

**FDV**

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

SANDRO LUCIO DEZAN

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DO ILÍCITO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DO PRINCÍPIO DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO**

**Vitória-ES**

**2007**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**FDV**

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

SANDRO LUCIO DEZAN

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DO ILÍCITO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DO PRINCÍPIO DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof.º Dr.º Geovany Cardoso Jevaux

**Vitória-ES**

**2007**

**FDV**

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS  
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

SANDRO LUCIO DEZAN

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DO ILÍCITO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR À LUZ DO PRINCÍPIO DO DEVIDO  
PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof.º Dr.º Geovany Cardoso Jevaux**

---

**Prof.º (a) Doutor (a)**

---

**Prof.º (a) Doutor (a)**

**Vitória-ES**

**2007**

À Myrthes, dedicada esposa, pelo incondicional apoio aos estudos.

Aos meus filhos Matheus e Gustavo, exemplos de paciência, carinho e incentivo.

## **AGRADECIMENTO**

Ao Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux pela dedicação aplicada à docência de ensino superior, imprescindível ao desenvolvimento e à conclusão deste trabalho.

## RESUMO

O presente estudo busca a análise dos efeitos jurídicos, produzidos pelos princípios da legalidade e do devido processo legal substantivo, na positivação de preceitos primários de ilícitos administrativos disciplinares, dando ênfase ao funcionalismo do tipo descritor de condutas ilícitas e, destarte, servindo, *de lege ferenda*, à interpretação, à aplicação e à positivação de direitos fundamentais do servidor público, em sede de Direito infraconstitucional. Com efeito, aponta-se a invalidade dos tipos indeterminados, existentes nos estatutos do serviço público federal, declinando que o princípio da atipicidade, assente por autorizada doutrina nacional e estrangeira como regente do sistema jurídico-sancionador federal, não recebe fundamento de validade dos princípios constitucionais de garantia. Assim, verificam-se os princípios de Direito Penal, constitucionalmente qualificados e afetos às garantias de aplicação de um direito certo e justo - limitativos da discricionariedade do *jus puniendi* estatal e em harmonia com a moderna tutela de direitos fundamentais - a proporcionar, com fundamento nas cláusulas constitucionais de abertura, plena aplicação à referida disciplina jurídica administrativista, refutando as normas ofensoras desse campo de liberdade do servidor público e, com efeito, refutando os tipos vagos, abertos, indeterminados, prescritores de infrações no sistema jurídico em comento. Como corolário dessa análise, afere-se uma Teoria Geral Garantista de Direito Sancionador, válida para todas as searas de ilícitos que envolvam relações jurídicas de direito público. À vista desse posicionamento, mister a análise das teorias do Direito Penal, quando da transposição para o direito sancionador federal, vez que repercutem, em alguns casos, de formas diversas nesses ramos do Direito, como, por exemplo, no que tange à imputação subjetiva do ilícito e ao *conatus* (tentativa de ilícito), que ora são aplicáveis, ora não têm aplicabilidade conforme postos em um ou em outro ramo. As análises serão pautadas no método dedutivo de pesquisa em base de dados existente, ao passo que se prenderá à pesquisa das bibliografias de autores pátrios e estrangeiros e da jurisprudência nacional, comparando-os, apontando o enfoque dado pelos diversos estudiosos sobre o tema e, assim, extraindo conclusões sobre o tema proposto.

## ABSTRACT

The present study searches the analysis of the juridical effects produced by the legality principles and of the just substantive legal process, in the definition of primary precepts of disciplinary administrative illicit actions, giving emphasis to the functionalism of the descriptive type of illicit conduct and, this way, serving of 'lege ferenda', to the interpretation, to the application and the definition of the public servants fundamental rights in relation to the infraconstitutional law. In fact, it points to the invalidity of the indetermimated types, existents in the federal public services statutes, declining that the principle of atypical ness settled by national and foreign authorized doctrine as a regent of the federal juridical sanctioned system, it doesn't receive validity foundation from the constitutional principles of guarantee. Thus, the penal law principles are verified, constitutionalist qualified and attached to the guarantees of the application of a right and just Law restrictive of the limitlessness of the state's 'Jus puniendi' with the modern guardianship of the fundamental rights to provide with foundation in the clauses of constitutional opening, full application, to the referred juridical administrative discipline, refuting the vague types, opened, indetermimated, extinguisher of violations in the juridical system in comment. As a natural consequence of this analysis it gauges a general theory of sanctioned guarantor law, validy for all grain fields of illicit that involves juridical relations to the public Law. On the sight of this positioning is inevitable the analysis of the penal law theories, when the transposition to the federal law sanctioned, once that they reflect in some cases, in several manners in these law branches, as for instance in what refers to the subjective imputation of the illicit and to the 'conatus' (trying of the illicit), that sometimes are applicable and, other times don't have applicability, in proportion that they are put in one or in another branch.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>11</b> |
| <br>  |           |
| <b>CAPÍTULO 1</b>   |           |
| <b>O ILÍCITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUA CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO GRAU DE OFENSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b> | <b>32</b> |
| <br>  |           |
| 1.1. NOÇÕES GERAIS, CONCEITO E DISTINÇÃO .....  | 32        |
| 1.2. FALTAS DE MENOR, DE MÉDIO E DE ELEVADO POTENCIAL OFENSIVO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS SEUS FINS .....                      | 35        |
| <br>  |           |
| <b>CAPÍTULO 2</b>   |           |
| <b>NOTAÇÕES À TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO, APLICADAS AO PROCESSO DISCIPLINAR E A QUESTÕES CONTROVERTIDAS .....</b>         | <b>39</b> |
| <br>  |           |
| 2.1. O ATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DA ADMINISTRAÇÃO .....   | 39        |
| 2.2. PROCEDIMENTOS PERSECUTÓRIOS A CARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....   | 44        |
| <br>  |           |
| 2.2.1. <b>As três espécies de sindicância administrativa disciplinar .....</b>  | <b>45</b> |
| 2.2.2. <b>O processo administrativo disciplinar .....</b>   | <b>50</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| 2.3. QUESTÕES CONTROVERTIDAS QUE ENVOLVEM OS PROCEDIMENTOS PERSECUTÓRIOS A CARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..... | 55        |
| <b>2.3.1. <i>In dubio pro interesse público</i> .....</b>   | <b>56</b> |
| <b>2.3.2. O dever de convalidação do ato administrativo pela Administração Pública .....</b>                    | <b>58</b> |
| <b>2.3.3. A dosimetria da sanção administrativa e a imputação deôntica .....</b>                                | <b>66</b> |
| <b>2.3.4. Relação jurídica processual de Direito Administrativo Disciplinar ..</b>                              | <b>77</b> |

### **CAPÍTULO 3**

#### **O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DO ILÍCITO DISCIPLINAR.**

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Efeitos jurídicos produzidos pelo princípio do devido processo legal, como cláusula de abertura constitucional, e pelos princípios da imputação pessoal e da imputação subjetiva .....</b> | <b>94</b> |
|---|-----------|

|   |    |
|---|----|
| 3.1. TIPOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES INDETERMINADOS, DIFERENÇA ENTRE TIPO INDETERMINADO, ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO E NORMA EM BRANCO ..... | 95 |
|---|----|

|  |     |
|--|-----|
| 3.2. AS CLÁUSULAS GERAIS CONSTITUCIONAIS ..... | 102 |
|--|-----|

|  |            |
|--|------------|
| <b>3.2.1. A possibilidade de transposição das teorias de Direito Penal para o Direito Administrativo .....</b>   | <b>102</b> |
| <b>3.2.2. A interpretação construtiva / evolutiva do Texto Constitucional e o devido processo legal substantivo como cláusula de abertura constitucional .....</b> | <b>107</b> |
| <b>3.2.3. A relação especial de sujeição do servidor público e os direitos fundamentais .....</b>  | <b>120</b> |

|   |            |
|---|------------|
| 3.3. A ATIPICIDADE DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E SEUS COROLÁRIOS .....   | 122        |
| 3.4 – ALGUNS EFEITOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS, DECORRENTES DA ACEITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DO TIPO DISCIPLINAR .....  | 155        |
| <b>3.4.1. Tipos disciplinares abertos, pena de demissão como pena máxima aplicável e sua relação com o modal deôntico neutro .....</b>                                | <b>155</b> |
| <b>3.4.2. Conceito analítico tripartite e proposta de diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo disciplinar .....</b>                                | <b>157</b> |
| <b>3.4.3. O princípio da insignificância do ilícito administrativo disciplinar ....</b>   | <b>161</b> |
| <b>3.4.4. Imputação subjetiva da infração disciplinar .....</b>   | <b>167</b> |
| <b>3.4.5. Relação jurídica estatutária como requisito de imputabilidade do servidor público, condição de culpabilidade, e não como condição de punibilidade .....</b> | <b>171</b> |
| <b>3.4.6. A tentativa de infração disciplinar .....</b>   | <b>176</b> |
| <br>  |            |
| <b>CAPÍTULO 4</b>   |            |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>   | <b>177</b> |
| <br>  |            |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>182</b> |
| <br>  |            |
| <b>ANEXO I</b>  |            |
| <b>Tabelas de dosimetria da sanção de suspensão disciplinar inerente ao Departamento de Polícia Federal .....</b>   | <b>190</b> |
| <br>  |            |
| <b>ANEXO II</b>   |            |
| <b>Anteprojeto de Lei Orgânica do Departamento de Polícia Federal enviado para consulta pública pelo Ministério da Justiça .....</b>                                  | <b>198</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca a análise de institutos de Direito Administrativo Disciplinar à luz do Direito Constitucional e, assim, a possibilidade de interpretação e aplicação do direito sancionador estatutário tendo como paradigma as teorias do delito, oriundas do Direito Penal, que, amparadas nos direitos e garantias constitucionais fundamentais, dão tutela à justa aplicação da norma ao caso concreto em casos de repreensão à prática do ilícito.

Dentro dessa linha, apresenta-se como tema da pesquisa a eficácia e a efetividade<sup>1</sup> do princípio do devido processo legal substantivo e a validade dos preceitos indeterminados de ilícito administrativo disciplinar, delimitado sob o enfoque da análise da invalidade dos tipos definidores de ilícito e positivados nos estatutos do serviço público federal, cujo problema consiste em avaliar se o princípio da atipicidade em sede de direito administrativo sancionador é sustentável quando confrontado com o princípio do devido processo legal substantivo e seus corolários constitucionais.

Com efeito, a investigação cinge-se aos tipos vagos, existentes no regime estatutário federal, declinando que a atipicidade, assente por autorizada doutrina nacional e estrangeira<sup>2</sup> como regente do sistema jurídico-sancionador, não recebe fundamento de validade dos princípios constitucionais de garantia. Como hipótese apresentada ao problema acima referido, verificam-se, destarte, os princípios de Direito Penal, constitucionalmente qualificados e afetos à aplicação de um direito certo e justo - limitativos da discricionariedade do *jus puniendi* estatal e em harmonia com a moderna tutela de direitos fundamentais - a proporcionar, com fundamento nas cláusulas

---

<sup>1</sup> Utiliza-se o termo “efetividade” no sentido de efetividade social, apresentado por Luís Roberto Barroso, in “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, p. 84, no que implica com a noção de “cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao ‘reconhecimento’ (Anerkennung) do Direito pela comunidade, ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. E, tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos.”

<sup>2</sup> Por todos, respectivamente, Edmir Netto de Araújo, em sua obra “O ilícito administrativo e seu processo”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994 e Sandulli, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Vol 1 /2, XV Edizione. Napoli: Jovene, 1989.

constitucionais de abertura, plena aplicação à referida disciplina jurídica administrativista, reconhecendo a existência implícita da estrita tipicidade disciplinar a refutar as normas ofensoras desse campo de liberdade do servidor público e, assim, a negar validade e eficácia aos tipos vagos, abertos, indeterminados.

Deste modo, afere-se que a pesquisa prende-se à questão da eficácia do princípio do devido processo legal, como força normativa para considerar a existência implícita do princípio da legalidade estrita – a par da legalidade penal – no âmbito do direito disciplinar<sup>3</sup> - efetividade, destarte.

Para o desenvolvimento do contexto acima explanado, sem embargo destas noções introdutórias, que buscam a apresentação do tema e das questões que o envolvem, o trabalho foi dividido em quatro capítulos, sendo os dois primeiros tópicos responsáveis pela abordagem de pontos conceituais imprescindíveis ao capítulo terceiro e este último concernente propriamente à análise do cerne do tema, problema e hipótese ora propostos. O quarto capítulo apresenta uma síntese conclusiva de todo o exposto.

O método de abordagem foi o dialético, onde se analisaram os dispositivos constitucionais de abertura interpretativa, os preceitos de diplomas de Direito Penal e de Direito Administrativo relacionados à tipicidade e à atipicidade das normas definidoras de condutas ilícitas, bem como o posicionamento da doutrina nacional e estrangeira e da jurisprudência pátria acerca de tais dispositivos, consubstanciando, assim, a tese. Em seguida, efetivaram-se avaliações críticas à luz dos dispositivos elencados, da jurisprudência e da doutrina, auferindo a antítese. Aquela e esta, síntese e antítese, após as digressões necessárias, deram azo às considerações finais, tese esposada pela presente pesquisa.

---

<sup>3</sup> Como bem assevera Gregorio Peces-Barba Martínez, *in* “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General” pp. 416 e 417: “La función de los derechos em este caso se vincula al contenido posible, y a los límites del resto de las normas del Ordenamiento y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación de éstas.” Assim, a função dos direitos [fundamentais] vinculam-se ao conteúdo possível, e aos limite do resto das normas do Ordenamento e se situa no âmbito da interpretação, produção e aplicação destas.

Cumprе ressaltar que se trata de tema árido, pouco pesquisado em doutrina e também pouco abordado pela jurisprudência, porém de grande valia pragmática, como adiante se verá, onde se infere constatar a aplicação do princípio do devido processo legal em um campo específico do direito infraconstitucional público e, para tanto, partindo-se da simetria existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo e, ainda, do reconhecimento de princípio implícito decorrente do devido processo legal, cláusula de abertura constitucional.

Como se depreende, os métodos de procedimento foram o documental e o bibliográfico. A técnica de pesquisa, a documental indireta, pautada, quanto à fonte primária, na Constituição de 1988, em diplomas legais de Direito Penal e de Direito Administrativo e em atos administrativos normativos. A fonte secundária foi extraída da doutrina de autores como Carlos Roberto Siqueira Castro, Luis Roberto Barroso, Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello, Paulo de Barros Carvalho, Lourival Vila Nova, André Hauriou, Jean Rivero, Eugenio Raúl Zaffaroni, Hans Kelsen, Robert Alexy, dentre muitos outros juristas de mérito.

Sem embargo do referencial teórico, insta ressaltar, de plano, que, com o acima aludido, não se está a defender um “formalismo lógico positivista”, que limitaria o interprete e aplicador do ordenamento jurídico a um molde imutável. A defesa de que o tipo descritor de ilícito deve ser claro e analítico busca a observância da dignidade da pessoa humana, a justiça e certeza do Direito em sede infraconstitucional. Defende-se sim a característica aberta das cláusulas constitucionais de garantia, dando conotação móvel, flexível à Constituição. A Constituição assim o é quanto aos princípios de garantias fundamentais, não obstante os tipos definidores de condutas ilícitas não prescindirem de ser fechados, analíticos, descritivos. Não há incoerência lógica nisto, pois os argumentos esposados ao longo da presente pesquisa buscam a tutela dos direitos fundamentais, considerando a abertura do texto constitucional e a clausura das normas definidoras de ilícito. Ter-se-á, destarte, para utilizar-se da expressão de Robert

Alexy<sup>4</sup>, “mandados de otimização”, para o texto aberto da Constituição, devendo, o operador do direito “realizá-los na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.<sup>5</sup>

Não obstante, afere-se, ainda na esteira do referido autor alemão, “mandado de definição”, para os textos de direito positivo sancionador infraconstitucional, dando conotação de *norma principiológica* às cláusulas de abertura de direitos fundamentais constitucionais e de *norma regra* aos ditames de direito positivo definidores de ilícitos.

Assim, da leitura dos autores acima citados e das demais obras ao final referidas, constata-se que aplicar o direito estatutário e seu regime disciplinar, entendendo e interpretando seus institutos e princípios<sup>6</sup>, imanentes do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, não é tarefa fácil para o operador do direito, mormente o fato de que nessa disciplina, por força do sistema jurídico regente, seus meandros são desenvolvidos (*rectius* seus dispositivos legais interpretados) e seus institutos levados à concreta aplicação por servidores públicos que, em muitos casos, não possuem relação jurídica de caráter efetivo<sup>7</sup> com o serviço público e ou não apresentam o necessário conhecimento técnico-jurídico requerido para tal mister, sem

---

<sup>4</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>6</sup> Sem embargo da teoria dos conceitos, referencial teórico desta dissertação, mister anotar a classificação “princípios, regras e postulados normativos aplicativos” adotada por Humberto Ávila, imanente da teoria dos valores, *in* “Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos”. São Paulo: Malheiros, 2005, onde assevera, p. 63, que “As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Enquanto *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida e quem estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.” Quanto aos postulados aplicativos, ensina, p. 88, que “Superou-se o âmbito das normas para adentrar o terreno nas metanormas. Esses deveres situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam.”

<sup>7</sup> E, com isso, por exercerem cargos em comissão, na maioria dos casos sem vínculo permanente com o serviço público e, por muitas vezes, decorrentes de favores políticos, tem-se constatada, na prática, a ausência de conhecimento sobre as matérias afetas à Administração Pública.

embargo de tratar-se de ramo desprovido de sistematização codificada<sup>8</sup> e, ainda, não apresentar (i) aprofundamento teórico-dogmático a dar amparo ao julgador administrativo ou ao administrado<sup>9</sup>, servidor público ocupante do pólo passivo da relação jurídica formada com a instauração de processo apuratório, bem como não possuir (ii) produções legislativas analíticas, coerentes com a importância e a proporção que o sistema disciplinar federal tomou após a Constituição da República de 1988, especialmente com o advento do princípio do *due process of law*, em seu âmbito material e formal<sup>10</sup>, direito fundamental positivado em nosso Texto Maior.

Não obstante temas de relevo, interessa-nos esse último ponto acima aventado: os efeitos jurídicos desencadeados por produções legislativas analíticas e coerentes com o sistema constitucional vigente e que possam descrever taxativamente o que o Estado-administração entende por ilícito em sede disciplinar estatutária.

Com efeito, em primeira aproximação, constata-se<sup>11</sup> que o direito disciplinar faz-se ramo incipiente e carecedor de construções científicas das mais diversas ordens, desde

---

<sup>8</sup> Assim, aponta Jean Rivero, in “Curso de Direito Administrativo Comparado”, pp. 79 e 80, que “o fato maior aqui é a *ausência de codificação*, mesmo nos países que, em direito privado, pertencem ao grupo dos países de direito codificado. Este grupo é bem vasto, pois engloba a Europa continental, a América do Sul e o Japão, estando em vias de aumentar, porque a Etiópia confiou recentemente a juristas franceses a redação de seus Códigos de direito Privado. Onde há Código, a pesquisa tem base fácil: primeiro porque, materialmente, os Códigos estão num só corpo, de fácil acesso, reunindo o essencial do direito, em vigor; depois, porque todos os Códigos se reduzem a um número limitado de Códigos de base – Código Napoleão, Código Federal suíço, *Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch* – todos marcados pelo Direito Romano, referindo-se aos mesmos conceitos fundamentais. A Codificação atenua, assim, por si só, o particularismo dos direitos. Facilita-lhes o estudo, material e intelectualmente. Ora, país algum, salvo erro, possui um verdadeiro Código Administrativo, devendo ficar claro que não se poderia aplicar o nome de Código ao agrupamento de leis e de regulamentos próprios a uma matéria administrativa que, na França e em vários países estrangeiros, se rotulam com esse nome.”

<sup>9</sup> Cumpre ressaltar que denominamos de “administrado” não só o particular sujeito ao poder de império da Administração, mas também o servidor público ao menos potencialmente sujeito à composição do pólo passivo da relação jurídica processual disciplinar com a Administração Pública, sendo, assim, o particular (administrado em sentido estrito) e o servidor público sujeito ao poder disciplinar do Estado-administração espécies do gênero administrados em sentido lato.

<sup>10</sup> Como assevera Celso Ribeiro Bastos e Ives Granda Martins, in “Comentários à Constituição do Brasil”, 2.º vol., p. 261 e 262, “o princípio [do devido processo legal] se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado. É por isso que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição.”

<sup>11</sup> Houve o despertar pelo tema desta dissertação em razão do fato de o autor nos últimos anos ter exercido funções em órgãos de corregedoria do Ministério da Justiça e se dedicado ao estudo do jaez ora

conceitos basilares a princípios e teorias diversos, para solucionar lacunas legislativas, omissões não eloqüentes, e problemas práticos de interpretação e aplicação do direito em sede de Poder Executivo, sem embargo de esses problemas também se apresentarem no âmbito dos dois outros Poderes da União, ao passo que se valem de institutos similares ou do mesmo sistema jurídico estatutário (como, por exemplo, a Lei n.º 8.112/90, que disciplina o regime jurídico estatutário dos servidores públicos civis da União, em seus três Poderes, e das autarquias e fundações públicas).

Nesse arcabouço, questões pertinentes, *e.g.*, à dogmática de Direito Disciplinar, afetas à imputação subjetiva do ilícito, à culpabilidade do agente e, especialmente, dentre outras, à “tipicidade” / “atipicidade” do ilícito praticado pelo servidor público, no que tange esta à necessidade de subsunção ou não dos fatos aos tipos descritos na lei ou no regulamento, constituem pontos nodais, carecedores de análise detalhada, mormente serem a base do que pode destoar do princípio constitucional da legalidade<sup>12</sup> e, por corolário, do princípio do devido processo legal, e, destarte, infirmarem a coerência interna do sistema normativo que ora se propõe à pesquisa.

O presente estudo, partindo do panorama acima exposto, visa a demonstrar que os enunciados hipotéticos afetos ao regime jurídico-disciplinar, definidores de condutas ilícitas nos diversos estatutos do serviço público federal, quando desprovidos de mínima densidade sintática, por não apresentarem uniformidade e padronização de significados e significações, campo da sintaxe, constituindo, assim, o que a doutrina passou a definir como tipos “vagos”, “indeterminados”, “flexíveis” ou “plurissignificativos”, são inválidos à luz de princípios constitucionais, ao passo que servem de instrumento a produções jurídicas ofensoras de núcleo mínimo garantista de um Estado Democrático de Direito, especialmente o concernente ao princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade (e este, em sede de Administração e seu poder–dever disciplinar, decorrente

---

tratado, verificando na prática os efeitos de um sistema sancionador em desarmonia com os rumos tomados pelo Estado de Direito instituído pela nossa Carta Política.

<sup>12</sup> Como ensina Fábio Medina Osório, *in* “Direito Administrativo Sancionado”, p. 262, “a tipicidade oferece densidade normativa detalhada à legalidade.”

do princípio do devido processo legal substantivo), direito fundamental do servidor público, contra o *jus puniendi* Estatal.<sup>13</sup>

Destarte, tem-se por objetivo demonstrar que o princípio da atipicidade do ilícito disciplinar, defendido por autorizada doutrina nacional e estrangeira<sup>14</sup> como proposição normativa regente do sistema em comento, não é amparado por pilares constitucionais fundamentais, elencados em nossa Carta Constitucional.

