Agravo. Ação Civil Pública Por Ato De Improbidade Administrativa. Utilização De Colaboração Premiada. Análise Da Possibilidade E Validade Em Âmbito Civil. Repercussão Geral ReconhecidA. Reclamante: Milton Antônio de Oliveira Digiácomo. Reclamado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Min. Alexandre de Moraes, 12 de abril de 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 37.097/DF*. Impetrante: Partido Democrático Brasileiro. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Alexandre de Moraes, 29 de abril de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&ext=.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

CASTRO, Renato de Lima. Colaboração Premiada e Improbidade Administrativa: Aspectos Fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 66, out./dez. 2017.

Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1246489/Renato_de_Lima_Castro.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia et. al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

JAYME, Erik. *ldentité cultureIle et intégration*: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit lntemationat de Ia Haye, 1995.

JAYME, Erik. *Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur*. ZfVR-Zeitschrift für die Rechtsvergleichung, Viena, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law*: essays on law and morality. New York: Clarendon Press, 1979.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. *Apelação nº 0800159-02.2019.9.26.0020*. POLICIAL MILITAR – Anulação de pena disciplinar – Comprovada inexistência de correspondência entre provas e decisão final – Apelante: Fazendo Pública do Estado. Apelado: Osmar Barros Domingues. Relator Paulo Prazak, 27 de agosto de 2020. Disponível em: https://pje2grau.tjmsp.jus.br/pje-web/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=6473710097588118a5c92bc78cd277789d6295fca837209cd49a095683d62010642187adfa51990290ac68b06ab0e80e&idProcessoDoc=277360. Acesso em: 13 mar. 2022.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. *In*: VILANOVA, Lourival *Escritos Jurídicos e Filosóficos*. v. I. São Paulo: IBET/Axis-Mundi, 2008.

Submissão: 12/08/2022
Aceito para Publicação: 30/08/2023

DOI: 10.22456/2317-8558.126516