Não obstante, por corolário, visa-se, ainda, a:

(i) abordar aspectos controvertidos na doutrina concernentes:

- aos princípios constitucionais de garantia que dão suporte ao justo direito disciplinar, identificando a relação jurídica existente e os efeitos jurídicos produzidos no sistema jurídico; e

- aos institutos jurídicos de direito administrativo disciplinar, pertinentes ao tema, porém pouco explorados em doutrina;

---

<sup>13</sup> No que concerne ao direito de punir do Estado e, no caso, o poder disciplinar de o Estado-administração fazer valer a ordem *interna corporis* no serviço público, pode-se dividir o *jus puniendi* em dois aspectos: o abstrato e o concreto. O primeiro consiste na exigência de que todos os seus servidores públicos se abstenham de infringir o regime disciplinar posto de forma válida e eficaz. O segundo traduz-se no dever-poder de apuração pré-processual e processual, bem como na aplicação da sanção disciplinar, após constatada a infração, por meio do devido processo legal.

<sup>14</sup> Por todos, respectivamente, Edmir Netto de Araújo, em sua obra “O ilícito administrativo e seu processo”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994 e Sandulli, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Vol 1 /2, XV Edizione. Napoli: Jovene, 1989.

(ii) com fundamento nas teorias de Direito Penal, propor nova classificação de ilícito administrativo disciplinar, dando importância ao resultado jurídico<sup>15</sup> e material de potencial ofensa a bem jurídico tutelado pela norma administrativa;

(iii) ainda tendo o Direito Penal como paradigma, partindo-se da classificação proposta no item acima referido (que, conforme em linhas à frente se exporá, poderá ser assim entendida: “infrações de elevado potencial ofensivo à Administração Pública e a seus fins”; “infrações de médio potencial ofensivo à Administração Pública e a seus fins” e “infrações de menor potencial ofensivo a Administração Pública e a seus fins”), analisar a validade ou a invalidade, incidência ou não incidência, do princípio da atipicidade também nos referidos tipos de ilícitos, levando em consideração o seu grau de ofensa à Administração Pública. Destarte, mister traçar, acaso existente, a relação entre o princípio em comento, atipicidade, e as infrações disciplinares quanto à sua gravidade;

(iv) demonstrar que os princípios de garantia do Direito Penal, fundamentais e infraconstitucionais, são plenamente aplicáveis ao Direito Administrativo Disciplinar;

(v) discorrer acerca dos efeitos jurídicos produzidos pela aceitação do princípio da legalidade / tipicidade no direito administrativo disciplinar, com importação, transposição, de teorias do delito (Direito Penal) para o sistema jurídico disciplinar, inclusive como programa de orientação ao legislador infraconstitucional, *de lege ferenda*;

(vi) Com efeito, como corolário do item precedente, demonstrar:

---

<sup>15</sup> Mister declinar a importância da análise também do resultado jurídico, não só material, provocado pelo ilícito em sede administrativa, uma vez que esse resultado pode produzir efeitos danosos à finalidade pública, malgrado ausência de dano material à Administração.

- a necessidade de adoção do princípio da *imputação subjetiva*, análise da ação ou omissão dolosa ou culposa do servidor faltoso, elementos subjetivos da hipótese, como pré-requisito, integrante do tipo disciplinar, para a subsunção da definição do fato ao conceito do tipo sancionador; e

- a necessidade de aferição da responsabilidade do agente administrativo (*princípio da culpabilidade*), juízo de desvalor da conduta do agente, como elemento constitutivo do conceito de ilícito administrativo e, conseqüentemente, requisito de aplicação da sanção;

(vii) demonstrar a insuficiência do conceito estratificado, tripartite e analítico de crime, adotado, dentre outros juristas de escol, pelos ilustres professores argentinos Eugênio Raúl Zafaroni e José Henrique Pierângeli<sup>16</sup>, uma vez que se faz linha de intersecção entre o conceito de ilícito administrativo disciplinar e o conceito de crime, aportando, como necessário, o acréscimo de características definitórias distintivas que ofereçam um *plus* ao conceito tripartite de ilícito e, com efeito, coerente distinção entre crime e infração disciplinar.

*Justificativas.* Dos ensaios levados a efeito afere-se que o regime jurídico-disciplinar, positivado nos estatutos do serviço público federal, no que concerne à definição da conduta ilícita e à aplicação da reprimenda, possui natureza ontológica de direito penal geral, ao passo que, a exemplo do direito penal propriamente dito, visa, com a cominação e ou a aplicação da sanção, a inibir e ou a retribuir (corrigir) determinadas condutas tidas como ofensoras do ordenamento jurídico, ante sua nocividade à Administração Pública, ao administrado e, com efeito, à finalidade pública, partindo-se da premissa de que, para cada infração normativa, corresponde uma sanção a ela relacionada pelo ordenamento.

---

<sup>16</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Algumas dessas sanções, quando aplicadas, podem ter repercussões irreversíveis na vida pública e privada do servidor, apresentando grau de correção ou repreensão, em determinados casos, superiores às penas aplicadas por infrações penais, *verbi gratia* as infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>17</sup>, justificando, assim, em louvor aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica e, enfim, aos princípios da certeza e da justiça do direito, a *ampliação* - com base em interpretação construtiva e evolutiva do texto Constitucional<sup>18</sup> - de garantias de direitos material e processual<sup>19</sup> disciplinar que possam delinear a certa e justa aplicação do direito ao caso concreto, em sede dessa atribuição específica acometida ao Estado-administração.

Nessa vertente, em que pese - com fundamento no princípio da atipicidade - ampla difusão de prestigiosa doutrina em sentido contrário<sup>20</sup>, a aplicação de sanção requer cominação legal vinculada<sup>21</sup> à tipificação legal (*rectius* lei ou ato administrativo

---

<sup>17</sup> As infrações penais de menor potencial ofensivo foram assim classificadas pelas Leis n.º 9.099/95 e n.º 10.259/2001.

<sup>18</sup> Como bem ensina Luís Roberto Barroso, em sua obra "Interpretação e Aplicação da Constituição", pp. 103 e 104: "A interpretação constitucional exige, ainda, a especificação de um outro conceito relevante, que é o de *construção*. Por sua natureza, uma Constituição contém predominantemente normas de princípios ou esquema, com grande caráter de abstração. Destina-se a Lei Maior a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. Enquanto a interpretação, ensina Cooley, é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas." Não menos importantes são os ensinamentos do Mestre quanto à possibilidade de construção, através da interpretação, p. 146, *Op. Cit.*: "A *interpretação evolutiva* é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes." Também acerca do tema, relevantes são as considerações de Carlos Roberto Siqueira Castro, em sua obra "A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais", ao afirmar, p. 29, que "O fenômeno da *mutação constitucional*, que se distingue da reforma positiva da Lei Maior implementável mediante o solene processo de emenda nela previsto, encerra, em maior ou menor escala, uma mudança da mentalidade social e política com reflexos na ordem jurídica, provocada pelo confronto da literalidade da constituição rígida com as cambiantes realidades da vida, capaz de propiciar a acomodação das regras constitucionais aos novos padrões de cultura e civilização."

<sup>19</sup> Não obstante a necessidade ora aventada de desenvolvimento de construção interpretativa garantista relacionada ao direito processual disciplinar, em face do corte metodológico proposto nos deteremos apenas ao direito material afeto a esse ramo.

<sup>20</sup> Por todos, verificar Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua citada obra "Direito Administrativo".

<sup>21</sup> Imputação deontica que implica a cada prescritor, preceito primário tipificador de ação ou omissão ilícita, uma ameaça de sanção descrita no preceito secundário. Nesse ponto, importantes são os ensinamentos de Karl Engisch, em sua obra "Introdução ao Pensamento Jurídico", referindo aos

normativo) e o tipo disciplinar, para as faltas graves ou médias e até mesmo para as faltas de menor potencial ofensivo à Administração ou a seus fins, deve ser detalhado, descrevendo de forma analítica a conduta, em tese, reprovável (*nullum sanctio iuris sine lege certa*), para se fazer válido o resultado de apuratório punitivo, uma vez que, caso contrário, haverá ofensa ao Diploma Constitucional vigente.

Assim, por corolário, o julgador administrativo não está autorizado a aplicar, ao seu livre entender, qualquer penalidade sem (i) expressa e analítica previsão legal do ato tido como contrário ao ordenamento, (ii) vinculada, por ato normativo, a um preceito secundário que, também, (iii) deve ser claro, compreensível, delimitado.

Nada mais lógico. Neste ponto não há que se falar em discricionariedade derogatória do princípio da legalidade. Não se pode aceitar como ilícita determinada conduta em certa época e, com a substituição da autoridade julgadora (conhecida em sede Administrativa como autoridade natural), pautar-se, na aplicação de penalidade para o “mesmo fato”, em casos posteriores e sem que haja reforma legislativa ou administrativa, no caso de ilícitos previstos em atos da administração<sup>22</sup>, atos administrativos normativos, pela licitude dessa conduta, simplesmente por se estar diante de tipo disciplinar vago, indeterminado, complementável, em sede processual, por fundamentação de quem julga.<sup>23</sup>

---

apontamentos de Zitelmann, p. 46, ao ministrar que “entre a hipótese legal e a conseqüência jurídica existe um ‘específico vínculo de necessidade, criado pelo legislador, que nós não podemos perceber doutra maneira senão por analogia com a causalidade natural’ (p. 216). Trata-se aqui de uma ‘causalidade própria do jurídico, criada pelos homens inteiramente por analogia com a causalidade natural’ (p. 221). O legislador institui, entre a hipótese legal e a conseqüência jurídica – quer dizer o estar-obrigado de uma pessoa – uma conexão causal cuja existência ele mesmo determina.”

<sup>22</sup> Adotamos o conceito restritivo de ato administrativo, conforme Di Pietro, *op. cit.*

<sup>23</sup> No direito penal, os tipos complementáveis pelo julgador são denominados tipos judiciais e foram amplamente difundidos nos períodos de cerceamento de direitos e garantias fundamentais a exemplo do código penal instituído sob a égide da política penal nacional-socialista alemã, onde, “em 1935 foi eliminado o princípio da legalidade, mediante a introdução da analogia penal, substituindo-se o art. 2 do stGB pelo seguinte: ‘É punível aquele que comete um ato que a lei declare punível, ou que, conforme a idéia fundamental de uma lei penal e ao sentimento do povo, merece ser punido.’” (Zaffaroni, *op. cit.*, p. 320), deixando, assim, a critério do julgador a tipicidade, com amplo juízo de adequação típica entre o fato e o tipo fluido. Assim, assevera Hans Welzel, em sua obra “Direito Penal, p. 63 que “as leis nacional-socialistas posteriores, em particular as da época da guerra (regulamento contra inimigos do povo, contra

Do exposto, visa-se a concluir ao final – afora constatação de vasta produção legislativa inconstitucional a positivar, nos estatutos disciplinares do serviço público, comandos normativos ofensores de direitos e garantias fundamentais - que, para uma válida apuração disciplinar, há de se aceitar também como válidos e norteadores do ordenamento jurídico afeto ao tema, como corolário da aplicação do princípio da tipicidade<sup>24</sup> (decorrente, por efeito, da aplicação dos princípios da legalidade e do devido processo legal substantivo), determinados institutos de direito penal, *v.g.*, o *princípio da culpabilidade*, referente à imputação pessoal, juízo de desvalor, de censura, da conduta do agente público ante a sua possibilidade psíquica de autodeterminação, e, por conseqüência, o princípio da imputação subjetiva ou da responsabilidade subjetiva, concernente à análise do dolo e da culpa, como pressupostos (a) da subsunção do fato ao conceito do tipo ilícito disciplinar e (b) da aplicação da sanção administrativa.

Esta, a *imputação subjetiva*, afeta ao campo da tipicidade; aquela, a *imputação pessoal*, afeta à culpabilidade propriamente dita, refutando destarte, em nossa pesquisa, a teoria complexa da culpabilidade.<sup>25</sup>

Destarte, conforme já declinado, procurar-se-á apontar o amplo leque de garantias que gozam os administrados, demonstrando que os princípios e institutos de Direito Penal são plenamente aplicáveis ao direito administrativo sancionador, mormente quando direitos e garantias fundamentais constitucionalmente qualificados são objeto de relação jurídica, formal e material, formada entre o Estado-administração, no exercício

---

crimes cometidos com emprego de violência e outros), foram redigidas de forma tão ampla e indeterminada, que deram lugar a uma total 'direção' política da jurisprudência, especialmente depois de 1942, através de 'cartas de juizes' e instruções individuais."

<sup>24</sup> E nesse sentido, entenda-se tipicidade como juízo de adequação típica, pautado em um *tipo legal*, em contraposição aos tipos judiciais. (Zaffaroni, *op. cit.*)

<sup>25</sup> Para aprofundamento do tema, vide obra citada de Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 497.

do dever-poder disciplinar, e o servidor público acusado em instrumento apuratório e punitivo de cometimento de infração disciplinar.<sup>26</sup>

*Considerações históricas e atuais.* O ambiente administrativo estatal se desenvolveu de forma acentuada nos últimos quarenta anos (em especial após a chamada “Reforma Administrativa Federal”<sup>27</sup>, importante marco orientador do agir da máquina pública, com a edição do Decreto-lei n.º 200/1967, que dispôs sobre os princípios básicos da Administração Pública Federal e instituiu normas gerais para o regime-jurídico da Administração Direta e Indireta<sup>28</sup>), com criações de importantes entes e órgãos no plexo de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações de direito público, malgrado a finalidade do referido Decreto-lei n.º 200/67 de “diminuir o tamanho da máquina estatal”<sup>29 30</sup>, na esfera federal, com a edição de leis e decretos “visando à extinção e privatização de órgãos e de Entidades

---

<sup>26</sup> A título ilustrativo, porém justificando a necessidade de reconhecimento de direitos fundamentais ao servidor público administrado, mister apontar a possibilidade, por intermédio de construção jurisprudencial, a exemplo do Tribunal Constitucional da Alemanha, da irradiação de direitos fundamentais até mesmo no direito privado, conforme ensinamentos de Konrad Hesse, *in* “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, p. 57/58: “El Tribunal Constitucional, como es sabido, identifica em los derechos fundamentales, junto com su función de defensa frente a las intervenciones del poder público, principios no sólo del ordenamiento jurídico en su conjunto: la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, ha erigido en la sección relativa a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, y ello expresa un reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales. Este sistema de valores debe regir en todos los ámbitos del Derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos. Así influye también sobre el Derecho Civil; ninguna prescripción jurídico-civil puede estar en contradicción con él, todas han de ser interpretadas en su espíritu.”

<sup>27</sup> Sem embargo, empregamos o termo “Reforma Administrativa” para as alterações implementadas pela Emenda Constitucional n.º 19, de 05 de junho de 1998, nos três estratos de governo: União, Estados e Municípios.

<sup>28</sup> Acerca da organização administrativo da União vide, ainda, Decreto-lei n.º 900, de 29/09/69; Decreto-lei n.º 2.299, de 21/11/86; Lei n.º 7.596, de 10/04 /87; Lei n.º 9.649/98, de 27/05/98;

<sup>29</sup> **Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 664;**

<sup>30</sup> Insta ressaltar que a reforma administrativa à Constituição de 1988, ocorrida com a Emenda Constitucional n.º 19, segue uma tendência determinada pelo neoliberalismo, defensor do “Estado Mínimo”, objetivando reduzir, a exemplo das medidas iniciadas com o Decreto-lei n.º 20/1967, a estrutura do Estado-administração, “enxugando” os seus gastos, com o suposto fim maior de otimizar a eficiência na prestação de serviços típicos estatais. Assim, está em fase de implantação a chamada “Administração Gerencial” que busca excelência no cumprimento de suas funções típicas, com o menor gasto possível para tal mister.

da Administração Federal”<sup>31</sup>, fazendo do direito administrativo importante instrumento a reger a quase totalidade das relações que envolvem a máquina estatal<sup>32</sup>.

Deste modo, a doutrina nacional e o poder judiciário passaram a dar maior atenção a esse ramo do direito, ainda jovem, porém de grande valor para a organização e eficiente funcionamento do Estado.

Gradativamente, o Estado-administração formou-se em meio ao surgimento de complexa organização administrativa, crescente em importância e em atribuições à medida que se constituíam novos diplomas constitucionais.

A Constituição Política do Império do Brasil<sup>33</sup>, de 25 de março de 1824, deixava a cargo da lei a definição das atribuições dos órgãos do poder executivo, não prevendo especificamente a repartição de competência, logicamente porque não se tratava de forma federativa de Estado. No entanto, também não se previam atribuições aos órgãos do Poder Executivo. Assim, em seu artigo 131, ao tratar dos Ministérios, dispunha que *“Haverá diferentes Secretarias de Estado. A Lei designará os negócios a cada uma, e seu numero; as reunirá, ou separará, como mais convier.”* Ao tratar da Administração, no Capítulo I, - a par dos assuntos da Fazenda Nacional previstos nos artigos 170 a

---

<sup>31</sup> Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 664;

<sup>32</sup> Como bem assevera Paulo Bonavides, in *“A Constituição Aberta”*, p. 200, “de forma um tanto recente, com raízes que se aprofundam ao longo do século XIX, o direito administrativo foi em larga parte fruto do Estado liberal e de sua correspondente concepção de Estado de Direito. A extraordinária e progressiva importância com que avulta essa disciplina no âmbito das Ciências Jurídicas não se explica senão em função da crise que se abateu sobre o Estado, tão poderosa e transformadora que, agigantando o poder da autoridade e contraindo a liberdade do indivíduo, produziu novos conceitos, geradores de uma normatividade cujo âmago entrou a residir no social”

<sup>33</sup> Em comentários à Constituição do Império, in *“Direito público Brasileiro e análise da Constituição do Império”*, p. 253, Antônio Pimenta Bueno já declinava a importância da Administração Pública para a eficiência do atendimento dos anseios sociais, afirmando que *“a administração é o coração do Estado, é sua mola central, dela deve partir a vida, a energia para animar todos os meios do bem-ser público; deve para isso recolher todos os esclarecimentos necessários, organizar os elementos de sua ação, circundar-se de coadjuvações prestantes, enfim desempenhar em grau elevado o que faz um bom administrador particular quando quer e sabe desempenhar seu encargo, nada olvidar, tudo prever, reprimir quanto é nocivo, promover, secundar, realizar tudo que é útil.”*

172 - apenas o fez em dois artigos, *in verbis*: “Art. 165. Haverá em cada Província um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado.” e “Art. 466. A Lei designará as suas atribuições, competência, e autoridade, e quanto convier no melhor desempenho desta Administração.”

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, com a proclamação da república em 15 de novembro de 1889, adotou a forma federativa de Estado, constituindo-se, por união perpétua e indissolúvel de suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil. Assim, em seu artigo 2.º previa que “Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.” Deste modo, fez-se necessária a repartição de competência entre os ente federados e, nos termos do artigo 5.º, estipulou que incumbiria “a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar.” Em que pese se tratar de forma federativa, a par de algumas disposições acerca de atribuições referentes ao sistema tributário, a referida Constituição não dispôs sobre a Administração Pública de forma específica. Dispôs sobre os funcionários públicos apenas em um único artigo, prescrevendo em seu artigo 73 que “Os cargos públicos civis e militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”. Com efeito, atribuiu à lei as disposições acerca dos servidores públicos.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, com a constituição do “Estado Novo”, previu em seu artigo 8.º que a cada Estado caberia a organização de seus serviços de peculiar interesse, custeando-os com seus próprios recursos e, em seu artigo 15, estipulou rol de competência privativa da União, nos moldes da atual Carta de 1988. Assim, efetivamente, foi com a Constituição de 1937

que houve início, de fato, de um ambiente administrativo denso, com previsões constitucionais para a prestação de serviços diretos e indiretos pela União, com a possibilidade de concessão, conforme se infere do art. 15, VII, que dispunha que competia privativamente à União “*explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado*”. Fez inserir em seu texto disposições sobre os funcionários públicos, atribuindo ao Poder Legislativo o mister de elaboração do pertinente Estatuto, tratando de institutos tais como concurso público de provas ou de títulos, cargos públicos criados por lei, estabilidade no serviço público, aposentadoria compulsória e por invalidez, férias, licença à gestante, disponibilidade, responsabilidade civil subjetiva, vedação de acumulação de cargos.

Dispôs ainda sobre instrumento apuratório disciplinar, processo administrativo, *in verbis*:

Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

(...)

c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, atribuiu à União competências privativas, dispondo sobre prestação de serviços diretos e indiretos, e fiscalização desses serviços pelo Poder Executivo.

Sob o Título “da Ordem econômica e social”, prescreveu que o regime de prestação de serviços públicos federais, estaduais e municipais, concedidos, seria disposto por lei, prevendo sistema de fiscalização e revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão.

Estipulou, para os Estados, competência executiva residual e, para os Municípios, incumbiu-os da organização dos serviços públicos locais. Também, a exemplo da Constituição anterior, fez disposição acerca dos funcionários públicos, porém de forma mais abrangente.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 20 de outubro de 1967, previu, em capítulos distintos, a competência da União e as competências dos Estados e Municípios, ampliando ainda mais o rol de atribuições dos entes federados.

A atual Carta Política, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, ampliou enormemente as atribuições administrativas do Estado, prevendo, em redação inicial do artigo 39, a instituição de Regime Jurídico Único, para seus servidores públicos, no âmbito das competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *in verbis*:

Art. 39 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Com a Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, denominada de “reforma administrativa”, houve mudança de redação do referido artigo, onde o Poder Constituinte Reformador omitiu referência ao “regime jurídico único” dos Entes Federativos e Municípios, o que, contudo, não aboliu o estatuto do servidor público, mas sim, permitiu a instituição, por lei, de outros estatutos, de acordo com as necessidades do ente, órgãos, cargos e funções. Aboliu-se, assim e somente, a exigência de um regime jurídico único.

Com efeito, permitiu-se aos Estados e Municípios a edição de seus próprios regimes jurídicos regentes do funcionalismo pertinente, tais como as Leis estatutárias dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Departamento de Polícia Federal, dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações, entre outras.

Esses diversos estatutos dos servidores públicos constituem-se em importantes engrenagens do sistema acima referido. Assim, mister o aprofundamento teórico dos temas afetos à Administração Pública, com vistas à capacitação dos gestores e servidores em geral, para o desempenho de suas funções com eficiência e observância aos princípios basilares, em especial aos princípios da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da eficiência, da impessoalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da publicidade, da moralidade, entre outros, evitando, com a correta aplicação da lei ao caso concreto, o excessivo atuar do Poder Judiciário no controle das ações do Poder Executivo.

Ponto a dificultar a análise de suas normas e a correta aplicação do Direito pelo Estado-administração é o fato de o Direito Administrativo não ser, como acima mencionado, codificado, integrando-se de forma composta, por um emaranhado de normas e legislações esparsas, costumes e praxes administrativas, normatizadores dos procedimentos a serem seguidos pela máquina pública. Trata-se de sistema jurídico, em que está inserto esse ramo do direito.

Jean Rivero ensina que há, para o Direito Administrativo,

duas fontes principais: textos, primeiramente, muito diferentes pela natureza e pela autoridade – Constituições, leis, atos do Executivo, revestidos de múltiplas formas – muito numerosos, no mais das vezes fragmentários, feitos para permitir o funcionamento dos organismos aos quais eles se aplicam, não para trazer, aos problemas jurídicos inerentes a esse funcionamento, princípios de solução. Ao lado dos textos, a jurisprudência é muitas vezes chamada, como em França, a suscitar, com referência a um caso concreto, as regras gerais das quais se extraiu uma regulamentação essencialmente prática, jurisprudência ora judiciária, ora administrativa, cuja pesquisa e interpretação nem sempre são fáceis.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Rivero, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 2.<sup>a</sup> Ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004p. 80 e 81.

Esse sistema<sup>35</sup> de fonte dual, na doutrina do ilustre mestre francês, delimita o regime da Administração, o regime jurídico-administrativo, com princípios - setoriais e setoriais específicos - e as mais variadas normas próprias que fazem do direito administrativo um ramo epistemologicamente autônomo das ciências jurídicas. Tais produções legislativas estão a reger os atos da Administração, a ditar as regras à confecção das produções instrumentais à boa gestão.

Interessa-nos, no estudo que ora nos detemos, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, as instituições que fornecem supedâneo à apuração da infração disciplinar, pervagando pelo direito material e processual, disciplinas que amparam legalmente o Estado para o alcance de seus fins nesse mister, qual seja, conhecida, em tese, a notícia de falta disciplinar ou administrativa do servidor público, lançar mãos das faculdades, deveres e poderes que lhe são entregues por lei e ou regulamento, para que se proceda à persecução pré-processual e à processual, que darão azo à elucidação dos fatos e à aplicação do direito ao caso concreto em sede administrativa, culminando com a absolvição ou a punição do acusado, por meio da produção de ato administrativo pela autoridade competente.

À vista de tais considerações, pautando-se pela referida noção de instrumentalidade dos atos administrativos, afere-se que o processo administrativo disciplinar, conquanto produto da Administração, destinado a determinados fins postos pelo sistema, é por este – sistema jurídico - delimitado e subsidiado por institutos que fornecem suporte à persecução da finalidade pública aplicada a este setor do direito administrativo.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Dando-nos a exata noção de sistema jurídico, ministra Jean Rivero, *op. cit.* p. 85 e 86, que “o direito positivo não é a mera justaposição de regras de direito. Constitui *conjunto organizado*. As regras que ele reúne não podem isolar-se umas das outras. Relações existem entre elas. Doutro lado, referem-se a princípios comuns, a noções fundamentais. A unidade de um direito positivo não é puramente formal, ligada ao fato de que emana das mesmas autoridades e que rege o mesmo grupo social, sendo também interna, material, ligada à comunidade de inspiração e de técnica que se encontra em todos os componentes.”

<sup>36</sup> Mister apontar o conceito de direito processual disciplinar, anotado por José Armando da Costa, em sua obra “Teoria e prática do processo administrativo disciplinar”, p. 29, onde preceitua que “Direito Processual Disciplinar é o conjunto de normas e princípios, sedimentados em lei, regulamentos, pareceres de órgãos oficiais, jurisprudência e doutrina, que informam e orientam a dinamização dos

Esses institutos – e.g. as fases de instauração, de inquérito administrativo e de julgamento, em que se subdivide o processo administrativo disciplinar - estão positivados em leis ordinárias e regulamentos, estatutos dos servidores públicos conforme acima aventado, formando o arcabouço, a ser veiculado por intermédio de atos administrativos, das produções disciplinares.

Verifiquem-se o Decreto n.º 1.171, de 22 de junho de 1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor público Civil do Poder Executivo Federal, a Lei n.º 4.878/65, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Policiais Cíveis da União e do Distrito Federal, a Lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, a Lei n.º 8.026/90, que dispõe sobre a Aplicação da Pena de Demissão a Funcionário Público, a Lei n.º 8.027/90, que dispõe sobre Normas de Condutas dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, a Lei n.º 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e a lei n.º 9.873/99, que estabelece Prazo de Prescrição para o Exercício de Ação Punitiva pela Administração Pública Federal Direta e Indireta.

A Lei n.º 8.112/90 tratou do *regime disciplinar* dos servidores públicos cíveis da União, Autarquias e Fundações Públicas, nos artigos 116 e seguintes, positivando deveres, proibições, responsabilidades, penalidades e procedimentos (*rectius* processos e sindicâncias) a serem seguidos para a apuração administrativa.

A Lei n.º 4.878/65, estatuto dos servidores policiais cíveis da União e do Distrito Federal, abordou o tema a partir do artigo 41, dividindo o assunto em cinco capítulos, delineando os limites legais dos seguintes institutos: “dos deveres e das transgressões”, “das penas

---

procedimentos apuratórios de faltas disciplinares, objetivando fornecer sustentação à legítima lavratura do correspondente ato punitivo.”

disciplinares”, “da competência para imposição de penalidades”, “da suspensão preventiva”, “do processo disciplinar” e “do Conselho de Polícia”.

Não obstante, o Ministério da Justiça fez publicar, para consulta pública, no Diário Oficial da União, de 17 de janeiro de 2005, Seção 01, Projeto de Lei Orgânica do Departamento de Polícia Federal, onde se tratou, sob o Título VII, do novo Regime Disciplinar a que estará sujeito o servidor policial. Esse projeto visa, dentre outros temas, - após eventual conversão em lei e derrogação da Lei n.º 4.878/65 - a positivizar normas que se harmonizem com as modernas tendências do direito disciplinar.<sup>37</sup>

No entanto, resta aguardar manifestação processual legislativa do Congresso Nacional e posterior sanção ou veto do Presidente da República, ocasião em que poderá ser derogada a Lei n.º 4.878/65, no que tange ao regime e estatutário do policial federal, inovando a ordem jurídica disciplinar, para o Departamento de Polícia Federal.

Enquanto isso não ocorre, analisaremos também alguns institutos disciplinares positivados na Lei n.º 4.878/65, comparando-os com eventuais possíveis inovações e mudanças pretendidas pelo projeto de lei acima mencionado.

À vista do exposto, será dada abordagem aos relevantes temas tratados pelos diplomas normativos referidos, relacionando-os entre si e com normas afetas a outros diplomas congêneres e teorias e princípios inerentes ao sistema jurídico-disciplinar.

Ainda se analisará, em capítulo distinto, temas de processo disciplinar, sob a óptica do devido processo legal substantivo – *substantive process of law* (originário do direito norte-americano e positivado em nossa Constituição de 1988), princípio este que vem rotineiramente sendo ignorado pelo legislador infraconstitucional, em sua tarefa de

---

<sup>37</sup> Vide Anexo II a este trabalho, onde consta, na íntegra, o texto acerca do regime disciplinar contido no anteprojeto de lei orgânica em comento.

dispor sobre os diversos regimes afetos às condutas dos servidores públicos e que se constitui, com adiante se verá, em fundamento de validade para os princípios da taxatividade e seus corolários em sede de direito sancionador federal.

Assim, com o intuito de fornecer singela noção acerca do ambiente em que serão levadas a efeito as conclusões em sede da persecução estatal ora tratada, mister tecer também considerações sobre as produções administrativas de efeitos jurídicos e concretos, o ato administrativo, instrumento utilizado pela Administração para a instauração, andamento de ofício (*prérrogative d'action d'office*<sup>38</sup>) e conclusões em sede disciplinar.

Destarte, considerando o processo disciplinar ser instrumento da Administração para a aplicação do direito ao caso concreto, composição da lide administrativa disciplinar, o ato administrativo é o instrumento desse instrumento, processo, pois a face material do processo é o procedimento e este é um encadear de atos administrativos.

Verifica-se, com efeito, que o processo disciplinar somente pode se materializar, pela óptica da Administração Pública, com o uso de atos administrativos.

Não obstante, serão analisadas, deste modo, as produções do legislador ordinário, referentes aos direitos material e processual disciplinar<sup>39</sup>, sob a óptica dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, principalmente no que concerne ao já referido princípio do devido processo legal substantivo - cláusula de abertura do Texto Maior, instituto constitucionalmente qualificado e apto a dar suporte aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e, enfim, aos princípios da

---

<sup>38</sup> Expressão utilizada por André Hauriou, em seu artigo "A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado". Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, 1945, Vol. I, Fasc. 2, traduzido por Paulo da Mata Machado, p. 466.

<sup>39</sup> Mister deixar claro que os institutos de direito processual disciplinar serão analisados de forma apenas assessória, com o fim de dar embasamento à abordagem do objeto principal deste trabalho, qual sejam as produções materiais de direito administrativo sancionador em harmonia com a Constituição de 1988.

justiça e da certeza do direito e estes, quando observados no ato de produção legislativa, dão caráter de constitucionalidade material às normas primárias e secundárias, que embasam o sistema sancionador.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Esses conceitos serão aprofundados no decorrer deste estudo, mas, por ora, por *norma primária* entenda-se a descrição típica da conduta tida como ilícita para o Direito Administrativo Disciplinar e por *norma secundária* entenda-se o conseqüente, a ameaça de sanção, relacionada à primeira.

## CAPÍTULO 1

### O ILÍCITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E SUA CLASSIFICAÇÃO QUANTO AO GRAU DE OFENSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### 1.1. NOÇÕES GERAIS, CONCEITO E DISTINÇÃO

Por ilícito se considera a conduta humana que contraria uma determinada norma, sendo, destarte, passível de sanção, implicada pelo mesmo sistema normativo.

Com efeito, pode-se operar nos diversos ramos do direito, a exemplo do Direito Civil, do Direito Tributário, do Direito Previdenciário, do Direito Penal e, dentre outros ainda, do Direito Administrativo. Portanto, constitui-se em categoria jurídica, não sendo “noção privativa de nenhum ramo do Direito, podendo assumir várias modalidades, conforme o aspecto das ciências jurídicas que, no caso, seja abordado.”<sup>41</sup>

Assim, o ilícito é a conduta – ação ou omissão humana – ilegal, contrária ao ordenamento jurídico, e, por consequência, passível de sanção e esta não é elemento do ilícito, mas sim sua consequência, implicada por lei ou ato regulamentar.

Ministra Hans Kelsen que:

a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção. Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica

---

<sup>41</sup> Araújo, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

ser feita pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito.<sup>42</sup>

Por um outro giro, considerando o responsável pela conduta, no Direito Penal, por exemplo, temos a sanção como uma responsabilidade pessoal, não podendo transcender à pessoa do condenado. No Direito Civil a responsabilidade é patrimonial e, com efeito, há a possibilidade de transcendência da sanção, que pode recair em terceiros, legalmente vinculados à conduta do autor da ação ou omissão contrária ao ordenamento, ou mesmo, se assim dispuser a lei, sem qualquer vínculo com a conduta ilícita.

No Direito Administrativo Disciplinar, a responsabilidade, a exemplo do Direito Penal, é pessoal, ao passo que somente o servidor público acusado de prática de conduta ilícita no âmbito administrativo pode ser punível, nos moldes estatutário, mormente por ser a qualidade de “servidor público” condição para a imputabilidade, conforme se verá no item 3.4.5, onde se tratou da relação jurídica estatutária como requisito de imputabilidade do servidor público, condição de culpabilidade, e não como condição de punibilidade.

Edmir Netto de Araújo, após afirmar haver distinção ontológica entre os ilícitos civil e penal, considerando espécies do gênero “ilícito”, faz distinção entre esses, levando em consideração o bem jurídico tutelado pela norma, dispondo que o primeiro atinge o Estado internamente ao passo que o segundo, o Direito Penal, atinge o Estado, no concernente à sociedade, *in verbis*:

discute-se quanto à natureza do ilícito administrativo, no que respeita à sua diferenciação do ilícito penal. De acordo com o exposto no Capítulo anterior, percebe-se que a essência do instituto está diretamente ligada ao bem jurídico atingido, ou seja: o ilícito administrativo puro possui, em relação ao ilícito penal, a diferença de que o primeiro agride o Estado internamente, em seu aparelho

---

<sup>42</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 125.

funcional, ao passo que o ilícito penal o atinge como síntese da sociedade. Em sentido lato, portanto, o bem jurídico atingido é sempre o interesse público.<sup>43</sup>

Verifica-se que o referido autor, com os argumentos esposados, não faz distinção ontológica entre o ilícito administrativo e o ilícito penal e, ainda, pelo critério empregado, não permite diferenciar o ilícito administrativo não puro do ilícito administrativo com reflexo também na seara criminal, classificada por ele como *ilícito administrativo penal*. Este também atinge o Estado no pertinente à sociedade como um todo, não podendo, assim, ser distinguido pelo critério proposto pelo autor.

Destarte, afirmamos, em especial no item 3.4.2, não haver diferença essencial entre os ilícitos em comento, pois ambos são condutas humanas típicas, contrárias à lei e culpáveis.

Por isso, faz-se mister valer-nos de outros critérios, tais como o de enunciação-enunciada<sup>44</sup>, produzida pelo legislador infraconstitucional, para se distinguir epistemologicamente um ilícito do outro.

Considerando a afirmação de os ilícitos administrativo e penal serem espécies do gênero “ilícito”, verifica-se, de fato, apenas distinção epistemológica e não, como afirmado por Edmir Netto de Araújo, distinção em essência, ontológica.

O ilícito é o que a lei classifica como tal. Eis um conceito extraído da teoria unitária, conceito formal, porém não mais aceito em sede de direito penal, não obstante basilar para se chegar ao conceito estratificado de crime e se verificar que esse conceito, o analítico ou estratificado, não se presta à distinção de ilícitos de ramos distintos.

---

<sup>43</sup> Araújo, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 30.

<sup>44</sup> Sobre *enunciação-enunciada* verificar ainda o item 3.4.2.

Com efeito, torna-se imprescindível a noção de enunciação-enunciada (que nada mais é que a ementa de uma lei e seus Títulos, Capítulos e Seções), fazendo-nos chegar à conclusão de que a distinção está na classificação dada pelo legislador ao enunciado-enunciado, sendo este o próprio teor da lei, o que reafirma a teoria unitária como indispensável para a distinção de ilícitos oriundos de ramos distintos do Direito.

Assim, no que concerne à *enunciação-enunciada*, o Professor Tárek Moysés Moussallem explica que

a 'totalidade estrutural' a que se refere HAMAD, é o texto-objeto de estudo do cientista dogmático, identificado aqui como 'documento normativo'. Nesse conjunto enunciativo (documento normativo), distinguiremos duas espécies de enunciados: os *enunciados-enunciados*, compostos dos dispositivos legais, tais como artigos, parágrafos, incisos e alíneas, e a *enunciação-enunciada*, composta pelos *atos enunciativos* que nos remetem à instância da *enunciação normativa* (produção normativa).<sup>45</sup>

Logo, podemos afirmar que o conceito formal de ilícito ainda é indispensável para se distinguir crime / contravenção de ilícito administrativo. No entanto, mister acrescentar que se trata de critério indispensável, mas não suficiente, pois se deve analisar o ilícito administrativo de forma estratificada e também de modo formal, verificando o que diz a *enunciação-enunciada*. Neste ponto remetemos o leitor ao item 3.4.2, onde voltamos a abordar o tema, formando uma proposta de diferenciação entre os ilícitos administrativo e penal.

## **1.2. FALTAS DE MENOR, DE MÉDIO E DE ELEVADO POTENCIAL OFENSIVO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS SEUS FINS**

---

<sup>45</sup> Moussallem, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 79.

Neste ponto, faz-se necessária a distinção entre as diversas espécies de ilícito administrativo, levando-se em conta o grau de lesividade produzido por este ao bem jurídico tutelado pela norma.

Linhas acima, com base nos ensinamentos de Edmir Netto de Araújo, aferiu-se que o ilícito administrativo ofende ao Estado internamente, sem afetar a sociedade de forma direta. Nesse ponto, discordamos do referido autor, uma vez que qualquer ofensa ao Estado-administração constitui, também, ofensa aos seus fins, o interesse público, e a ofensa a este atinge diretamente a sociedade, a comunidade administrada, legítima detentora do interesse tutelado pela norma administrativa de direito disciplinar.

Assim, com amparo na Lei n.º 8.112/90, principal diploma normativo estatutário federal vigente, bem como na Lei n.º 4.878/65, podemos classificar as infrações administrativas disciplinares em:

*(i)* de menor potencial ofensivo a Administração e a seus fins;

*(ii)* de médio potencial ofensivo à Administração e a seus fins; e

*(iii)* de elevado potencial ofensivo à Administração e a seus fins.

Os referidos diplomas normativos trazem como ameaça de sanção, em decorrência do cometimento de condutas contrárias a seus dispositivos, as seguintes categorias:

a) advertência e repreensão;

b) suspensão do exercício do cargo ou função por até trinta dias;

c) suspensão do exercício do cargo ou função entre trinta e um dias e noventa dias;

d) demissão, destituição da função comissionada ou do cargo em comissão, cassação da disponibilidade e cassação da aposentadoria.

As ameaças de sanção descritas nas alíneas “a” e “b” acima podem ser entendidas por infrações de menor potencial ofensivo, a ameaça de sanção descrita na alínea “c” pode ser entendida como de médio potencial ofensivo e as ameaças de sanção descritas na alínea “d” podem ser entendidas como de elevado potencial ofensivo.

Isto se justifica em razão de distinção feita pelos próprios sistemas normativos, que levam em consideração esses tipos de ameaças de sanção, conforme subdividido acima, para determinar o instrumento apuratório que será desencadeado pela Administração, a possibilidade ou não de dosagem da sanção (dosimetria da sanção) e a autoridade natural que deve julgar a sindicância ou processo.

Assim, nos termos da Lei n.º 8.112/90, a sindicância contraditorial, por força do art. 145, II<sup>46</sup>, não é instrumento hábil para apuração e responsabilização de ilícitos puníveis com as sanções de suspensão do exercício do cargo ou função entre trinta e um dias e noventa dias, demissão, destituição da função comissionada ou do cargo em comissão, cassação da disponibilidade e cassação da aposentadoria (alíneas “c” e “d” acima). Apropriada somente para a apuração e responsabilização de ilícito quando o servidor acusado tiver cometido condutas passíveis de advertência ou suspensão até 30 dias.

---

<sup>46</sup> “Art. 145. Da sindicância poderá resultar: (...) II – aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;”

No que concerne à repreensão, em que pese ser considerada falta de menor potencial ofensivo e sanção inerente aos servidores do Departamento de Polícia Federal, este órgão editou a Portaria n.º 440/2001, impedindo de se instaurar sindicâncias punitivas para servidores policiais, determinando que qualquer sanção, para ser aplicada, depende de regular processo administrativo disciplinar.

No que concerne a definição das autoridades com atribuição de decisão da lide disciplinar, mister colacionar o artigo 141 da Lei n.º 8.112/90, *in verbis*:

Art. 141. As penalidade disciplinares serão aplicadas:

I – pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II – pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 dias;

III – pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

Com relação à suspensão superior a trinta dias, o artigo acima foi omissivo e a praxe administrativa, em decorrência do disposto nos incisos I e II do art. 141 da Lei n.º 8.112/90, no âmbito das administrações direta e indireta do Poder Executivo, atribuiu como competente para aplicação de tal sanção a autoridade máxima do órgão ou entidade.

Deste modo, tem-se uma graduação da infração disciplinar, levando-se em consideração o seu potencial lesivo, utilizando-se como parâmetro o tipo de sanção cominada, o

procedimento legal apropriado para a persecução e as autoridades instauradora e julgadora.

## CAPÍTULO 2

### NOTAÇÕES À TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO, APLICADAS AO PROCESSO DISCIPLINAR E A QUESTÕES CONTROVERTIDAS

#### 2.1. O ATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DA ADMINISTRAÇÃO

Hely Lopes Meirelles, à luz do Código Civil de 1916, ensina que

*o conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. Segundo a lei civil, é ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (CC, art. 81). Partindo desta definição legal, podemos conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se, apenas, a finalidade pública que é própria da espécie e distinta do gênero ato jurídico, como acentuam-se os administrativistas mais autorizados.*<sup>47</sup> (grifos do autor)

Com essas ponderações o referido mestre conceituou o ato administrativo como sendo

*toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.*<sup>48</sup>

Com efeito, pautou-se pela definição ampla de ato administrativo ao mesclar os conceitos subjetivo e objetivo - pessoas jurídicas competente e matéria tratada -, abarcando determinadas categorias tidas por outros doutrinadores como simplesmente atos da administração.<sup>49</sup> Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em conceito restritivo, define ato administrativo “como a declaração do Estado ou de quem o represente, com

<sup>47</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>49</sup> Por todos, Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*

observância da lei, sob regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”<sup>50</sup> Desta forma, preferiu a eminente autora excluir os atos de direito privado, os atos materiais, os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, os atos políticos, os contratos e os atos normativos.<sup>51</sup>

Oportunamente, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “não há uniformidade entre os autores quanto a um conceito de ato administrativo, e isso porque o conceito deve atender ao exato perfil do instituto.”<sup>52</sup>

Nesse sentido, também Celso Antônio Bandeira de Mello, ponderando que

não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo. Com efeito, trata-se de uma noção teórica pela qual se busca abarcar sob uma denominação comum um certo número de atos que possuem afinidades recíprocas, compreende-se o surgimento de discrepâncias entre os estudiosos. De fato, nada há que se obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou número dos traços de afinidades que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome ‘ato administrativo’.<sup>53</sup>

Em que pese a abordagem não uniforme da doutrina sobre o tema, o fato é que há consenso sobre a necessidade de produção de efeitos jurídicos, pelo ato proferido pela Administração Pública, propiciando a materialização de sua vontade, mormente, nos esteios dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, por ser o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico.

Sem embargo, conclui-se que o Ato Administrativo – conforme o corte metodológico, também ser espécie do gênero Ato da Administração<sup>54</sup>, dotada de efeitos jurídicos –

<sup>50</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 189.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 183-184.

<sup>52</sup> Filho, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 11.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro; Lúmen Júris, 2004, p. 88.

<sup>53</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 327.

<sup>54</sup> Nem todo ato da administração é ato administrativo, pois este é somente a emanção produtora de efeitos jurídicos, concreto, imediato, não normativo e não meramente materiais. Tal conceito exclui também os atos bilaterais, os contratos, os atos de gestão, os atos políticos, os atos de expediente, os despachos, os atos enunciativos, os pareceres, mesmo os pareceres jurídicos, as certidões, os atos de direito privado, as compra e vendas efetuadas pela Administração, as locações, em fim, só são

conquanto produção de máxima concretude Estatal, constitui-se em instrumento de atuação do poder público executor da função administrativa. Assim, dessa noção de instrumentalidade decorre a afirmativa de que no direito administrativo disciplinar, a exemplo do que ocorre no direito processual civil e no direito processual penal, sem embargo das demais disciplinas de direito processual, a forma, elemento ou requisito de validade vinculado do ato, é mero instrumento, corolário do princípio da instrumentalidade das formas. Sem ele, o ato, o instrumento, independentemente da forma adotada, nada pode materializar o Estado-administração, tornando-se inoperante no que concerne às produções de efeitos jurídicos.

No processo administrativo disciplinar<sup>55</sup> (procedimento sujeito ao contraditório e levado a efeito face à existência de relação jurídica entre servidor público e Estado <sup>56 57 58</sup>), secção do objeto de estudo que ora nos detemos, tais atos, os atos administrativos *strictu senso*, nada mais são que meios capacitadores da aplicação da norma ao caso concreto, porém não se confundindo com meios capacitadores da aplicação da jurisdição, por ausência de substitutividade, sendo, no caso, a Administração parte

---

considerados atos administrativos aquelas emanações produtoras de efeitos jurídicos diretos e imediatos. Vejamos o conceito de ato administrativo formulado por Di Pietro: “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produza efeitos jurídicos imediatos, com observância à lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo poder judiciário.” (M.S.Z. Di Pietro. Direito Administrativo, *op. cit.* p. 181).

<sup>55</sup> Anote-se que as diversas teorias de direito processual civil amoldam-se à definição do conceito e natureza jurídica do processo administrativo disciplinar, a exemplo da que adotamos para tal mister, no escólio de Alexandre Freitas Câmara, ao ensinar, *in* “Lições de Direito Processual Civil” vol. 1 p. 141/142, sobre a *teoria complexa* ministra que “o processo teria um aspecto extrínseco, exterior, que seria o procedimento realizado em contraditório. Haveria, porém, um segundo aspecto, este intrínseco ou interno, e que seria a relação jurídica processual, ou seja, a relação estabelecida entre os sujeitos do processo, e responsável pela existência, entre eles, de vínculos capazes de gerar deveres, faculdades, poderes, ônus e sujeições.”

<sup>56</sup> Como ensina Alexandre Freitas Câmara, *op. cit.* p. 143, “Não se pode confundir o processo jurisdicional com os processos não-estatais, pela simples razão de que nestes não se encontra o Estado no exercício de seu poder soberano. Nem se pode confundir o processo jurisdicional como os demais processos estatais, por faltar nestes o requisito da imparcialidade e eqüidistância que está presente naquele. Assim, por exemplo, no processo administrativo o Estado é um dos sujeitos interessados e, ao mesmo tempo, o prolator do provimento que se apresenta como ‘ato final’ do processo.”

<sup>57</sup> No que concerne à relação jurídica de direito processual disciplinar, remetemos o leitor ao item 2.3.4 da presente dissertação, onde abordamos o tema com mais vagar.

<sup>58</sup> Assim, verifica-se, em lição de Alexandre Freitas Câmara, *ibidem*, p. 145, que “O procedimento, como visto, é aspecto extrínseco do processo. O processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, um dos quais é exatamente o procedimento (e os outros são o contraditório e a relação jurídica processual).”

interessada, formando uma relação jurídica processual linear com o acusado, efetivando produções jurídicas complementares à lei e não subsidiárias a ela.<sup>59</sup>

Todos os procedimentos, entre os quais os disciplinares, na seara da Administração Pública, são formados por um encadear de manifestações (atos) de vontade do poder público, agentes, órgãos ou entidades.<sup>60</sup> Essas “vontades” são ditadas inteiramente pela lei ou com margem discricionária por ela delimitada, que, ordenadas no tempo, dão forma e identidade à *mens legis* – finalidade pública - a cargo da Administração.

Com efeito, situações há em que os operadores desse mecanismo se deparam com complicadas questões a requererem conhecimento aprofundado de todo o sistema, para que se percuta a finalidade do procedimento, dessarte, a finalidade pública. Um simples equívoco, um simples deslize nesse proceder, como, por exemplo, a inobservância de princípios basilares, pode causar a invalidação do feito, desencadeando prejuízos diversos à Administração e aos administrados e, não obstante, responsabilização do agente público que lhes deu causa.

Podemos citar, *e. g.*, a equivocada e corriqueira invalidação administrativa de ato eivado de mera irregularidade – vício ínfimo que em nada afeta o interesse público – causadora de prejuízos maiores que a sua devida sanatória.

---

<sup>59</sup> Assevera Alexandre Freitas Câmara, *ibidem*, p. 70, que “A função jurisdicional caracteriza-se, essencialmente, por três fatores: inércia, substitutividade e natureza declaratória. Tais são as suas características essenciais, capazes de permitir o reconhecimento dessa função quando comparada com as demais funções do Estado, e presentes como regra geral em todas as manifestações jurisdicionais”. Como se verifica, a inércia também não é característica da atividade administrativa disciplinar, não vigorando, dessarte, o princípio da demanda em tema desse jaez.

<sup>60</sup> José Armando da Costa, *in* “teoria e prática de processo administrativo disciplinar”, p. 28, afirma que “podemos assentar que processo administrativo é a sucessão de atos que são realizados, por determinação legal u em atendimento a princípios sacramentados pela ciência jurídica, com vistas a dar sustentação à edição do ato administrativo. Se esses atos são dinamizados tendo em mente concretizar a imposição de pena disciplinar, estaremos, então, diante de processo administrativo disciplinar.”

Destarte, torna-se de elevada importância, em harmonia com o princípio da economia processual, o recentemente positivado no direito pátrio, pela Lei n.º 9.784/99, instituto da convalidação dos atos administrativos, consubstanciando instrumento a dar efetividade ao processo em sede administrativa, ao passo que impede anulações mecanicamente infundadas.<sup>61 62</sup>

Em matéria disciplinar, os diversos atos administrativos<sup>63</sup> são de suma importância, uma vez que se constituem em “células” que formam o todo, o procedimento apuratório, que pode ser dividido em meramente investigativo ou punitivo, este com vistas a resolver de forma definitiva as questões que envolvem os fatos ilícitos imputados ao servidor, aquele, o procedimento investigatório, com a finalidade de dar subsídios à instauração ou não do processo punitivo. Eis, nesse sentido, a positivação de sindicâncias e de processo administrativo disciplinar no serviço público federal.

Não obstante, em análise aos tipos disciplinares, objeto do presente estudo, mister entendermos previamente, ainda que em linhas gerais, as espécies de instrumentos postos pelo sistema à disposição dos administradores e que poderão levar à aplicação concreta os efeitos do cometimento de um ato ilícito (disciplinar / administrativo) subsumido ao conceito descrito na norma (hipótese), uma vez que não podemos perder de vista que, em sede de aplicação de sanções oriundas de tipos disciplinares

---

<sup>61</sup> Malgrado se estar tratando, nesse momento, apenas de institutos afetos à forma ou formalidade dos atos administrativos são assentes em autorizada doutrina (por todos Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*) os demais requisitos de validade dos atos administrativos, podendo ser classificados em sujeito competente, com atribuição legal ou regulamentar para a confecção do ato, finalidade a que se propõe o ato, forma ou formalidades, ditadas por lei ou por ato administrativo normativo a estabelecerem os rigores técnicos que devem ser incididos na produção jurídica, motivo ensejador do ato e objeto, entendendo-se o efeito jurídico produzido pelo ato administrativo, como, por exemplo, no ato de suspensão disciplinar de servidor infrator do regime estatutário, o objeto desse ato seria o afastamento do exercício do cargo, sem percepção de proventos, pelo tempo estipulado no próprio ato, no caso, portaria.

<sup>62</sup> No que tange também à efetividade do processo, mister apontar o também recentemente positivado pela Emenda Constitucional n.º 45, que acrescentando ao artigo 5.º da CF/88 o inciso LXVIII, princípio da “razoável duração do processo”, aplicável também em sede de Administração Pública, preceitua que “ a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Neste novo princípio temos amparado, por corolário, o princípio da imediatidade da punição (expressão utilizada por José Armando da Costa, *in* “teoria e prática de processo administrativo disciplinar”).

<sup>63</sup> E nesse sentido entenda-se o encadear de atos distintos a dar ensejo ao ato final.

indeterminados, a tipificação é levada a efeito por ato do colegiado disciplinar e da autoridade julgadora, que em sede de processo, com o relatório conclusivo e com a fundamentação da decisão, completam o tipo, ou mesmo, “tipificam” o tipo vago.

Destarte, mister pontuarmos (i) alguns conceitos pertinentes à sindicância administrativa disciplinar e ao processo administrativo disciplinar, bem como (ii) algumas questões relevantes, afetas ao tema, tais como os critérios de resolução de dúvida ante o interesse público em jogo no âmbito de apuração disciplinar; a relação jurídica processual disciplinar e suas implicações; o efeito da imputação deontológica na dosimetria da sanção disciplinar; a atuação conforme a lei e o Direito e o dever de convalidação dos atos eivados de meras irregularidades. Não obstante, ao proceder às referidas análises, sempre que pertinente, far-se-á menção aos princípios regentes da matéria.

## **2.4. PROCEDIMENTOS PERSECUTÓRIOS A CARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A Administração Pública tem o dever de buscar a elucidação das condutas ilícitas administrativas praticadas por servidores a ela ligados por relação jurídica de direito material estatutário, com vista a aplicar a reprimenda legalmente definida como apropriada a cada situação. Assim, como no direito penal e processual penal, o *jus puniendi* pertence ao Estado, no caso, o Estado-administração que, partindo de atos de ofício, após o conhecimento da notícia do ilícito, desencadeia uma série de atos administrativos, co-relacionados e que envolvem, compulsoriamente, por ato de império e em razão de seu poder disciplinar, eventual administrado acusado de falta no âmbito administrativo.

Assim, têm-se os procedimentos administrativos persecutórios, que podem ser, como acima já afirmado, de natureza pré-processual ou processual, respectivamente, sindicância<sup>64</sup> e processo. Aquela está para o processo disciplinar, assim como o inquérito policial está para o processo penal, sendo peça informativa a dar subsídios a uma acusação com justa causa.

Com efeito, mister anotar as principais características desses instrumentos colocados pelo legislador à disposição da máquina pública.

#### **2.4.1. As três espécies de sindicância administrativa disciplinar**

Após a Constituição de 1988, que, com a instituição positivada do contraditório e da ampla defesa, não recepcionou a prática (diga-se amplamente difundida até então, sob a égide da Lei n.º 1.711/52<sup>65</sup>) da aplicação da sanção disciplinar por meio da “verdade sabida”, as notícias de infrações disciplinares<sup>66</sup> são apuradas por intermédio de procedimentos legalmente instituídos, formados de encadear de atos administrativos e atos da administração, tendentes à produção do ato punitivo final ou ato de arquivamento, com a absolvição do servidor acusado.

Deste modo, a persecução disciplinar pode ser iniciada e concluída por dois instrumentos colocados à disposição da Administração, conforme citado, a sindicância e o processo administrativo disciplinar, sendo que não necessariamente este, o processo, deve ser precedido de sindicância. Desta feita, para que se atenda ao princípio do devido processo legal, no que concerne a seu espectro processual, as apurações de quaisquer infrações disciplinares hão de ser levadas a efeito à vista de instauração e conclusão de apuratórios legalmente positivados para tal mister, *due process of law*.

---

<sup>64</sup> Ressaltemos a possibilidade de, por exceção, termos sindicância com contraditório, constituindo-se, de fato, em um processo disciplinar de rito mais célere.

<sup>65</sup> Malgrado a referida Lei n.º 1.711/52, antigo estatuto dos funcionários públicos civis da não, em seu artigo 217 garantir ao acusado em processo disciplinar a “ampla defesa”.

<sup>66</sup> Adotamos a classificação de ilícito disciplinar como gênero, em que se dividem o ilícito disciplinar em sentido estrito e o ilícito administrativo e que a distinção far-se-á no decorrer do estudo.

Assim o fizeram a Lei n.º 8.112/90, no artigo 143, *in verbis*: “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”, e a Lei n.º 4.878/65, conforme descrito no artigo 52, nos seguintes termos: “A autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade ou transgressão a preceitos disciplinares é obrigada a providenciar a imediata apuração em processo disciplinar, no qual será assegurada a ampla defesa.”

No entanto, verifica-se que o referido artigo 52 da Lei n.º 4.878/65 não previu a possibilidade de apuração de infração disciplinar por meio de sindicância, porém esta é aplicada ao Departamento de Polícia Federal pelos preceitos subsidiários da Lei n.º 8.112/90, somente nos casos de sindicância investigativa ou conectiva, não sendo possível a instauração de sindicância punitiva, uma vez que ato normativo interno do Diretor-geral do Departamento de Polícia Federal, Portaria n.º 440, de 08 de maio de 2001, proibiu, em seu primeiro inciso<sup>67</sup>, a punição de servidor policial por via de sindicância. Assim, quanto aos procedimentos dotados de contraditório e da ampla defesa, somente existe no âmbito da Polícia Federal o processo disciplinar, pois a sindicância não é autônoma (contraditorial e punitiva) e prevista subsidiariamente pela Lei n.º 8.112/90.<sup>68</sup>

Cumprindo ainda ressaltar que o anteprojeto de Lei Orgânica do referido Departamento também submeteu à discussão pública, sob o Título VIII, Capítulo I, a proposta desse aspecto afeto ao regime disciplinar, conforme publicação no D.O.U de 17 de janeiro de 2005, Seção 1, com a seguinte redação, *in verbis*:

---

<sup>67</sup> “O diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal, com fulcro no art. 33, incisos VII e XXXI do Regimento Interno aprovado pela Portaria Ministerial 213, de 17.05.1999, publicada no D.O.U de 18.05.1999, RESOLVE: I – Determinar que as irregularidades atribuídas aos servidores policiais do Departamento de Polícia federal, que possam resultar em aplicação de quaisquer penalidades, sejam apuradas através de Processo Administrativo Disciplinar, conforme prevê o Artigo 52 da Lei n.º 4.878/65;”

<sup>68</sup> Esclareça-se que a referida portaria n.º 440/2001 só tem aplicabilidade para os servidores policiais do Departamento de Polícia Federal e, destarte, para os servidores administrativos desse órgão, pode haver ato punitivo decorrente de sindicância contraditorial.

Art. 137. A autoridade que tiver ciência de irregularidade da qual possa resultar infração disciplinar promoverá a sua apuração imediata, por meio da instauração de sindicância.

§ 1.º A autoridade promoverá desde logo a abertura de processo administrativo disciplinar, segundo rito próprio, se presentes elementos probatórios suficientes à demonstração da autoria e da materialidade de fato passível de capitulação como transgressão disciplinar.

A sindicância é conceituada pela doutrina à vista dos procedimentos<sup>69</sup> positivados pelo legislador como instrumento menos complexo, de rito mais célere e com formas menos rígidas, podendo ser classificada em *sindicância verificatória* ou *inquisitória*, *sindicância contraditorial* ou *punitiva* e *sindicância conectiva*.

A *sindicância verificatória* constitui-se em instrumento inquisitorial, daí decorrer a classificação de *inquisitorial*, quando não constar na notícia de infração a indicação de autores da suposta materialidade, servindo destarte para o início de uma apuração, em face de notícia de fatos ainda não concretamente definidos, no que se referem à autoria

---

<sup>69</sup> Cumpre ressaltar que o termo procedimento ora empregado é distinto do empregado em processo civil, onde se tem o processo, por exemplo, de conhecimento, em que se pode empregar o procedimento comum ou especial, adotando-se os ritos ordinário ou sumário. Tratamos a sindicância como procedimento no sentido de um encadear de atos administrativos manifestantes da vontade da Administração, ou seja, procedimento adotado pela Administração. Não se pode entender a sindicância, com se faz no processo civil, ao defini-la como procedimento, como um instituto afeto ao processo disciplinar, pois na doutrina desta disciplina do direito, a sindicância e o processo são procedimentos adotados pela Máquina Pública, e este, quanto ao aspecto material, é procedimento em contraditório assim como a sindicância punitiva também o é. Para esses dois últimos institutos, sindicância punitiva e processo disciplinar, aplicam-se os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira, *in* "Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n. 9.784/99". São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33, ponderando acerca das diferenças entre processo e procedimento *verbis*: "O processo pode ser examinado sob dois ângulos: por um lado, é relação jurídica entre as partes que nele interagem (aspecto interno); por outro, consubstancia rito ou seqüência predefinida (aspecto superficial). Na medida em que se trata de relação jurídica específica, o processo configura vínculo entre pessoas derivado de previsões normativas próprias, cujo objeto é precisamente o motivo (fático ou jurídico) em razão do qual a relação processual se constitui e se desenvolve. (...) Não se confunde a relação processual com a ação (ou pretensão) processual, nem tampouco com a relação jurídica material que une as partes. Tal relação jurídica processual desenvolve-se justamente através do procedimento. Trata-se de forma de concretizar o processo – tramitação ou seqüência de atos na qual se desenvolve a relação processual. É o procedimento realidade essencial e inerente ao conceito de processo. Assim, processo e procedimento têm clássica diferenciação quanto ao seu conteúdo jurídico: o primeiro retrata *relação jurídica* específica, de caráter processual em sentido estrito; já o segundo define puramente o desenrolar dos atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo."

e ao delineamento da materialidade. Nesse procedimento, por não haver acusado, não há que se falar em contraditório ou em ampla defesa. Há certa semelhança com o inquérito policial, instrumento a dar subsídio à denúncia pelo ministério público.

A *sindicância conectiva* é o procedimento verificatório acima descrito que conclui, em relatório final, pela instauração de processo disciplinar, após definir (i) a autoria e a materialidade (antes, ao se iniciar o procedimento, indefinidas) ou (ii) que o inicialmente acusado de determinada conduta ilícita está sujeito a uma sanção que comine suspensão superior a 30 dias. Com isso, proporciona-se ao servidor, com as conclusões do relatório final, a sua submissão a instrumento que possa dar amplo atendimento ao direito ao contraditório e à ampla defesa, sedimentados no Inciso LV do art. 5.º da CF/88.

A *sindicância contraditorial* é a espécie instaurada contendo os fatos em tese praticados, definindo, *initio litis*, a infração disciplinar imputada a determinado servidor público. Desse instrumento não pode resultar aplicação de penalidade de suspensão superior a trinta dias. Desta feita, à vista de necessidade de pena de suspensão superior, faz-se mister a instauração de processo administrativo disciplinar, para levar a efeito a aplicação da penalidade. Assim, a sindicância contraditorial, especificamente nesse caso, também fará as vezes de sindicância conectiva, como acima visto, pois dará azo à instauração de processo disciplinar.

Assim, em consideração ao disposto nos incisos I, II, e III do artigo 145, combinados com os artigos 148 e seguintes, todos da Lei n.º 8.112/90, a doutrina majoritária<sup>70</sup> convencionou que a sindicância conectiva pode ser (i) uma sindicância verificatória em que o colegiado sindicante chegou à conclusão sobre quem é o servidor, em tese, responsável pela ação ou omissão ilícita, dando azo à nova instauração de sindicância contraditorial, ou processo disciplinar, conforme a pena seja até trinta dias de suspensão ou superior a essa pena, ou (ii) uma sindicância contraditorial na qual o colegiado sindicante chegou à conclusão de que o acusado está sujeito à falta, em

---

<sup>70</sup> Por todos José Armando da Costa, *op. cit.*

tese, passível de punição de suspensão superior a trinta dias, dando azo à instauração de processo disciplinar. No primeiro caso, se, com a sindicância verificatória, chegar-se à conclusão de que o servidor identificado como responsável pelo ato disciplinar praticou falta passível de pena de suspensão até trinta dias, sob a égide da Lei n.º 8.112/90, deverá a autoridade competente instaurar nova sindicância, agora contraditorial, para apurar o constatado pelo anterior colegiado inquisitorial. Porém, se esse anterior colegiado inquisitorial que tiver identificado o servidor acusado chegar à conclusão de ocorrência de falta com penalidade mais grave, *rectius* suspensão acima de trinta dias, a autoridade instauradora deverá, de plano, instaurar processo administrativo disciplinar, *ex vi* do art. 145, I e II combinados, da Lei n.º 8.112/90. Estas são as duas conclusões e conseqüências que se podem chegar a partir de uma sindicância verificatória que logre definir autoria e materialidade da inicial investigação inquisitorial. No caso de uma sindicância contraditorial, aquela em que se tem de início autoria e materialidade definidas em tese, este procedimento pode se tornar conectivo se, ao final com o relatório conclusivo, o colegiado ou servidor sindicante - identificado o responsável, em tese, pelo ilícito – verificar que a materialidade então constatada levará a aplicação de penalidade superior a trinta dias de suspensão.

Destarte, poderemos ter, levando em consideração a pena em tese a se aplicada ao servidor faltoso, (i) sindicância contraditorial originada de sindicância verificatória; (ii) processo administrativo disciplinar originado de sindicância verificatória e (iii) processo administrativo disciplinar originado de sindicância contraditorial.

A Lei Orgânica do Departamento de Polícia Federal, Lei n.º 4.878/65, conforme Capítulo I do Título VIII, nos artigos 137 ao 146, disciplinou apenas as sindicâncias verificatória e conectiva, não existindo no regime disciplinar do policial federal a sindicância punitiva, contraditorial, para a apuração de falta imputada a servidor ocupante do cargo de policial federal. Destarte, o servidor policial não pode ser punido em sede de sindicância administrativa disciplinar.

O projeto de lei referido anteriormente seguiu orientação já aplicada no Departamento de Polícia Federal, nos termos da Portaria 440/2001, que proibia a instauração de sindicância contraditorial, punitiva, para a responsabilização do servidor policial.

As espécies de sindicância acima mencionadas são iniciadas por ato administrativo da autoridade com atribuição legal ou administrativa para tal e que, no estatuto do policial federal, verifica-se, conforme capítulo I do Título VIII, onde *ex vi* do art. 137 (“A autoridade que tiver ciência de irregularidades da qual possa resultar infração disciplinar promoverá a sua apuração imediata, por meio de instauração de sindicância.”) que o ato será lavrado por servidor público que possui o *status* de autoridade e que possua o dever-poder de iniciar a persecução disciplinar, delegando, destarte, a diploma infralegal a competência definitiva das autoridades naturais para a instauração e o julgamento do procedimento de persecução.

Desta feita, a autoridade com atribuição lavrará uma portaria, determinando sua publicação em veículo interno regulamentado (boletins de serviços ou aditamentos semanais, em folhetins e ou documentos apostos em rede interna de computadores, dando por instaurado os trabalhos e atribuindo ao colegiado os misteres descritos no diploma disciplinar. Este é o ato exordial do apuratório em sede de sindicância, não se podendo instaurar, a exemplo dos dispositivos elencados na Lei n.º 8.112/90, por mero despacho, face à expressa disposição legal. Caso contrário, o administrador terá produzido ato nulo, por ofensa à forma prescrita em lei, independentemente de ter resultado prejuízo ao acusado ou à Administração Pública, pois neste caso há presunção absoluta de prejuízo à Administração e ao acusado, ante a utilização de ato menos formal para o início do procedimento e neste caso a forma é da essência do ato<sup>71</sup>.

Publicada a portaria, o colegiado sindicante produzirá a ata de início dos trabalhos, onde deverão deliberar as principais diligências iniciais que traçarão o rumo das

---

<sup>71</sup> Esse é o entendimento dominante na doutrina pátria, representada, dentre outros administrativistas, por José Armando da Costa.

investigações. Não há necessidade de citação ou notificação<sup>72</sup>, pois nesse procedimento não há acusado, apenas, se for o caso, testemunhas.

Em instrução, serão ouvidas as testemunhas e juntados os documentos que possam levar à elucidação da materialidade e da autoria, a exemplo de exames periciais e, ao final, lavrar-se-á relatório final conclusivo acerca desses elementos.

Se for concluído que determinado servidor foi o possível autor de determinado fato ilícito, apontar-se-ão em relatório as condutas cometidas e o suposto autor.

Com efeito, os trabalhos serão encaminhados ao órgão parecerista competente que, anuindo, minutará uma nova portaria, onde constarão fatos infringidos e suposto autor, não devendo constar a capitulação legal das condutas, para se evitar direcionamento ou influências nos trabalhos do novo colegiado.

Com esse novo ato administrativo instaurar-se-á, agora, processo administrativo disciplinar, onde haverá a necessidade de atendimento às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que haverá um ou mais servidores acusados.

### **2.2.2. O processo administrativo disciplinar**

Com esse subitem não há pretensão de aprofundamento deste ponto específico da matéria, que requereria dispêndio a afastar o enfoque que se propõe, mas apenas apresentar singelas noções das fases que constituem esse persecutório contraditorial, completando a noção de ato e procedimento administrativos em sede disciplinar.

---

<sup>72</sup> Quanto a essa suposta necessidade de citação ou notificação, verificar item 2.3.4, onde se aborda tal tema.

Como exemplo, cite-se a Lei n.º 8.112/90, em seu art. 148 que disciplina:

O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Do texto de lei acima se aúfere a noção de instrumentalidade do processo, assim como de qualquer outro procedimento (*rectius* parte material do processo, procedimento em contraditório, bem como, procedimento em si próprio, sem contraditório) da Administração, com um fim específico, qual seja, a apuração de responsabilidade. Daí, parte-se da premissa de que a autoria e a materialidade já são pressupostas em tese.

O processo administrativo disciplinar constitui-se em processo administrativo *stricto sensu*, espécie do gênero referido, que tem como objetivo propiciar à Administração a apuração de fatos tidos como supostamente ilícitos praticados pelo servidor público, bem como, sendo constatada a falta disciplinar, aplicar a sanção pertinente, tudo se valendo de atos administrativos. Não obstante, também tem como finalidade constituir fase em que o servidor acusado possa exercer o contraditório e a ampla defesa, refutando as alegações da Administração Pública, propiciando, destarte, “paridade de armas”.

Conforme analisado quando do trato das diversas espécies de sindicância administrativa, o processo disciplinar poder ser iniciado de forma autônoma ou com informações trazidas de uma sindicância prévia (conhecida em doutrina como

sindicância conectiva), que, após constatar (i) a suposta autoria e ou materialidade ilícita ou (ii) que a sanção a ser aplicada ao servidor faltoso é de suspensão superior a trinta dias, proporciona a apuração em contraditório, o processo disciplinar. Nestes dois últimos casos há sindicância prévia a subsidiar a instauração de processo disciplinar.

Por outro lado, se conhecida a autoria e a materialidade, a Administração pode, desde o início da apuração (sem embargo da possibilidade de levar a efeito procedimento contraditorial em sede de sindicância, nos casos previstos em lei ou ato administrativo normativo), instaurar o processo autônomo, que, nesse caso, dará azo a distintas fases aptas ao atendimento do princípio da eficiência da Administração e ao atendimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados aos acusados.

Todas essas fases do processo disciplinar estão definidas nos ordenamentos jurídicos a que se sujeita o servidor acusado, e, de praxe, classificam-se em instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.

Com efeito, a Lei n.º 8.112/90 preceitua em seu art. 151, I, II e III, *in verbis*:

Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I – instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II – inquérito administrativo, que compreende a instrução, defesa e relatório;

## III – julgamento.

Tomando como exemplo o dispositivo de lei acima transcrito, temos que a primeira fase do processo é a *instauração*, que ocorre com a publicação do ato que constitui o colegiado disciplinar, no caso, para persecução processual, uma comissão de processo administrativo disciplinar.

Confeccionado o ato de constituição do colegiado (de praxe uma portaria da autoridade administrativa competente), este é encaminhado ao serviço ou setor de comunicação social do órgão ou entidade, onde será publicado em boletim de serviço ou aditamento semanal, veiculado em folhetins e também pelo sistema de rede interna de computadores (*intranet*)<sup>73</sup>, acessível aos servidores do ente público, constituindo-se em ato de efeitos jurídicos internos na Administração.

Com essa publicação, mesmo virtual, em *intranet* - rede de computadores interna do órgão, o colegiado é constituído e, automaticamente, como se verá no item 2.3.4, forma-se uma relação jurídica de direito processual entre a Administração Pública e o servidor acusado. Com efeito, sujeitam-se ambos ao sistema jurídico regente, trazendo implicações processuais diversas para as partes, com deveres, ônus e faculdades.

---

<sup>73</sup> Anote-se que a recente Lei n.º 11.419/2006, de 19 de dezembro de 2006, alterando a redação da Lei n.º 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispendo sobre a informatização do processo judicial, instituiu, em seu artigo 1.º, o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e tramitação de peças processuais. Com efeito, o seu art. 4.º permite aos Tribunais criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizando em sítio da rede mundial de computadores, para a publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicação em geral, dando, destarte, caráter oficial a essas comunicações.

A segunda fase é a do *inquérito administrativo* que se subdivide em *fase instrutória*, *fase de defesa* e *fase de relatório*.

A primeira propicia à Administração a coleta de provas com vista ao atendimento do princípio da verdade real, ouvindo testemunhas da própria Administração e também do acusado, bem como realizando exames técnico-periciais e interrogatório do servidor, facultando-lhe a produção, com esse ato, de defesa pessoal. A instrução finda com o ato de indiciamento do servidor acusado, onde, fundamentadamente, o Colegiado constituído declina os móveis de fato e de direito e o embasaram para a conclusão de indiciamento ou não do servidor. Neste ato, prescrevem-se os tipos disciplinares que entendem estar incurso o servidor. É ato necessariamente motivado, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa.<sup>74</sup>

A segunda, fase denominada de *defesa*, é iniciada, após o indiciamento do acusado, com a citação deste para que apresente defesa técnica, geralmente no prazo de dez dias. Note-se que a defesa pessoal aloca-se fora da fase de defesa, constituindo ato a ser realizado na *instrução*, como precedente do ato de indiciamento.

---

<sup>74</sup> A Lei n.º 9.784/99, em seu artigo 50, II, traz o dever de a Administração motivar os atos administrativos que imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções aos administrados e o indiciamento, além de dar azo à citação do acusado para fornecer defesa técnica (ônus) pode ser levado em consideração pela autoridade julgadora para a aplicação da sanção, servindo, inclusive, como fundamentação indireta do próprio ato punitivo.

Recebida a defesa, tempestiva ou não, inicia-se a fase de *relatório*, onde a comissão processante analisará os atos produzidos nas fases anteriores, contrapondo de forma detalhada os fundamentos do ato de indiciamento com a defesa técnica. Mister ressaltar que o ato de indiciamento já deve ser um resumo detalhado e fundamentado das conclusões das análises dos depoimentos das testemunhas, dos exames periciais e da defesa pessoal do acusado e que, na fase de relatório basta a análise do ato de indiciamento à luz da defesa técnica produzida, fazendo-se as remissões analíticas às etapas anteriores, acaso necessárias.

No relatório, deve o colegiado fundamentar a constatação ou não dos fatos imputados ao servidor, indicando os artigos que entendem infringidos, as sanções a eles vinculadas e as agravantes e atenuantes apuradas. Não deve, como veremos no subitem 2.3.3, que trata da dosimetria da sanção disciplinar, fazer essa dosagem, mas, apenas, apontar a existência dessas circunstâncias e deixar a critério da autoridade julgadora a sua aplicação sobre a sanção, quando possível.

Normalmente, nos diplomas disciplinares na esfera federal, o prazo para a conclusão das fases acima mencionadas, com a apresentação do relatório final do colegiado disciplinar, é de sessenta dias, prorrogáveis por igual período, ou seja, totalizando cento e vinte dias, para que se opere a apuração disciplinar.

Mister ressaltar que o relatório nem sempre é conclusivo, sugerindo, em determinados casos de maior complexidade a nova designação do colegiado ou nomeação de nova comissão, para continuidade dos trabalhos. Isso pode ocorrer, por exemplo, em casos em que, pelo número de acusados e de diligências a serem efetivadas, torna-se impossível o término dos trabalhos no prazo estipulado ou quando há de se aguardar perícia que dependa de tempo superior ao estipulado pela lei, para sua conclusão. Não obstante, a interrupção do prazo prescricional ocorre somente uma vez e com a publicação do ato de instauração do processo ou da sindicância contraditorial.<sup>75</sup>

O ato de julgamento constitui a última fase do processo e é a que a autoridade julgadora, externa ao colegiado e geralmente, mas não sempre, quem confeccionou o ato de instauração, profere decisão acerca da responsabilidade ou não do servidor acusado, valendo-se dos atos praticados no processo e em eventual sindicância apensada.

Concluída a responsabilidade do servidor em julgamento, ato de motivação de aplicação da sanção ou de absolvição, deve a autoridade administrativa confeccionar e fazer publicar, pelas mesmas vias do ato de instauração, uma portaria punitiva que pode aplicar, *e.g.*, conforme o regime jurídico a que estiver sujeito o servidor, uma sanção de advertência, de repreensão, de suspensão de um a cento e oitenta dias, sem

---

<sup>75</sup> A sindicância inquisitorial não possui o condão de interromper a prescrição em comento, uma vez que não possui autoria ou materialidade determinadas, a exemplo da instauração de inquérito policial que nenhum efeito jurídico interruptivo produz em sede processual penal.

percepção de subsídios ou vencimentos, de demissão, de cassação da aposentadoria e de cassação da disponibilidade.

Sem mais delongas, as explicações acima declinam de forma sucinta a importância do ato administrativo e dos procedimentos apuratórios disciplinares, para se levar a efeito as conclusões pautadas na análise dos tipos disciplinares definidores de ilícitos na seara administrativa disciplinar.

## **2.5. QUESTÕES CONTROVERTIDAS QUE ENVOLVEM OS PROCEDIMENTOS PERSECUTÓRIOS A CARGO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*Nesse ponto traremos à colação algumas questões em torno das quais, na prática, são travados acirrados debates entre as partes ou entre as partes e os órgãos de consultoria jurídica da Administração e que, por muitas vezes, são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, com o fim de decidir sobre a legalidade (i) dos trabalhos da comissão processante e (ii) da aplicação da sanção pela autoridade administrativa julgadora.*

### **2.5.1. In dubio pro interesse público<sup>76</sup>**

Uma grande discussão de cunho prático existe quando o assunto é sindicância de caráter inquisitorial, verificatória, ou seja, aquela que prescinde do contraditório e da ampla defesa, em que restarem, ao confeccionar o relatório final, dúvidas sobre o fato

---

<sup>76</sup> Convém anotar a definição do conceito de interesse público, dado por Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* “Curso de direito administrativo”, ano de 2000, p. 59, que afirma ser “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros e pelo simples fato de o serem.**” (grifos do autor).

de determinado servidor público ser o real ator da conduta ilícita ou mesmo ter tal ilícito existido – questões afetas à autoria e à materialidade.

Temerária poderia ser a sugestão, ao final, de instauração de processo administrativo disciplinar contra determinado servidor público, sem que este possua realmente responsabilidade, demonstrada ao menos em indícios, restando absolvido ao final do procedimento contraditorial.

Poderia o colegiado disciplinar ser responsabilizado por danos morais, ou materiais, ao servidor que nada devia à Administração e à coletividade? A resposta não é de simples obtenção. Há que se percorrer determinado *iter*, perquirindo acerca do dolo da comissão em indiciar inocente, ou mesmo da ocorrência de negligência, imprudência ou imperícia – elementos subjetivos. Não há dúvidas, entretanto de que, presente um desses elementos, a comissão disciplinar torna-se passível de responsabilização.

Porém, questão mais delicada é, ao se chegar na fase do relatório final conclusivo, dúvidas restarem quanto à responsabilidade – autoria – do servidor; mesmo porque a sindicância não autônoma é procedimento limitado. Simples, porém equivocada, seria a decisão de se aplicar o princípio de direito *in dubio pro reo*, pautando-se, nessa fase, meramente informativa – sindicância inquisitorial – por não indiciar servidor, face à dúvida quanto à autoria do ilícito administrativo, desde que presente a materialidade do ilícito. Outro é o interesse público aplicado a esse jaez, fazendo-se mister a sua indisponibilidade, qual seja, ver, a sociedade (a comunidade administrada), a devida elucidação do fato ilícito, submetendo ao crivo do processo administrativo disciplinar, *due process of law*, com fases mais apropriadas à perquirição necessária, com instrução dessarte mais eficaz, todo o fato e as controvérsias não resolvidas na fase inquisitorial, desde que restem presunções ou indícios, embora ínfimos, que não neguem, categoricamente, o envolvimento do servidor, ante a materialidade *juris tantum* demonstrada.

Sem embargo, a indisponibilidade do interesse público, princípio orientador do agir da Administração, está, assim, a reger o sistema jurídico-administrativo. Optar pelo não indiciamento, em processo inquisitorial, aplicando a dúvida em favor do servidor é, ao menos, dispor desse interesse, podendo, ainda, dar azo à responsabilização do próprio colegiado disciplinar. A busca da verdade real assim o requer, não sendo outro o entendimento ora trazido pelo sistema positivo, *e.g.*, por analogia ao direito processual penal, ao se aplicar o *in dubio pro societate* nas fases de recebimento da denúncia ou queixa e pronúncia, onde o juiz, na dúvida, ante a prova da materialidade do delito, recebe a denúncia ou a queixa-crime e, no procedimento comum do júri, ao final do juízo da acusação, pronuncia o réu, submetendo-o ao crivo do tribunal popular do júri.

O sistema jurídico-administrativo, nesse momento processual específico, inclina-se no sentido ora em comento, malgrado, em outras fases do processo disciplinar, vigorar o *in dubio pro reo*.

Apurados, em procedimento inquisitorial, indícios de autoria contra servidor, deve este ser submetido, como acusado, a procedimento mais eficaz – que lhe propiciará o contraditório e a ampla defesa, com a instauração de processo administrativo disciplinar. Porém, se não pairar, ao final de investigação administrativa, qualquer indício de autoria, reprovável será a sugestão de instauração do procedimento contraditorial, passível, dessarte, de responsabilidade administrativa, cível e penal. Por isso, para se evitar eventual demanda por parte do indiciado, deve o agente ou colegiado inquisitorial, por meio de despacho de instrução e indiciamento, demonstrar inequivocamente, passo a passo, os caminhos fáticos e intelectuais que levaram à decisão, pautando-se por somente sugerir a instauração de procedimento contraditorial (*rectius* processo administrativo disciplinar) se houver indício de autoria face à existência de prova da materialidade do ilícito administrativo.

## 2.5.2. O dever de convalidação do ato administrativo pela Administração Pública

Por convalidação do ato administrativo entende-se a correção pela Administração Pública, antes da impugnação, ou pelo particular, de ato anulável, e, portanto, sanável, por intermédio da prática de um novo ato, ante a constatação de inexistência de incidência de prejuízos à própria Administração e ao interesse público, bem como a terceiros. Esse instituto pode ser levado a efeito pela mesma autoridade que tenha praticado o primeiro ato, e daí receber a denominação de ratificação. Se convalidado por outra autoridade receberá a denominação de confirmação.

Desta feita, pode a Administração, por meio da mesma autoridade e antes de haver impugnação pelo particular atingido pelo ato anulável, ratificar o ato sanável, produzindo novo ato isento de eiva, ou por intermédio de outra autoridade, conquanto provida de atribuição legal, confirmar o ato anulável, produzindo novo ato nesse sentido, também com efeitos retroativos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “A *convalidação* é o suprimento de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado.”<sup>77</sup>

Para José dos Santos Carvalho Filho

A **convalidação** também denominada por alguns autores de **aperfeiçoamento** ou **sanatória**) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. Só é admissível o instituto da convalidação para a doutrina dualista, que aceita possam os atos administrativos ser nulos ou anuláveis.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 405.

<sup>78</sup> Filho, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 144.

No que concerne ao tema, a Lei n.º 9.784/99, inovando, assim prescreve, *in verbis*:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis **poderão** ser convalidados pela própria Administração. (sem grifo no original)

M. S. Z. Di Pietro, ao analisar o dispositivo em comento, ensina que

a convalidação aparece como **faculdade** da Administração, portanto como ato discricionário, somente possível quando os atos inválidos não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros; em caso contrário, tem-se que entender que a Administração está obrigada a anular o ato, ao invés de convalidá-lo.<sup>79</sup>

No mesmo sentido são os ensinamentos de Edmir Netto de Araújo afirmando que,

não há, propriamente um dever de convalidar o ato anulável, mas um dever de *recompor* a legalidade ferida, o que se faz tanto fulminando o ato viciado quanto convalidando-o, e esta opção, como se viu, é *discricionariamente* voltada à melhor solução para o Direito, com vista ao cumprimento do fim específico de interesse público do ato em revisão, pois o fim especial do novo ato é o resguardo da ordem jurídica.<sup>80</sup>

Em que pese as teses acima esposadas e o fato de a lei fazer menção ao vocábulo “poderão”, com a devida *vênia*, permitimo-nos discordar do posicionamento dos doutos administrativistas, haja vista, em análise ao sistema jurídico, não se estar diante propriamente de uma faculdade, mas sim de vinculação, pois há que se levar em consideração os princípios da segurança jurídica, da economia processual, da eficiência e da indisponibilidade do interesse público, regentes de todo agir ou não agir da máquina pública.

No caso, o ato anulável, sanável, enquanto não convalidado (ou anulado) estará produzindo efeitos válidos e, assim, se evidenciada a ausência de lesão ao interesse público e a terceiros, não restará margens à faculdade, devendo-se convalidar a produção administrativa, pois ante essas constatações não se fará presente motivo

<sup>79</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 228.

<sup>80</sup> Araújo, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: STr, 1999, p.135.

legal para a invalidação, conquanto ser do próprio interesse público a validação do ato, tendo em vista ser mais dispendioso o invalidar e o reeditar de novo ato, para o alcance da finalidade pública já atendida. Eis uma faceta da aplicação do princípio da eficiência. Destarte, o dispositivo legal mencionado não deve ser entendido como faculdade-poder, mas sim como dever-poder de restauração da legalidade.

Assim, acompanhamos o posicionamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello ao ministrar que

sendo certo, pois, que a invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou por outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: da segurança jurídica e da boa fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação.<sup>81</sup>

Ainda nesse sentido de dever de convalidação pela Administração, confira-se Weida Zancaner, para quem “só poderia haver possibilidade de opção discricionária, como pretende parte da doutrina, caso houvesse norma jurídica que concedesse à Administração Pública possibilidade de agir com discricção.”<sup>82</sup>

Anote-se, mais uma vez, que entendemos que o art. 55 da Lei n.º 9.784/99 não trouxe ao ordenamento jurídico uma faculdade, mas sim uma obrigação de restaurar a legalidade, a qual deve estar adstrita a Administração, por força do Art. 37, *caput*, de nossa Constituição Federal.

No entanto, mesmo presentes os requisitos do art. 55 da Lei n.º 9.784/99 a declinarem existência de vício convalidável, nada obsta à revogação do ato anulável, por motivos

---

<sup>81</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 301;

<sup>82</sup> Zancaner, Weida. *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47.

de oportunidade e conveniência, nos termos da segunda parte do enunciado da Súmula 473 do Supremo tribunal Federal, *in verbis*:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles 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.** (sem grifos no original)

Cumprе ressaltar, ainda, que a discricionariedade está na faculdade de se revogar ou não o ato anulável, mas nunca em invalidá-lo ou o convalidar se verificada a ausência de ofensa a interesse público e a direito de terceiro, ressalvada, em todo caso, a possibilidade de invalidação pelo judiciário, por motivo de ofensa ao ordenamento. Assim, tem-se para a Administração Pública a vinculação nos atos de convalidar ou anular um outro ato produtor de efeitos jurídicos, de acordo com o atendimento ou não aos ditames do art. 55 da Lei n.º 9.784/99.

A regra admite exceção no que tange a discricionariedade em convalidar ato praticado por funcionário de fato, vício quanto à competência do sujeito – sanável -, quando este ato praticado com vício for discricionário do sujeito competente. Neste ponto, como bem ministra Weida Zancaner<sup>83</sup>, cabe ao agente competente para a prática original do ato sopesar acerca da convalidação ou invalidação do ato praticado pelo funcionário de fato.

Portanto, deve-se, em analogia (instituto de integração da norma permitida em direito administrativo) ao direito penal, levar em consideração – sem embargo do já citado princípio da instrumentalidade das formas – o princípio da insignificância, ou do prejuízo, em que atos com pequenos vícios em nada prejudicam a legalidade, a ampla defesa, o contraditório, a gestão administrativa, em fim, em nada alteram, materialmente ou juridicamente, o resultado a ser alcançado, não devendo ser

---

<sup>83</sup> Zancaner, Weida. *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

merecedores da atenção da Administração, que ao anulá-los acabaria apenas produzindo atos meramente substitutivos, improdutivos de vantagens práticas.

A invalidação de atos convalidáveis pelo simples e cômodo “anular”, e em muitos casos sem a devida motivação, renovando o procedimento em detrimento da economia processual, é, ao menos, descaso administrativo, desrespeitador, dentre outros, do princípio básico da eficiência, contido no *caput* do artigo 37 de nossa Carta Institucional e, agora, com o advento da Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, em seu artigo 55, prescritor do dever de convalidação dos atos, quando amparados pelo interesse público, é desrespeitar, também, o princípio da legalidade, viga sustentadora de todo o regime jurídico-administrativo, estando o infrator passível, inclusive, de sanção na seara cível, penal e administrativa.

A insignificância dos efeitos jurídicos dos vícios<sup>84</sup> contidos nos atos meramente irregulares ou convalidáveis, anuláveis, é óbice à invalidação, devido ao fato da inexistência de qualquer prejuízo ao interesse público e às partes envolvidas em processo administrativo disciplinar, pois tais vícios em nada interferem no direito constitucionalmente garantido à ampla defesa ou à observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência da Administração Pública nas apurações em processo legal. Se atos ferirem esses princípios, não teremos produções irregulares, mas nulas, ou até mesmo inexistentes e merecedoras da autotutela administrativa<sup>85</sup>.

Assim, mister harmonizar as produções administrativas com o sistema jurídico-administrativo e, conseqüentemente, com o sistema jurídico-constitucional, a fim de se evitar produções equivocadas e desnecessárias.

---

<sup>84</sup> Ressalte-se que não se está a comentar acerca do princípio da bagatela, aplicável à insignificância dos danos materiais.

<sup>85</sup> Ressaltamos, com base na doutrina de André Hauriou referida no item 3.2.1, que essa classificação de atos administrativos quanto ao seu grau de validade é oriunda do direito privado, do Direito Civil, e plenamente aplicável ao Direito Administrativo.

Por esse motivo que a Constituição da República se preocupou com a finalidade que deve ser alcançada pela máquina pública, instituindo em seu bojo um Capítulo especialmente destinado à Administração Pública e a seus agentes, para, com princípios basilares, ser o ápice do sistema infraconstitucional pertinente à matéria, orientador de toda manifestação de vontade das entidades que compõem a Administração direta e indireta, em todas as esferas de governo – federal, estadual e municipal.

Esses princípios constitucionais são reflexos de construções doutrinárias, assentados em sede constitucional e proveniente do instituto que Paulo de Barros Carvalho chamou de *sobreprincípio* e Celso Antônio Bandeira de Mello considerou como axioma originário de todos os demais princípios do direito administrativo – a indisponibilidade do interesse público.<sup>86 87</sup>

Em obediência a essa indisponibilidade do interesse público e para a sua garantia, a máquina pública, como bem observa Di Pietro, tem o dever de restaurar o princípio da legalidade toda vez que o ferir. Isto se opera pela autotutela – na modalidade de anulação<sup>88</sup> - ou pela convalidação de seus próprios atos. Esta, a convalidação das produções formais administrativas, apesar de não ser praticada nos recintos públicos<sup>89</sup>, é defendida em inúmeros trabalhos de renomados doutrinadores, e.g., Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Weida Zancaner<sup>90</sup>, esta, monografista do tema, entre outros, cujo ápice de suas obras, em análise ao assunto, categoricamente demonstra que caiu por terra a antiga e tradicional classificação,

---

<sup>86</sup> **Carvalho, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004.**

<sup>87</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>88</sup> Neste caso não é cabida a revogação que só se aplica, em caso de conveniência e oportunidade, aos atos válidos.

<sup>89</sup> Existe uma exceção a essa regra e que geralmente é praticada pela comissão disciplinar, pelo órgão encarregado de emitir parecer e pela autoridade competente para o julgamento: a convalidação do vício, quanto à inobservância do prazo mínimo de três dias úteis para a realização do evento, contido nas notificações, intimações e citações quando o acusado, ou indiciado, comparece à audiência para por espontânea vontade, ou para argüir o vício. Tal hipótese de convalidação, há muito praticada pela Administração, agora se constitui em obrigação legal contida no Art. 26, VI, § 5º, da Lei n. 9.784/99.

<sup>90</sup> Zancaner, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos atos administrativos*. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

*quanto à validade*, em atos válido, inválidos (nulos) e inexistentes, passando-se a adotar no direito pátrio administrativista – agora por força do art. 55 da Lei n.º 9.784/99 - a teoria dualista (atos nulos e atos anuláveis) oriunda do Direito Civil.

Tais autores transpõem para o Direito Administrativo, conforme afirmado acima, classificação oriunda do Direito Civil e em consonância com os rumos da moderna e eficiente Administração, subdividindo quanto à validade os atos administrativos em atos válidos, nulos, anuláveis e inexistentes.

Essa classificação, há muito defendida por esses mestres em prol da persecução da verdade real que vigora no direito administrativo, nada mais é - sem embargo de sua essência privatística - que a base da teoria das nulidades no processo penal (que também se pauta na busca da verdade material), aplicada ao processo administrativo disciplinar, pois todos os seus princípios processuais (de direito processual penal) vão ao encontro da finalidade perquirida pela Administração ao desenvolver o processo apuratório<sup>91</sup>.

Essa deve ser a classificação adotada pela máquina pública, não só por atender completamente a todos os princípios supracitados, mas também por obrigação legal com o advento da Lei n. 9.784/99. Esta Lei, exorbitante e subsidiária da legislação preexistente, traz em seu capítulo XIV, sob o título “Da Anulação, revogação e Convalidação”<sup>92</sup>, o dever de convalidação dos atos administrativos quando, pautados pelo interesse público, forem sanáveis e sua sanatória não vier a prejudicar terceiros<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Em sede de processo administrativo disciplinar aceitamos o uso da analogia, para se aplicar institutos e direito processual penal, suprindo lacunas legislativas não intencionais.

<sup>92</sup> Convém ressaltar que o legislador ao fazer uso da função legislativa, ao produzir essa Lei, reguladora do processo administrativo e subsidiariamente do processo disciplinar no âmbito federal, perdeu uma grande oportunidade de elencar um rol de nulidades absolutas e relativas que, sobremaneira, dirimiria grande parte das aplicações equivocadas desse instituto, nulidades, em processo disciplinar, pois a Lei n. 8.112/90, no que tange a esse aspecto é omissa e a doutrina, divergente, o que demanda uma correta interpretação sistemática que extrapola as fronteiras do direito administrativo, indo-se abeberar no direito processual penal, processual civil e constitucional. Tal fato obriga o administrador a não se limitar ao sistema jurídico-administrativo, pois estaria correndo o risco de se desviar da finalidade pública, ao menos culposamente. Uma outra omissão da Lei n. 9.784/99, fato não ocorrido no Código de Processo Penal, é a ausência de previsão de possibilidade de convalidação do ato administrativo por preclusão temporal ou por preclusão lógica. Deveria esta Lei ter prescrito um rol taxativo ou não, *numerus clausus*

Mas o que são defeitos sanáveis? Vejamos como o quebra-cabeça vai perfeitamente se encaixando, corroborando tudo o aqui exposto, mostrando que para a Administração pública a *forma* é mero instrumento para a persecução da finalidade pública e não um fim em si mesma.

Sem embargo à Lei supracitada, amparam-nos os ensinamentos da professora Di Pietro a elucidar quais os vícios dos atos administrativos que podem e, como vimos, devem ser objeto de convalidação:

Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que foi praticado. Seabra Fagundes, refutando-se à possibilidade de se aplicar a teoria das nulidades do direito civil, entende que os atos viciosos podem agrupar-se em três categorias: atos absolutamente inválidos ou nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e atos irregulares. **Atos anuláveis** são os que infringem as regras atinentes aos cinco elementos do ato administrativo, mas em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendimento ao interesse público pela sua parcial validade; para o autor, tratando-se de ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquela. **Atos irregulares** são os que apresenta defeitos irrelevantes, quase sempre de **forma**, não afetando ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais; os seus efeitos perduram posto constatado o vício.<sup>94</sup>

---

ou *numerus apertus*, em que se pudesse ter a convalidação automática do ato se não argüida a nulidade relativa em determinado prazo, operando-se nesse caso a preclusão temporal. No processo penal, o Código de Processo Penal, em seu artigo 571 traz essa possibilidade de convalidação por preclusão temporal em matéria penal, e, em seu artigo 572, III, traz a possibilidade de ocorrência de preclusão lógica, aquela inaplicável ao direito administrativo, esta perfeitamente aplicável com o uso da analogia. Essa preclusão temporal, articulada em lei, em muito beneficiariam a máquina pública, em especial quanto à economia processual, pois não daria margem ao acusado e seu defensor, de má-fé, constatadas irregularidades, virem a argüi-las somente na última oportunidade para falar nos autos, com o intuito de invalidar todos os trabalhos para ganhar tempo.

<sup>93</sup> “Art.55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.”

<sup>94</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 225

O entendimento é uníssono na doutrina em afirmar que vícios quanto à forma<sup>95</sup>, ou quanto às formalidades legais, e quanto à competência (delegável), são sanáveis, portanto, convalidáveis e a lei agora obriga a aplicação dessa convalidação.

Essa Lei n. 9.784/99, embora ainda omissa em alguns aspectos relevantes, veio a facilitar o trabalho de aplicação do direito, fazendo parte da sistemática em processo disciplinar ao aplicar-se subsidiariamente à Lei n. 8.112/90 e aos demais diplomas federais específicos, como, por exemplo, à Lei n.º 4.878/65, estatuto dos servidores policiais federais.

### **2.5.3.A dosimetria da sanção administrativa e a imputação deôntica**

O tema ora tratado está afeto ao princípio da legalidade que vincula a Administração Pública. A exemplo do instituto da dosimetria, em muitos outros casos específicos o aplicador do direito depara-se com a ausência de margem discricionária para o seu agir, ante a analítica descrição pela norma (i) do ato a ser produzido (ii) ou do procedimento a ser adotado, para a persecução da finalidade pública a cargo da Administração. Porém o dever de dosar a sanção administrativa a ser aplicada parece ser fonte de equívocos, onde a Administração, no exercício de seu poder disciplinar, *jus puniendi* administrativo, não tem dispensado a correta interpretação normativa, infringindo, destarte, o referido princípio da legalidade, ao passo que livremente procede a comutação de sanções, sem a previsão expressa de lei nesse sentido.

---

<sup>95</sup> Os vícios quanto à competência delegável e à forma são convalidáveis, ao passo que os vícios quanto à finalidade, ao motivo e ao objeto do ato administrativo não são passíveis de convalidação, devendo, destarte, nesses casos, ser o ato anulado pela Administração ou pelo Poder Judiciário, acaso provocado.

A autoridade julgadora do processo administrativo disciplinar não se deve esquecer de que está operando institutos jurídicos postos, em tese, validamente no direito positivo, constituindo-se linguagem técnica, em forma de proposições que, implicadas a conseqüências jurídicas, formam a norma jurídica, *in casu*, de imposições afirmativas ou negativas de direito sancionador. Assim, há de observar-se o vínculo implicacional a ligar hipótese e tese, extraindo-se, destarte, a proposição normativa.

Como bem assevera Diniz De Santi

o direito, enquanto objeto do conhecimento, apresenta-se em linguagem na forma enunciativa. Enunciado é o modo expressional frásico, conjunto de palavras que, relacionadas, cumprem com o requisito de serem significativas. Caracteriza-se por apresentar concretude existencial mediante um suporte físico, dado integrante da relação sígnica-comunicacional que, como o próprio nome sugere, tem natureza física, material: as ondas sonoras, na linguagem oral; o depósito de tinta no papel, na comunicação escrita; o espaço condutor visual por onde trafegam os fótons, na comunicação mímica ou meramente iconográfica.<sup>96</sup>

Sem embargo, continua o referido autor, ensinando que:

Textos constitucionais, legais, decretos, atos administrativos, sentenças, são veículos normativos que se constituem de enunciados. Com efeito, surgem na forma de artigos, incisos, parágrafos, alíneas, seguimentos de linguagem, que, advindos de subjetiva conformação técnico-legislativa, configuram enunciados prescritivos, aos quais correspondem proposições (significações). Estas, no entanto, nem sempre configuram normas jurídicas. A estrutura sintático-gramatical é o enunciado. A norma não é a oralidade ou a escritura da linguagem, nem é o ato de querer ou de pensar ocorrente no sujeito emitente da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a situação objetiva que ela denota. Norma é uma estrutura lógico-sintática de significação, que conceptua fatos e condutas, representando-os como significações objetivas. Proposição é a significação do enunciado. Como juízo significativo que é, apresenta necessariamente uma estrutura lógica. A proposição

---

<sup>96</sup> Santi, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 30.

normativa (jurídica ou prescritiva) revela estrutura hipotética (implicacional) geral ou individual, é sua forma lógica. Tem composição dual. Suas partes, elementos que inexistem por si só, podem estar dispersos na legislação positiva, integrando corpos jurídicos dos mais diversos. Entretanto, recompondo logicamente, temos (i) hipótese ou pressuposto, parte da norma que tem por função descrever situação de possível ocorrência no mundo e (ii) tese ou conseqüente, que prescreve uma relação modalizada pelo functor relacional deontico num de seus três modos relacionais específicos: permitido, proibido ou obrigatório. Infere-se que nem toda proposição jurídica é norma jurídica. Norma jurídica é a proposição jurídica que tem a forma implicacional, associando a um possível dado fático uma relação jurídica. A mera literalidade dos textos do direito não atinge, compartimentadamente, a forma proposicional de norma jurídica. A norma jurídica é norma a partir de sua imersão no todo que é o sistema de linguagem do direito positivo. Como assevera Norberto Bobbio 'as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si.' Tudo está dentro do ordenamento e só é explicável em função do todo que é o ordenamento jurídico.<sup>97</sup>

Com efeito, para haver norma jurídica, faz-se mister a correlação entre a hipótese e o seu legal conseqüente, ou seja, a norma de direito é extraída da modalização do antecedente com o conseqüente e, assim, para cada fato descrito pela norma o legislador implica um ou mais conseqüentes.

Partindo-se dessa premissa, verifica-se que as proibições e imposições prescritas no ordenamento administrativo disciplinar são vinculadas por modulações deonticas a determinadas sanções, obtendo-se, destarte, a norma jurídica afeta a referida relação jurídica implicacional.

Assim, para a infringência de determinado preceito primário é descrita uma determinada sanção que "deve ser", acaso realizado ou não o tipo descrito na lei. No entanto, cumpre ressaltar que a lei, o direito positivo, é quem se encarrega de **implicar**

---

<sup>97</sup> *Op. cit.*, p. 31-32.

determinada prescrição a determinadas descrições. Deste modo, poderia, se assim entendessem os encarregados pelo ato de enunciação, os legisladores, vincular uma única hipótese legal a mais de uma consequência jurídica. Isso é discricção do legislador.

Nesse sentido é a lição de Karl Engisch, ao afirmar que “O legislador institui, entre a hipótese legal e a consequência jurídica – quer dizer, o estar obrigado de uma pessoa -, uma conexão causal cuja existência ele mesmo determina”.<sup>98</sup>

Assim, também é a lição de Lourival Vilanova:

Inexiste, pois, no universo das proposições jurídicas, necessidade lógica ou factualmente fundada de a hipótese implicar a tese ou a consequência. É a própria norma que põe o *vinculum*, é a *fonte formal* do Direito que, fundando-se num *ato de valoração*, estatui como devendo ser que a hipótese implique o consequente. Sem norma válida o nexa desfaz-se. (...) É a norma mesma, é o Direito positivo que institui o relacionamento entre o *descriptor* (hipótese) e o *prescritor* (tese). Agora, uma vez posta a relação, um vez normativamente constituída, a relação-de-implicação, *como relação lógico formal*, obedece Às leis lógicas. Assim se se dá a hipótese, segue-se a consequência; se não se dá a consequência, necessariamente não se dá a hipótese ('se *p*, então *q*', 'se não-*q*, então não-*p*').<sup>99</sup>

Com efeito, se descumprindo determinado prescritor pelo servidor público, deve ser a aplicação da sanção, contida no descriptor, tese que, em alguns casos, conforme estatuído no direito positivo – geralmente em forma de circunstância atenuantes ou

<sup>98</sup> Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3.ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 46.

<sup>99</sup> Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2.ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 96-97.

agravantes -, pode comportar, a ameaça de sanção, alguma graduação de intensidade e, destarte, dosagem, a ser levada a efeito pelo aplicador do direito.

A dosimetria consiste em graduar - dentro de uma escala de amplitude e seguindo determinados parâmetros postos por lei - a intensidade da sanção a ser aplicada ao sujeito da relação jurídica e infrator da norma jurídica primária proibitiva, com vista à individualização da sanção e à aplicação do direito ao caso concreto, potencializando ou amenizando a retribuição, a coerção e a correção estatal.

Destarte, qualquer aplicação de sanção administrativa disciplinar que não considere os dispositivos legais afetos às circunstâncias atenuantes e agravantes será desprovida de validade por lógica e formal ofensa ao direito positivo.

Neste diapasão, o artigo 128, *caput*, da Lei n.º 8.112/90 - assim expresse: “*Na imposição da penalidade serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*” - traz, de forma cogente, para o agente público aplicador da penalidade, a autoridade julgadora nos termos do artigo 141 do mesmo diploma legal, a obrigação de sopesamento acerca de dadas circunstâncias - *a) a natureza da infração; b) a gravidade da infração; c) os danos provocados ao serviço público; d) as circunstâncias agravantes; e) as circunstâncias atenuantes; e f) os antecedentes funcionais*, de forma que a ausência dessa análise,

devidamente declinada na fundamentação do ato de julgar, invalida a decisão (ato administrativo) de aplicação de penalidade, face ao motivo discordante, a requerer adequação ao caso concreto.

Em análise ao sistema jurídico-disciplinar, no que tange ao positivado no direito brasileiro, não se encontram descritos em diploma legal algum os parâmetros para suporte vinculado à aplicação dessa norma exarada no artigo em epígrafe.<sup>100</sup> Preferiu o legislador, deste modo, ao contrário do que ocorre no direito penal, quando, *e.g.*, definiram-se as circunstâncias agravantes e as circunstâncias atenuantes, bem como o *quantum* da pena a se reduzir, deixar tal juízo no âmbito da atribuição discricionária do agente público.

Ante o exposto, duas questões relevantes se ora apresentam como fonte de equívocos a se abeberarem os aplicadores do direito administrativo a casos deste jaez:

*(1) a quem pertence a competência (rectius atribuição) discricionária para a aplicação da dosimetria da penalidade administrativa?;*

---

<sup>100</sup> Sem embargo da Instrução Normativa n.º 04-1991 – D G/DPF, que traz regras de dosimetria da penalidade disciplinar, aplicadas aos tipos descritos na Lei n.º 4.878/65.

(2) *quais os limites e alcance dessa norma exarada no artigo 128, caput, da Lei n.º 8.112/90, quando em confronto com o princípio da observância do modal deôntico?*

A resposta a essas questões, embora raramente levadas em consideração, abstrai-se da análise minuciosa do diploma legal em estudo, bem como, sistematicamente, da interpretação de normas de direito público, que não podem ser desprezadas sob pena de deturpar um todo, o Direito, que apenas se subdivide com a finalidade epistemológica de facilitar o seu estudo – o direito administrativo é apenas *didaticamente* autônomo<sup>101</sup>. Não constitui um outro ramo de ciência, autônomo, estando inserto no bojo publicístico e dele não podendo separar com fins outros senão epistemológicos, a ponto de repulsar princípios e conceitos de outros ramos de direito perfeitamente a ele aplicáveis.

À vista da problematização exposta, em considerações à primeira indagação, pertinência da competência discricionária para a aplicação da dosimetria da penalidade administrativa, primeiramente, urge ressaltar – adentrando momentaneamente ao tema da segunda indagação acima exposta - que a discricionariedade não se cinge em dosar ou não a penalidade a ser aplicada, mas sim em - diante de preceitos exarados no artigo supracitado - sopesar, considerando o caso concreto, os parâmetros quanto aos atenuantes, agravantes, danos ao serviço público, etc.

---

<sup>101</sup> Como bem assevera o Prof. Tárek Moysés Moussalem, *op. cit.*, p. 28: “o estudo do conhecimento é a principal tarefa do ramo da Filosofia chamado Epistemologia (do grego, *episteme*, conhecimento) ou Teoria do Conhecimento.”

Note-se que o limite da competência discricionária está apenas em correlacionar o que houver graduado quanto ao prescritor, preceito primário, determinando o *quantum* a ser acrescentado ou diminuído à pena, descritor, preceito secundário, que seria imposta. De fato, esta é a discricionariedade contida no artigo 128, e.g., ao se dizer, após análise minuciosa, que uma falta realmente provocou graves danos ao serviço público e, dessarte, é merecedora de agravamento, conforme o *quantum* julgado justo para o caso concreto.

Quanto à competência para aplicação da dosimetria, esta deve ser aferida quando do julgamento efetuado pela autoridade competente nos termos do artigo 141, Lei n.º 8.122/90. O próprio *caput* do artigo 128 desse diploma legal traz essa determinação, ao descrever que a dosimetria deverá ser operada na fase da aplicação da penalidade e este é o preceituado na *Seção II, Capítulo III, do Título V, “Do Julgamento”*, de competência das autoridades contidas no artigo 141, supracitado.

Dessarte, o colegiado designado para a apuração de determinado fato não deve ir além do levantamento e indicação das circunstâncias necessárias, contidas no artigo 128, subsidiando a aplicação desta norma pela autoridade competente.

Quanto ao alcance do dispositivo em estudo, segunda indagação acima proposta, mister se fazem apontamentos de lógica jurídica, onde nos deparamos com a significação de functor relacional deôntico, conectivo ou modal deôntico, entendendo

suas implicações, com a finalidade de aplicação às penalidades disciplinares. Para tanto, em primeira aproximação, valem-nos dos ensinamentos de Hans KELSEN, em abordagem sobre norma e produção normativa, onde assevera que

com o termo 'norma' se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. (...) Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B *deve* ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica do diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser estabelecida pela autoridade – através de um ato de vontade, portanto -, enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie. (...) O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências.<sup>102</sup>

No mesmo sentido é a doutrina de Michel Temer<sup>103</sup>, ao diferenciar o conectivo do *mundo do ser* do *mundo do dever-ser*; neste, insere as ciências jurídicas. Esse autor ensina que no mundo do ser, mundo das leis naturais, o homem não possui o condão de alterar suas regras, pois as leis físicas decorrem da natureza e de nada vale a vontade do homem em modificá-la mediante formulações de preceitos racionais. No mundo do dever-ser, ao qual pertencem as ciências jurídicas, as coisas se passam segundo a vontade humana, podendo *conectar* um determinado preceito primário ao preceito secundário que assim desejar o órgão competente. A dado antecedente, liga

<sup>102</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 05 e 87.

<sup>103</sup> Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999, pp.18-19.

determinado conseqüente.<sup>104</sup> Assim o é no Direito que, a cada prescritor, em se tratando de norma penal, é conectado determinado descritor, como conseqüência de sua infringência, segundo a vontade do legislador.

Como bem assevera Paulo de Barros Carvalho,

ao captar a mensagem normativa, o destinatário da norma terá, em sua mente, uma representação: se ocorrer o fato F, no plano da realidade tangível, dever-se a conduta C, do sujeito S” perante o sujeito S’. O ‘dever-ser’ encerra aí seu percurso porque diante dessa representação o destinatário vai orientar-se de acordo com as determinações de sua vontade, que poderá manifestar-se tanto no sentido da conduta prescrita, como no de seu descumprimento.<sup>105</sup> (...) Percebe-se que a chamada ‘incidência jurídica’ se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, a segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve que o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto, ocorrido *hic et nunc*, faz surgir uma relação jurídica também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito. Formalizando a linguagem, representaríamos assim: (F  $\subseteq$  Hn)  $\rightarrow$  Rj, podendo interpretar-se como: ‘se o fato F pertence ao conjunto da hipótese normativa (Hn), então deve ser também a conseqüência prevista na norma (Rj).’<sup>106</sup>

Como exemplo, podemos citar a norma positivada no *caput* do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, que traz sob o *nomem juris* de “homicídio simples”, o preceito “matar alguém”, descrevendo “reclusão de seis a vinte anos”. Neste exemplo, temos a descrição de um fato consubstanciado numa norma proibitiva que, violada,

<sup>104</sup> Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 18-19.

<sup>105</sup> Carvalho, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 11.

desencadeará, após o devido processo legal, o direito subjetivo de o Estado-juiz aplicar o preceito secundário, qual seja, a pena prevista em lei.

Podemos também citar como exemplo as normas tributárias, em especial a instituidora de tributo, desencadeadora da obrigação principal que, sem exceção, traz a norma padrão de incidência, hipótese normativa, consistente no preceito primário, *conectada*, caso ocorra a subsunção fática de seu conceito, à obrigação de recolhimento aos cofres públicos, nos termos da lei, de determinada quantia em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir.

Note-se que tais finalidades perquiridas pela lei, imposições normativas afirmativas ou negativas, só podem ser alcançadas face à existência de conexão, imputação relacional, entre o tipo legal e a ameaça de sanção, entre o prescritor e o descritor, entre o preceito primário e o preceito secundário ou, na denominação de Lourival Vilanova, entre proposição-hipótese e proposição-tese<sup>107</sup>. Esse *elo* de ligação é denominado modal ou conectivo deôntico, relação normativa, que pode ser especificamente com os funtores: “permitido”, “obrigado” ou “proibido”. Dessarte, inadmissível, no mundo jurídico, no mundo do *dever-ser*, a aplicação de determinada sanção que não seja a pura consequência<sup>108</sup> de infringência de tipo a ela legalmente relacionado. Este é o princípio do conectivo deôntico no que concerne ao functor

---

<sup>107</sup> Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

<sup>108</sup> Mister observar que essa pureza metodológica só pode ser assegurada no plano do *dever-ser*.

“proibido” ou “obrigado”, como proibição ou imposição de conduta, imposição afirmativa ou imposição negativa, na seara do direito disciplinar.

Insta ressaltar que é tarefa da lei, direito positivo, fixar a relação implicacional entre hipótese e tese, função externa ao campo lógico, podendo relacionar o descumprimento de determinado preceito primário a um ou mais preceitos secundários. Porém, se assim não for positivado, não cabe ao operador do direito, o intérprete, modalizar o que de fato não foi feito pelo direito positivo, conquanto linguagem técnica prescritiva.

Nesse sentido é que se pode entender a lição do sempre atual Lourival Vilanova, ao asseverar que:

Como se vê, no interior desta fórmula, destacamos a *hipótese* e a *tese* (ou o pressuposto e a conseqüência). A estrutura interna desse primeiro membro da proposição jurídica articula-se em forma lógica de *implicação*: a hipótese implica a tese ou o antecedente (em sentido formal) implica o conseqüente. A hipótese é o *descriptor* de possível situação fática do mundo (natural ou social, social juridicizada, inclusive), cuja ocorrência, na realidade, verifica o descrito na hipótese. (...) Inexiste, pois, no universo das proposições jurídicas, necessidade lógica ou factualmente fundada de a hipótese implicar a tese ou a conseqüência. É a própria norma que põe o *vinculum*, é a *fonte formal* do Direito que, fundando-se num *ato de valoração*, estatui como devendo ser que a hipótese implique o conseqüente. Sem norma válida o nexo desfaz-se. É a norma mesma, é o Direito positivo que institui o relacionamento entre o *descriptor* (hipótese) e o *prescritor* (tese). Agora, uma vez posta a relação, um vez normativamente constituída, a relação-de-implicação, *como relação lógico formal*, obedece às leis lógicas. Assim se se dá a hipótese, segue-se a conseqüência; se não se dá a conseqüência, necessariamente não se dá a hipótese ('se *p*, então *q*', 'se não-*q*, então não-*p*'). O que a norma ou o direito positivo podem fazer, livremente, é selecionar as hipóteses e selecionar as tese ou conseqüências. É questão fora de lógica, *extralógica*, optar pelo antecedente A' ou A'' ou A''', bem como escolher para a conseqüência C' ou C'' ou C'''. *Tudo depende de atos de valoração, sociologicamente situados e axiologicamente orientados*. Mas, desde que foi posta normativamente a relação-de-implicação, daí em diante entra-se na órbita das relações lógico-formais, no universo do ser do Direito: *o logos como parte da ontologia do Direito*. A norma jurídica (proposição normativa), por isso que tem estrutura lógica, não pode alterar o comportamento dos valores lógicos das proposições relacionadas implicacionalmente. E não pode impedir que a implicação seja

assimétrica, ou que a co-implicação (bicondicional) seja simétrica (isto é, A implique C e C implique A, sempre que o antecedente seja condição *necessária e suficiente* do conseqüente). O Direito nem é *alógico nem antilógico*.<sup>109</sup>

No mesmo sentido são os ensinamentos de Diniz de Santi, ao alinhar que:

Norma jurídica é proposição prescritiva. Se é proposição – entidade lógica – sua composição interior obedece às leis de formação de proposições normativas. O sujeito titular da competência para produzir normas jurídicas pode selecionar fatos para sobre eles incidirem as hipóteses; pode optar por estes ou aqueles conteúdos sociais; pode vincular livremente em função dos valores positivos e contextos sociais, no limite do gozo de sua competência – quaisquer conseqüências (efeitos jurídicos) às hipóteses delineadas. Mas – como adverte o Prof. Lourival Vilanova – ‘não pode deixar de sujeitar-se às relações meramente formais ou lógicas que determinam a relação-de-implicação entre hipóteses e conseqüências’. O direito positivo destaca-se pela intrínseca homogeneidade sintática de seus elementos: toda norma jurídica apresenta idêntica estrutura hipotético-condicional, *i.e.*, associa, num nexo de causalidade jurídica (imputação), a descrição de um fato de possível ocorrência no mundo objetivo (hipótese) a uma relação deontica (conseqüência). É limite sintático. Por outro lado, na perspectiva semântica que se estabelece entre o suporte físico do enunciado (o texto) e o significado (aquilo que a norma prescreve) reside um limite ontológico, próprio do direito: o sentido semântico em prescrever o factualmente impossível e o factualmente necessário. (...) As normas jurídicas, necessariamente, incidem sobre o suporte factualmente possível. Importa afirmar: condutas e situações jurídicas impossíveis não são alcançadas pelo direito. É o limite semântico.<sup>110</sup>

Assim, limita-se – aspecto sintático - o alcance da norma exarada no artigo 128, *caput*, da Lei n.º 8.112/90, pois, se determinada conduta é passível de sanção de demissão, ou seja, se a infringência de determinado prescritor está correlacionada, *conectada*, ao descritor que determina a demissão do servidor faltoso, não se pode usar a regra da norma em estudo, dosimetria da penalidade administrativa, para relacioná-la a outro preceito secundário, senão o seu próprio, descrito na lei que assim, e somente assim, o

<sup>109</sup> Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2.ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 95-97.

<sup>110</sup> Santi, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 34-35.

fez. Deste modo, não se pode, ao contrário de demitir o servidor e valendo-se dos dizeres do artigo 128, aplicar, por exemplo, a sanção de suspensão se não houver previsão legal *explícita* para assim proceder-se. Tal medida fere o princípio da correlação entre os preceitos da norma sancionadora, princípio da imputação deôntica, vinculação normativa.

Do mesmo modo, não se pode, valendo-se dos mesmos fundamentos, desqualificar a penalidade de suspensão, aplicando uma advertência, pois, *mutatis mutandi*, não poderia o magistrado, valendo-se de atenuantes cogentes do direito penal, aplicar ao homicida a pena referente a lesões corporais. Poderia sim, dentro do contido no preceito secundário, ameaça de sanção, que no caso do homicídio simples é de reclusão de seis a vinte anos, atenuá-la até alcançar o mínimo (ou conforme ocorrência de causas de diminuição, levar a pena aplicada a patamar abaixo do mínimo), em conformidade com a lei, quando do sopesamento das circunstâncias judiciais e legais.

O aqui exposto vale, em seu inteiro teor, para o direito administrativo, quando da aplicação da penalidade, onde concluímos que a dosimetria determinada pelo artigo 128, *caput*, da Lei n.º 8.112/90, só é aplicável aos casos de suspensão, pois esta sanção pode variar de um a noventa dias<sup>111</sup>, fornecendo à autoridade julgadora amplitude, dentro de um mesmo preceito secundário, para a aplicação desta sanção, conforme confrontada com as circunstâncias do artigo em estudo.

---

<sup>111</sup> Os ensinamentos ora em estudo valem inteiramente para os casos de infrações disciplinares previstas na Lei n.º 4.898/65, que define crimes e ilícitos disciplinares afetos às condutas definidas como abuso de autoridade, cuja pena de suspensão pode variar de 1 a 180 dias.

Com efeito, sopesando as circunstâncias do artigo 128, pode a autoridade julgadora aplicar a reprimenda de suspensão de um a noventa dias, mas nunca agravar essa pena para aplicar a demissão ou abrandá-la para aplicar a advertência, sendo a recíproca, também, ilegal, não podendo, como já dito, abrandar a demissão, aplicando suspensão ou advertência. Nisto consiste o princípio da correlação dos preceitos penais, ou do modal deôntico. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma norma não atenuante, mas sim substitutiva de pena, *extra legem*.

Atento ao acima explanado, o legislador fez inserir, por determinação legal, no direito positivo sancionador federal expressado pela Lei n.º 8.112/90, um único caso em que é possível a substituição de pena, no caso de reincidência de falta apenas com advertência, determinando, nos termos do art. 130 do referido diploma normativo, a aplicação da suspensão, *in verbis*: “Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência (...)”

No entanto, verifica-se *in casu* a não incidência da norma auferida do artigo 128 do diploma regente, que trata da dosimetria da sanção, mas sim, nesse caso do artigo 130 acima, de substituição legal de uma sanção por outra (comutação de sanções disciplinares).

Da mesma forma, em observância à tese que ora nos detemos, a Administração, no âmbito do Departamento de Polícia Federal, produziu ato administrativo normativo, subsidiando a dosagem da pena a ser aplicada em casos de penalidade de suspensão, conforme estatuído na Instrução Normativa n.º 04-DG/DPF, de 14 de junho de 1991, que atualiza as normas internas do DPF sobre a feitura de processo administrativo disciplinar e sindicância e mantém a dosimetria para aplicação da pena de suspensão e dá outras providências, cujo capítulo VIII, “Da aplicação da Penalidade”, remetemos o leitor à leitura, conforme Anexo I desta Dissertação, face ao seu caráter ilustrativo.

Ainda sobre o assunto, mister verificar item 3.4.1 do Capítulo 3 deste trabalho, onde tratamos das implicações e relações do modal deôntico com os tipos disciplinares indeterminados.

#### **2.5.4. Relação jurídica processual de Direito Administrativo Disciplinar**

O servidor público adquire essa condição após nomeação, posse e exercício em cargo público<sup>112</sup>, decorrente de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, *ex vi* do disposto no art. 37, II, da CF/88 e, *v.g.*, na esfera Federal, do disposto no art. 10 da Lei n.º 8.112/90, que preceituam, res pectivamente, *in verbis*:

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

(...)

---

<sup>112</sup> Sem embargo da possibilidade de exercício de função pública sem cargo.

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de sua validade.

Parágrafo único. Os demais requisitos para o ingresso e desenvolvimento do servidor na carreira, mediante promoção, serão estabelecidos pela lei que fixar as diretrizes do sistema de carreira na Administração Pública Federal e seus regulamentos.

Com a investidura em cargo público, posse, a pessoa natural passa a estar sujeita ao estatuto regente de sua relação funcional com o Estado, submetendo-se – sem embargo dos direitos decorrentes dessa relação - ao dever jurídico de observância das normas de condutas, mormente às afetas ao regime disciplinar.

Verifica-se uma relação jurídica de direito material e de cunho estatutário institucional, onde as cláusulas que a regem estão – com amparo na Constituição de 1988 - dispostas em lei ou em sistemas de leis e regulamentos, sistema-jurídico, denominados em doutrina e jurisprudência de estatutos do servidor público.

Daí decorrer a denominação de servidor “estatutário”, em contraposição à denominação de servidor “celetista”, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, de cunho - sem embargo das teorias anticontratualista e contratualista do Direito do Trabalho – contratual, ou mista, conforme art. 442 do Diploma Social referido, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, interessa-nos, neste tópico, não a relação estatutária, formada com o ato de investidura do servidor público no cargo ou função pública, conforme acima

mencionado, relação jurídica material, decorrente da força prescritiva da norma primária, mas sim a relação que se forma entre o Estado-administração e o servidor público acusado em processo administrativo disciplinar, relação jurídica processual de direito administrativo disciplinar, que surge com a instauração do devido processo estatuído em lei, decorrente da força prescritiva da norma secundária de direito material (*rectius* para se fazer cumprir o disposto na norma secundária de direito material), como à frente se verá.

Assim, afere-se que - a exemplo de outros ramos do Direito - no Direito Administrativo Disciplinar encontramos relações jurídicas decorrentes de normas primárias e relações jurídicas decorrentes de normas secundárias. Estas, as secundárias, são postas pelo ordenamento, no ramo que se ora estuda, para a capitulação da conduta ilícita e cominação de sanção, que será levada a efeito por intermédio do processo, malgrado, para isso, prescindir de atuação do Estado-juiz, fazendo-se necessário somente o agir do Estado-administração.

Com efeito, ministra o professor Lourival Vilanova:

Seguimos a teoria dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deônticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fáticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento no estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida.<sup>113</sup>

No escólio do referido mestre, verifica-se, *e.g.*, que na Lei n.º 8.112/90, as normas constantes nos artigos 116 e 117, que tratam respectivamente dos deveres e das proibições a que está sujeito o servidor, bem como as normas constantes no artigo 127 e seguintes do mesmo diploma legal, são normas de direito material e secundárias,

---

<sup>113</sup> Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 111.

uma vez que, partindo-se da pré-existência do vínculo estatutário entre servidor público e Administração, referem-se às relações fáticas que elencam – *rectius* prescrevem - deveres e obrigações que, com o descumprimento dos preceitos primários referidos, devem ser os preceitos secundários.

Desta feita, preceito primário e preceito secundário no direito administrativo disciplinar, assim como no direito penal, são antecedente e tese da norma secundária de direito material.

Deste modo, em linhas gerais, podemos descrever as relações jurídicas acima referidas, do seguinte modo: *(i)* se for servidor público deve observar o estatuto regente (norma primária de direito material) e *(ii)* se não o observar deve ser a sanção administrativa (norma secundária de direito material). Eis aqui relações jurídicas de direito material, decorrente da circunstância de ser a pessoal física um servidor público, a primeira decorrente de norma primária, a segunda, decorrente de norma secundária.

A relação jurídica de direito processual depende dessas duas normas acima, ao passo que a Administração Pública tem o dever-poder de instaurar o competente processo, com o fim de apuração do ilícito, sob pena de cometer desvio de finalidade, se e somente se houver possibilidade de o acusado ser o autor do ato ilícito descrito na norma.

Com efeito, temos as seguintes normas decorrentes e como pressuposto para a aplicação da sanção: *(iii)* constatada, pela Administração Pública, a materialidade e o indício de autoria, concernentes a ilícito administrativo, deve ser o processo administrativo competente e *(iv)* se, sem amparo legal, não instaurado o processo deve ser o desvio de finalidade. Estas também são normas de direito material, primária e secundária, e de observância obrigatória para a máquina estatal.

A relação jurídica de direito processual disciplinar, vinculativa para seus atores, surge com a instauração do pertinente processo, envolvendo a Administração Pública, no pólo ativo, e servidor público, no pólo passivo, com o fim de se fazer cumprir os efeitos determinados pela norma secundária.

Assim, continua Lourival Vilanova afirmando que,

em reescritura reduzida, num corte simplificado e abstrato, a norma jurídica apresenta composição dúplici: norma primária e norma secundária. Na primeira, realizada a hipótese fática, *i.e.*, dado um fato sobre o qual ela incide, sobrevém, pela causalidade que o ordenamento institui, o efeito, a relação jurídica com sujeitos em posições ativa e passiva, com pretensões e deveres (para nos restringirmos às relações jurídicas em sentido estrito). Na segunda, a hipótese fática, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico) fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária.<sup>114</sup>

Sem embargo, podemos verificar que a relação jurídica de direito processual disciplinar surge como instrumento para o cumprimento do disposto nas normas concernentes a relações jurídicas de direito material, primárias e secundárias.

Assim, mais uma vez podemos afirmar que a estrutura das relações jurídicas de Direito Administrativo Disciplinar se desenvolve do seguinte modo:

1. Se a pessoa natural for aprovada em concurso público e tiver sido nomeada, investida no cargo e entrado em exercício, deve ser o *status* de servidor público;

---

<sup>114</sup> Vilanova, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4.ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 188/189.

2. Se tiver o *status* de servidor público deve ser a observância do regime disciplinar afeto;

3. Se infringido o estatuto pelo servidor público deve ser a sanção administrativa.

E a sanção administrativa somente pode ser levada a efeito, conforme acima já declinado, por intermédio do processo competente.

Destarte, à luz de tudo acima aludido, volvemos análise, por ora, à relação jurídica surgida com o descumprimento das prescrições contidas no antecedente da norma secundária, quais sejam, os tipos ilícitos disciplinares – relação jurídica processual.

Para sua análise, mister apontamentos iniciais sobre a relação jurídica de direito processual civil, propiciando arcabouço intróito ao presente estudo.

Assim, anote-se que o direito processual teve sua autonomia epistemológica firmada a partir da obra de Oskar von Bülow, 1968, “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias”, marco em que a doutrina passou a entender esse ramo do direito não mais vinculado ao direito material a que estava afeto.

Desde então, com a pioneira obra do referido autor alemão, passou-se a diferenciar processo de procedimento e a necessidade de análise, no processo, dos pressupostos de admissibilidade do mérito da demanda, dentre os quais se apontam os pressupostos processuais de existência, de validade e de desenvolvimento regular desse instrumento de composição de conflitos de interesse. O “processo” passou a ser considerado - no que concerne ao seu aspecto subjetivo - a relação entre autor, réu e Estado-juiz, com vista à composição da lide e, como corolário, a obtenção da aplicação da justiça, da

pacificação social e da aplicação do direito ao caso concreto, escopos político, social e jurídico do instrumento estatal.

Não há dúvida de que a relação em que se unem partes e Estado-juiz com os fins acima mencionados é de cunho jurídico, uma vez que, a partir do início do processo, desencadeiam efeitos jurídicos para os envolvidos, com faculdades, deveres, obrigações, sujeições e ônus diversos que determinam o resultado final, influenciando a forma, resultado, que o Estado irá dar por finalizada a relação inicialmente formada e composta, de modo definitivo ou não – coisa julgada material ou formal, nos termos respectivos dos artigos 269 e 267, ambos do CPC.

Na doutrina processual civil há autores que defendem a existência de uma relação jurídica processual trilateral (ou triangular) e outros que defendem a relação angular. Sem adentrar a essa questão, qual seja, ser a relação que une partes e Estado-juiz angular ou triangular, com, destarte, relação direta (ou não) entre autor e réu, cumpre ressaltar que, para o direito processual civil, considera-se, com suporte em prestigiosa doutrina, a necessidade de dois momentos distintos para se completar a relação jurídica como um todo, nos dois pólos da demanda, ativo e passivo.

No primeiro momento, forma-se a relação entre autor e Estado-juiz, nos termos do artigo 263 do CPC, primeira parte, onde, *verbis*, “considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara”. No segundo momento, o próprio artigo 263 colacionado, agora em sua segunda parte, faz depender de citação válida do réu a formação da relação jurídica de cunho processual entre este, demandado, e o Estado-juiz, *verbis*, “a propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”. Como bem afirma Arruda Alvim

...o momento do art. 263, 1.<sup>a</sup> frase, é o em que se inicia a formação da relação processual, que só se completará no momento a que alude o art. 219, isto é, o da citação, ou de circunstância que lhe faça as vezes (comparecimento espontâneo do réu)<sup>115</sup>

Entendida, ainda que em linhas gerais e de forma sucinta, a teoria da relação jurídica processual no processo civil, ressaltando que esta não se confunde com a relação jurídica de direito material, formada entre os demandantes, mister anotarmos que no direito administrativo, em que pese o processo disciplinar ser classificado como uma disciplina diretamente relacionada ao processo civil, há a necessidade de levarmos em consideração pontos peculiares dessa seara, e.g. a ausência de exercício da jurisdição pelo Estado-administração à luz da teoria geral do ato administrativo, uma vez que este, o ato, é o único instrumento de que dispõe a Administração para dar pleno atendimento à finalidade pública mirada pela lei.

Anote-se, como já afirmado em linhas atrás, que o procedimento administrativo é um encadear de atos administrativos e atos da administração, manifestação de “vontades” do Estado, que dão contorno, aspectos formais, ao processo disciplinar, relação jurídica em contraditório, teoria oriunda do direito processual civil, que entende o processo como um instituto complexo.

Abstraindo-se do vínculo estatutário acima aludido, que liga servidor público e Administração, relação jurídica de direito substancial, e atento apenas ao que tange à relação jurídica processual em processo disciplinar, verifica-se que nesse procedimento contraditório a relação é linear, conquanto participarem do processo somente Estado-administração (comissão de processo administrativo disciplinar e autoridade julgadora) e administrado, entendido servidor público acusado de prática de infração disciplinar.

---

<sup>115</sup> Alvim, Arruda. *Manual de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 467.

Assim, não há que se falar no caso em aplicação da jurisdição, pois o Estado, no exercício da função ou dever-poder disciplinar, não substitui de forma eqüidistante as partes envolvidas na demanda, conquanto ser ele uma das partes, especificamente parte a mirar a finalidade pública, indisponível, desempenhando, com efeito, apenas atividade suplementar à lei e não subsidiária do ato normativo primário. Conclui-se, portanto, a atecnia da expressão “jurisdição administrativa”.<sup>116</sup>

O fato de os trabalhos do colegiado disciplinar serem analisados por uma autoridade administrativa julgadora, legalmente investida na atribuição de proferir decisão sobre a lide, aplicando o direito ao caso concreto, acolhendo ou refutando as conclusões da comissão processante, não tem o condão de fazer com que ocorra a necessária substitutividade das partes, como ocorre no exercício da jurisdição, para se ter essa atribuição como atividade jurisdicional.

A autoridade julgadora é, assim como o colegiado disciplinar, com base na teoria do órgão público, o próprio Estado-administração e este é quem possui a qualidade de parte na relação linear, acima referida<sup>117</sup>.

---

<sup>116</sup> Por essa razão, no Brasil, também não há que se falar em contencioso jurisdicional administrativo, face à mencionada ausência do exercício da jurisdição pelo Estado-administração e ao princípio constitucional da inafastabilidade de apreciação, pelo poder judiciário, de lesão ou ameaça de lesão a direito. Acerca do tema ministra Luiz Rodrigues Wambier, *in* Curso Avançado de Processo Civil, vol. 2. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 31-32, que “A Administração, quando atua a sanção, age como parte diretamente envolvida na relação, como sujeito interessado. Falta-lhe o requisito da substitutividade que caracteriza a jurisdição. É a jurisdição – e apenas ela – que, substituindo-se aos sujeitos envolvidos diretamente no caso concreto, verifica quais as normas aplicáveis e as atua (CF, art. 5.º; XXXV). Assim, a própria sanção pela Administração é revisável pela jurisdição. Eventualmente a própria Administração sofrerá sanção por haver aplicado indevidamente uma pretensa sanção. Enfim apenas a jurisdição, nos contemporâneos Estados de Direito, concretiza de modo definitivo a sanção.”

<sup>117</sup> Como ensina Jorge Miranda, *in* “Manual de Direito Constitucional”, Tomo V, p. 46, “no Estado (como, em geral, nas pessoas coletiva) verifica-se, por um lado, a definição normativa de centro de formação da vontade coletiva e, por outro lado, a atribuição a certas pessoas físicas da função de os preencherem em concreto, de agirem como se fosse o Estado a Agir.”

Deste modo, dentre os requisitos da jurisdição que são a aplicação do direito ao caso concreto e a substitutividade das partes envolvidas na demanda, esta não é inerente ao processo disciplinar.

Assim considerada - como visto - linear, mister ponderar, à luz do direito positivo e da teoria geral do ato administrativo, acerca do momento em que se pode entender formada a relação jurídica processual disciplinar, frente à publicação do ato instaurador de processo e à praxe (para os procedimentos elencados na Lei n.º 8.112/90) de se notificar *initio litis* o servidor acusado. Dúvidas podem surgir sobre em qual desses dois momentos mencionados se considera formado o vínculo jurídico e se a previsão em diploma normativo de citação inicial do acusado se constitui em instrumento de formação da relação jurídica de processo administrativo disciplinar, requisito de existência do processo, ou ato a dar validade a relação em contraditório, requisito de validade do processo, mesmo havendo publicação da portaria instauradora.

Tal discussão não é de cunho simplesmente didático, pois visa a definir se há realmente a nulidade dos trabalhos do colegiado disciplinar ante a omissão do ato de notificação do acusado, para ver-se processar e defender-se.

Anote-se que o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações de Direito Público, Lei n.º 8.112/90, está atui em seu artigo 156, *verbis*:

É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

A par do citado artigo, o referido regime jurídico-disciplinar não traz norma a positivar o dever de notificação. É a praxe administrativa quem determina a necessidade de notificação do acusado, para que este tome ciência dos fatos que lhe são imputados e,

destarte, haja atendimento, desde o início do processo, ao contraditório e à ampla defesa, sob pena de ser declarada pela autoridade julgadora a nulidade do feito, por se constituir, a notificação, requisito de validade do instrumento processual. No entanto, conforme dito, trata-se de praxe no âmbito da administração, não existindo dispositivo legal na Lei n.º 8.112/90 a determinar tal proceder pelo colegiado disciplinar, nem sanção para tal omissão.

Sem embargo, entendemos não se estar tratando de instituto análogo à citação do processo civil<sup>118</sup>, em que há a previsão legal de ato que possa desencadear os efeitos jurídicos descritos no art. 219 do CPC, integrando e complementando, com o chamamento do réu, a relação jurídica processual, inicialmente formada entre o autor e o Estado-juiz.

Mesmo se houvesse dispositivo legal que determinasse a notificação, a natureza jurídica desta, no âmbito do regime estatutário, à luz da teoria geral do ato administrativo, não seria considerada requisito de existência do processo, mas sim requisito de validade, pois conforme se demonstrará, a existência depende da publicação do ato inaugural, sendo esta, a publicação, o ato formador da relação jurídica que ora nos detemos ao estudo.<sup>119</sup>

E afirmamos mais, no atual sistema-jurídico regente do servidor público federal, Lei n.º 8.112/90, a notificação sequer consiste em requisito de validade, pois não há previsão legal nesse sentido.

---

<sup>118</sup> Pressuposto processual, quando válida, de existência da relação processual e, por conseqüência, do processo.

<sup>119</sup> Anote-se, conforme já citado neste subitem, que as diversas teorias de direito processual civil amoldam-se à definição do conceito e natureza jurídica do processo administrativo disciplinar, a exemplo da que adotamos para tal mister, no escólio de Alexandre Freitas Câmara, ao ensinar, *Op. cit.* p. 141/142, sobre a *teoria complexa* ministrando que “o processo teria um aspecto extrínseco, exterior, que seria o procedimento realizado em contraditório. Haveria, porém, um segundo aspecto, este intrínseco ou interno, e que seria a relação jurídica processual, ou seja, a relação estabelecida entre os sujeitos do processo, e responsável pela existência, entre eles, de vínculos capazes de gerar deveres, faculdades, poderes, ônus e sujeições.”, onde podemos concluir que sem relação jurídica não há que se falar em existência do processo administrativo disciplinar.

Com efeito, face à publicidade dada ao ato exordial de instauração do processo administrativo disciplinar, ato ordinatório (de praxe, uma portaria), a existência do instrumento, o processo, prescinde de qualquer notificação ao acusado, uma vez que a relação jurídica processual disciplinar foi efetivada com a publicação acima mencionada do ato de instauração.

Da mesma forma, não há que se declarar a nulidade do processo por ausência de pressuposto de validade, pois, se o estatuto específico do servidor público não previu a necessidade de notificação, esta não se constitui em formalidade determinada por lei, fazendo-se incidir, destarte, a máxima de não haver nulidade sem lei que a estabeleça.

Assim, independentemente de ausência de previsão legal, para os casos regidos pela Lei n.º 8.112/90, mas sim em face da publicidade da da ao ato exordial de instauração do processo administrativo disciplinar, portaria, a existência ou a validade do instrumento, o processo, prescinde de qualquer notificação ao acusado, uma vez que a relação jurídica processual disciplinar foi efetivada com a publicação do ato de instauração.<sup>120</sup>

Não obstante, a publicação também é condição de existência do próprio ato de instauração. Outro não poderia ser o entendimento, sob o risco de se tachar de inócua a majoritária doutrina dos requisitos de existência e validade dos atos administrativos, ao passo que para a *existência* do ato de instauração acima referido, com amparo nos ensinamentos do ilustre mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, basta que haja produção administrativa com conteúdo e forma, e para a *validade* dessa produção de efeito jurídico, agora com fundamento em M. S. Z. Di Pietro, basta ter sido produzido por sujeito competente, observando a finalidade e o motivo, conforme descrito em lei ou com margem discricionária por ela permitida.

---

<sup>120</sup> Tais ponderações fazem-se mister, vez que, na prática do dia-a-dia em processo disciplinar, constata-se inúmeras evasivas de notificação inicial pelo servidor acusado e, com efeito, posteriores alegações de nulidade do feito, por ausência de tal ato. Anote-se ainda que o ato de notificação apenas tem o efeito de mera comunicação de instauração do processo, não iniciando qualquer prazo para o acusado ou mesmo para o colegiado disciplinar.

Assim, temos os pressupostos – competência, finalidade, forma, motivo e objeto – do ato ordinatório de instauração do processo, constituindo-se em seus requisitos de existência e validade, o que Hely Lopes Meirelles chamou de “requisitos necessários”<sup>121</sup> à formação de todos os atos administrativos.

Por conseguinte, a publicação ascende à condição de existência – à luz da teoria geral do ato administrativo – (i) do ato de instauração e – à luz da teoria geral dos pressupostos processuais de Bülow - (ii) do próprio processo disciplinar.

E, para a sua *eficácia* e *exeqüibilidade*<sup>122</sup>, conquanto já existente e válido, sem embargo de abalizada corrente doutrinária<sup>123</sup> – com a qual não aderimos - que coloca a publicação entre os requisitos de validade<sup>124</sup>, mister a publicação.

Assim, podemos ter uma portaria de instauração existente (confeccionada pela Administração e com observância à forma, inclusive à publicação), válida (que não contrarie dispositivos legais, inclusive princípios constitucionais) e eficaz (disponível para a deflagração de seus efeitos).

<sup>121</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999 p. 133.

<sup>122</sup> Cumpre anotar a definição do conceito de exeqüibilidade, assentado por José dos Santos Carvalho Filho, *op. cit.* p. 114/115, ao ensinar que “confundida às vezes com a eficácia, a exeqüibilidade tem, entretanto, sentido diverso. Significa ela a efetiva disponibilidade que tem a Administração para dar operatividade ao ato, ou seja, executá-lo em toda a inteireza. Como exemplo: uma autorização dada em dezembro para começar em janeiro do ano próximo é eficaz naquele mês, mas só tornará exeqüível neste último. Considerando, assim, o aspecto da operatividade dos atos, temos que podem ser eles exeqüíveis ou inexecüíveis. No primeiro caso já são inteiramente operante, ou seja, já existe a disponibilidade para colocá-los em execução. Essa disponibilidade, como se viu, inexistente nos últimos.”

<sup>123</sup> Por todos, José dos Santos Carvalho Filho, *op. cit.* p. 99, ao ministrar que “a forma, como concepção material, não se identifica com a forma na concepção jurídica. De fato, uma coisa é o ato ter forma, e outra, diversa, é o ato ter forma válida. Por isso, para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar a invalidação.” *Data venia*, não coadunamos com tal entendimento, vez que a forma prescrita em lei é requisito de existência do ato, pois se constitui em pressuposto para a formação do próprio ato, para a perfeição desse instrumento. Observância a prescrições legais é requisito de validade conquanto concernente a matérias outras, tais como, *e. g.* o dever de atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

<sup>124</sup> Por todos: Filho, José dos Santos Carvalho, *op. cit.*, p. 100.

Note-se que a existência e a eficácia podem ocorrer com a publicação, sem, contudo, tratar-se de ato válido, bastando, para isso, ofensa a dispositivos normativos.<sup>125</sup>

Nesses termos, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que

por conseguinte, um ato pode ser:

- a) perfeito, válido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustado às exigências legais e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos;
- b) perfeito, inválido e eficaz – quando, concluído o seu ciclo de formação e apesar de não se achar conformado às exigências normativas, encontram-se produzindo os efeitos que lhe são inerentes;
- c) perfeito, válido e ineficaz – quando, concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para a eclosão de seus efeitos típicos, por depender de termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora;
- d) perfeito, inválido, ineficaz – quando, esgotado seu ciclo de formação, sobre encontrar-se em desconformidade com a ordem jurídica, seus efeitos ainda não podem fluir, por se encontrarem na dependência de algum acontecimento previsto como necessário para a produção dos efeitos (condição suspensiva ou

---

<sup>125</sup> Neste ponto, mister tecer comentários acerca da teoria de Hans KENSEN, *op. cit.* p. 235/236, ao discorrer sobre a validade e eficácia das normas jurídicas (*rectius* do Direito), onde ministra que há uma certa conexão entre tais institutos, sendo de difícil delimitação as suas divisas, malgrado devesse ser importante para uma teoria jurídico positiva. Assim, prescreve que “é apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positiva é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio termo correto. Um dos extremos é representado pela tese de que, entre validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente de sua eficácia. O outro extremo é a tese de que a validade do Direito se identifica com a sua eficácia. A primeira solução do problema tende a uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista. (...) A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que se põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato eu estabelece a norma – condição de validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma norma jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes.”

termo inicial, ou aprovação ou homologação dependente de outro órgão).<sup>126</sup>

127

Essa é a teoria acerca da existência, validade, eficácia e exequibilidade dos atos administrativos em geral e que se presta à sustentação de ser a publicação da portaria, ato de instauração de processo disciplinar, requisito de existência, também, da relação jurídica processual.

Destarte, verifica-se completo o *iter* para a produção dos efeitos jurídicos dos atos administrativos, ao passo que se estará diante de atos existentes, perfeitos, válidos, eficazes e exequíveis e, no caso que ora nos detemos, momento da formação da relação jurídica processual disciplinar, a lei se encarregou de descrever todos esses passos de existência, perfeição, validade, eficácia e exequibilidade da portaria instauradora de processo administrativo disciplinar, tornando-se completamente dispensável o instituto extralegal da notificação do acusado.

A declaração de nulidade de processo disciplinar por ausência de notificação pessoal do servidor, suposto requisito extralegal de validade do processo, constitui-se em não

---

<sup>126</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 234.

<sup>127</sup> Anote-se, ainda, os apontamentos e Norberto Bobbio, “teoria da norma jurídica”, p. 50, ao assinalar a possibilidade de ocorrência de norma eficaz sem, contudo, ser válida, declinando, destarte, a independência desses critérios, asseverando que “poder-se-ia objetar que o direito consuetudinário constitui um exemplo evidente de norma que alcança validade jurídica, quer dizer, chegam a fazer parte de um sistema normativo, apenas através da eficácia. E o que é o uso constante, regular, generalizado, uniforme que se exige de um costume para que ele se torne jurídico? Mas a esta objeção se pode responder que nenhum costume se torna jurídico, o que o insere no sistema, é o fato de ser acolhido e reconhecido pelos órgãos competentes desse sistema para produzir normas jurídicas como o legislador e o juiz. Enquanto for apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna jurídica.” No mesmo sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr., “Teoria da Norma Jurídica”, p. 96, ao afirmar que “Mesmo na análise da validade como qualidade do discurso normativo é, possível, entretanto, distinguir: a própria doutrina costuma empregar o termo, ora como significado que a norma assim qualificada é aplicável ao caso ou aos casos em geral, ou que se trata de norma obrigatória (deve ser cumprida), ou que faz parte do sistema, etc. A questão se complica quando ouvimos expressões como ‘norma válida, com eficácia suspensa’, isto é, a norma faz parte do ordenamento, mas não pode ser aplicada, ou ‘norma eficaz, mas sem vigência’, isto é, norma que foi e vem sendo aplicada, gerando inclusive conseqüências, embora não exista para o sistema. Do ângulo discursivo, resta-nos tentar um levantamento das possibilidades de uso do termo.”

reconhecimento dos efeitos de plena publicidade dos atos veiculados em boletins oficiais internos da Administração.

Partindo-se da premissa *iuris et de iuris* de que a publicidade do ato instaurador foi alcançada com a publicação em veículo oficial, dando conhecimento a todos os administrados da nova relação jurídica formada pelos efeitos da portaria exordial, não há que se falar em notificação pessoal do acusado, pois este, na condição de administrado, malgrado também inaugurar a condição de acusado, já foi cientificado pela publicação, que possui o condão de desencadear todos os efeitos da portaria, ato de efeitos internos, dentre os quais o de formar a relação jurídica processual entre o Estado-administração e o administrado, servidor acusado em processo disciplinar. Destarte, torna-se prescindível o ato de notificação, pois tal ciência operou-se com a necessária publicação da portaria em veículo oficial de notícias internas que, para a Administração Pública Federal são denominados de “boletins de serviços” ou “aditamentos semanais”. Destarte, a declaração de nulidade do processo disciplinar por ausência de notificação do servidor acusado é ato ofensivo dos princípios constitucionais da eficiência, art. 37, *caput*, CF/88, e da razoável duração do processo (celeridade processual), art. 5.º, LXXVIII, CF/88.

Não obstante, imprescindível que o referido ato de inauguração do processo traga em seu bojo o nome completo e matrícula do acusado, descrevendo, de forma concisa e completa, os atos ilícitos em tese praticados pelo servidor, facultando-lhe, ainda, o exercício dos direitos legalmente previstos ao contraditório e à ampla defesa. No entanto, é dispensável e mesmo desaconselhável a capitulação legal desses fatos na portaria, para se evitar pré-julgamento e direcionamento dos trabalhos do colegiado, mesmo porque a capitulação legal das normas infringidas possui sede própria: o despacho de instrução e indiciamento, ato que dará, *ex vi legis*, azo à citação e a seus efeitos jurídicos.

A vista do exposto, a notificação inicial do acusado em nada se assemelha à citação do réu instituída no processual civil, pois esta apresenta o condão de chamar o réu para

que se defenda, componha e complete a relação jurídica processual já iniciada entre o autor e o Estado-juiz, e aquela, a notificação, não produz esse efeito jurídico, qual seja, formação da relação processual entre as partes.

Ao produzir e publicar o ato administrativo instaurador do processo disciplinar, a Administração estará, de plano, iniciando o processo e formando a relação jurídica entre as partes, malgrado a própria Administração ser parte na lide administrativa, mas agindo de ofício para o atendimento dos termos legais. Assim, não vigora, por óbvio, no processo disciplinar o princípio dispositivo, onde quem julga está inerte aos atos de iniciação do processo. Tem-se, pois, a vigorar nessa fase o princípio da oficialidade, onde a Administração, ao conhecer de notícia de ilícito administrativo / disciplinar, *ex officio* dá início ao apuratório e, em observância ao princípio da oficiosidade, dá marcha tendente a levar a cabo a relação jurídica por ela mesma iniciada. Verifica-se, assim, compulsoriedade, por atos unilaterais da parte-Administração, no envolvimento do acusado em todo o *iter* processual, desde a formação da aventada relação jurídica aos atos decisórios.

Não obstante, no que tange exclusivamente ao regime jurídico disciplinar dos policiais federais, a Lei n.º 4.878/65 previu automática notificação do acusado como efeito do ato de publicação da portaria exordial de processo disciplinar, efeitos esses, conforme demonstrado acima, existentes independentemente de se estar prevista a notificação em diploma legal. Assim, o art. 56 confere efeito notificativo à publicação, *in verbis*:

Art. 56. A publicação da portaria de instauração do processo disciplinar em Boletim de Serviço, quando indicar o funcionário que praticou a transgressão sujeita a apuração, importará na sua notificação para acompanhar o processo em todos os seus trâmites, por si ou por defensor constituído, se assim o entender.

Porém, reforce-se mais uma vez que, independentemente de tal previsão legal, é efeito do ato de publicação a formação da relação jurídica processual disciplinar, entendendo-se “notificado”, cientificado, do ato de instauração e de seu teor.

Sem embargo do aludido, atentamente às divergências doutrinárias e jurisprudenciais provocadas pela não previsão legal da notificação e pela necessidade de dar efetivo e inequívoco cumprimento aos ditames do inciso LV do art. 5.º da CF/88, o Ministério da Justiça fez publicar, no dia 17 de janeiro de 2005, no D.O.U – Seção 1, o “Anteprojeto de Lei Orgânica da Polícia Federal”, que, após levada a efeito a publicação do ato normativo primário – última etapa do processo de criação de lei – visou a submeter à consulta pública futura lei orgânica da Polícia Federal e dispor sobre normas gerais para a sua organização e funcionamento, onde é prevista, em capítulo afeto ao regime disciplinar, a necessidade de citação, *initio litis*, do acusado, para integrar o pólo passivo da demanda *interna corporis*.

Nestes termos, o referido anteprojeto determina ao colegiado processante o dever de, assim que publicada a portaria de instauração, instalar os trabalhos e elaborar termo que deverá conter a indicação de autoria, a classificação da conduta, mediante a indicação dos dispositivos legais violados e aqueles que prevêm a penalidade aplicável e, ainda, o resumo articulado dos fatos. Esse ato de instalação instruirá o respectivo mandado de citação e intimação expedido ao servidor acusado de prática de infração disciplinar, devendo este ser citado para participar do processo e se defender pessoalmente ou por defensor constituído, nos moldes da citação existente no processo civil brasileiro.

No entanto, cumpre ressaltar que a citação mencionada pelo referido anteprojeto não se trata de ato a aperfeiçoar a relação jurídica processual iniciada pela publicação da portaria de instauração.

A relação jurídica, por força do ato de publicação e da teoria geral dos atos administrativos, já se encontra existente, perfeita e acabada. A necessidade de inicial citação do servidor constitui-se em mero requisito de validade do processo, com vista a dar efetivo e inequívoco atendimento ao disposto no artigo 5.º, inciso LV, da CF/88, não

podendo ser confundida, destarte, com o instituto da citação no processo civil, requisito (para abalizada doutrina<sup>128</sup>) de existência do instrumento de composição do litígio.

A relação estatutária e o efeito da publicação do ato exordial relegam a requisito de validade a citação legalmente prevista, pois, conforme dito, a publicação da portaria produz a presunção absoluta de conhecimento pelo acusado do teor desse ato, formando, dessarte, a relação aventada. Com efeito, a publicação do ato administrativo de instauração do processo disciplinar se constitui em requisito de existência da relação processual e, por conseqüência, requisito de existência do próprio processo. Já a determinação legal de citação constitui-se em pressuposto de validade do processo, sob pena de declaração de nulidade.

Assim, conclui-se que, por mais que haja previsão normativa de necessidade de notificação ou citação inicial do acusado, para que este se defenda e componha a lide, esses institutos possuirão natureza jurídica diversa da citação em processo civil, e o processo disciplinar somente poderá ser considerado nulo ou anulável se também houver previsão normativa de sanção nesse sentido.

Se, com a previsão de notificação ou citação inicial, a *mens legis* for a garantia de atendimento, *abi initio*, aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, entendemos que estes já foram observados com o aperfeiçoamento do ato de formação da relação jurídica de direito processual disciplinar, qual seja, a publicação oficial da portaria, descrevendo conteúdo narrativo mínimo dos fatos imputados ao servidor, necessário à tutela de tais garantias.

---

<sup>128</sup> Por todos: Câmara, Alexandre Freitas, *op. cit.*

### **CAPÍTULO 3**

#### **O PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE DO ILÍCITO DISCIPLINAR.**

**Efeitos Jurídicos produzidos pelo princípio do devido processo legal, como cláusula de abertura constitucional, e pelos princípios da imputação pessoal e da imputação subjetiva**

Antes de prosseguir, devemos esclarecer ao leitor que o tema que ora nos detemos ao estudo é bastante controvertido no meio acadêmico, em que pese pouco investigado pelo Direito Pátrio, e a posição que adotamos é minoritária, ao passo que prestigiosa doutrina, representadas por mestres de escol, a exemplo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e José Cretella Júnior, sustentam a completa ausência de necessidade de aferição da tipicidade disciplinar no Direito Administrativo e, por conseqüência, prescindir da teoria da imputação subjetiva do resultado jurídico e material na apuração do ilícito.

Porém, frise-se a necessidade de análise atual à vista de interpretação construtiva da Constituição Federal que permita, dessarte, a atualização de seus enunciados, dispositivos e princípios, com a finalidade de propiciar a toda a comunidade cingida sob o jugo de um Estado de Direito Democrático, dentre os quais os servidores públicos, o gozo de direitos e garantias fundamentais coerentes com a evolução social-cultural experimentada sob esses 18 anos de Constituição Cidadã.

Nesses termos, as *cláusulas de abertura*, positivadas em nosso Texto Maior, permitem, e até mesmo impõem, interpretação consentânea com a *dignidade da pessoa humana*, propiciando a ampliação dos direitos do servidor público, transpondo teorias do ilícito do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionado.

Assim, percorrer-se-á de forma sucinta o *iter* de aferir a constitucionalidade de dispositivos penais infraconstitucional aplicáveis ao delito, identificar os princípios constitucionais que amparam as teorias afetas e fundamentar, ante ausência de distinção ontológica entre os ilícitos penal e administrativo disciplinar, a transposição e aplicação de tais princípios ao Direito Administrativo.

Com efeito, mister alguns apontamentos e esclarecimentos acerca de questões controvertidas e decorrentes da aceitação do princípio da taxatividade no direito sancionador afeto ao serviço público.

### **3.1. TIPOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES INDETERMINADOS, DIFERENÇA ENTRE TIPO INDETERMINADO, ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO E NORMA EM BRANCO**

O ilícito administrativo, sucintamente tratado no Capítulo 1, é introduzido no ordenamento sancionador por intermédio de veículo introdutor primário (lei) ou por veículo introdutor secundário (ato administrativo normativo geral e abstrato).

Deste modo, os estatutos disciplinares podem prescrever o que entendem por ilícito, atribuindo a ele uma determinada sanção, ou podem apenas prescrever normas “em branco”, que serão regulamentadas e, com efeito, integrantes dos prescritores definidores das condutas ilícitas.

Não obstante, com o advento da Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001, que modificou a redação do art. 84, VI, “a” da CF/88, fazendo ressurgir, *in casu*, o decreto autônomo, podem as infrações disciplinares serem estatuídas autonomamente por decreto presidencial nos termos do referido artigo da Constituição.

Do exposto, conclui-se que há de haver lei, ao menos em sentido lato, para a instituição de ilícito e a cominação de sanção em sede administrativa.

Assim, num processo de derivação lógica de enunciados implícitos em nosso Texto Constitucional, verificamos a força normativa do princípio da legalidade em sede disciplinar, sendo aplicável, *mutatis mutandi*, o brocado *nullum crimen nulla poena sine lege*, positivado no inciso XXXIX da CF/88, malgrado sua não posituação explícita no texto de nossa Constituição no que se refere ao Direito Administrativo Disciplinar.

Nesse sentido, declinado a possibilidade de interpretação extensiva ao dispositivo constitucional que institui a legalidade penal, o administrativista Fábio Medina Osório assenta que

a Constituição brasileira estabelece um tratamento mais específico para os “crimes”, prevendo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5.º, XXXIX, CF/88), nada mencionando a respeito do Direito Administrativo Sancionador. O silêncio até pode ser eloqüente, mas em que sentido? Ora, pode refletir a ignorância de um momento histórico ou a abertura à atualização das normas constitucionais implícitas no momento histórico oportuno e pertinente. Penso que ambas hipóteses estão corretas. É sabido que, à época da Constituinte, não havia maturidade política suficiente para entender o alcance, o potencial e o conjunto de limites inerentes ao Direito Administrativo Sancionador. De outro lado, é conhecida a técnica usada pelos Constituintes, por ocasião da construção de muitos dispositivos, deixando enormes espaços ambíguos, para futuras negociações e resoluções das autoridades competentes. E isto porque dissensos complexo poderiam perturbar o bom andamento dos trabalhos, paralisando-os. Daí a importância de reconhecer os espaços de movimentação legítima. Este é um deles. Não se previu a tipicidade ou a legalidade expressamente para o Direito Administrativo Sancionador, mas nem por isso as portas ficaram fechadas a essa possibilidade hermenêutica.<sup>129</sup>

Voltando à análise desse produto da aplicação da legalidade no Direito Administrativo, afere-se que a instituição do ilícito, por intermédio de um ato normativo, dá origem ao *tipo* e este se constitui em um conjunto de signos, palavras, que fazendo uso lógico da forma descritiva da linguagem, prescrevem (função prescritiva da linguagem) determinada conduta a ser observada pelo ser humano, sob ameaça de sanção.

---

<sup>129</sup> Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 264.

Acerca do tipo em Direito Penal, Eugênio Raúl Zaffaroni ensina que esse é:

um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas). (...) Em alemão, ainda hoje se chama *Tatbestand*, que significa 'hipótese de fato', que provém do latim medieval (*facti species*), que significa 'figura de fato' (por isso *Tatbestand* se traduz em italiano como *fattispecie*) e foi traduzido em português como 'tipo'.<sup>130</sup>

Fábio Medina Osório, analisando a função garantista do tipo, esclarecendo sua utilização pelos diversos Ramos da disciplina jurídica – o que nos faz concluir por sua natureza de “categoria jurídica”, uma vez que não pertencente a um ramo específico - ensina que

a tipicidade é uma garantia comumente trabalhada no Direito Penal e que, ademais, tem ensejado várias controvérsias quanto ao seu alcance formal e material. Sem embargo, a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao Direito, sem uma necessária vinculação com a idéia de tipos penais. Daí por que, naturalmente, os tipos entram no campo administrativo, desempenhando determinadas funções. E resulta claro que a tipicidade apenas desempenha funções de dar desdobramentos necessários à legalidade garantista do Direito Punitivo, dentro de um núcleo conceitual que se projeta em várias direções.<sup>131</sup>

Levando-se em consideração não a forma da linguagem (descritiva), mas a sua função (prescritiva), verifica-se que o tipo divide-se em duas partes: (i) o prescritor e (ii) o descritor. O primeiro, conforme acima dito, faz a descrição da conduta positiva ou negativa a ser observada e o segundo faz a descrição de uma sanção a ser aplicada, acaso não observada a conduta a que se relaciona por implicação deôntica.

Há uma implicação relacional entre prescritor e descritor e, com isso, um vínculo deôntico entre essas duas partes do tipo. Essa implicação deôntica dá esse caráter de

<sup>130</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 421 e 428.

<sup>131</sup> Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 262.

função prescritiva à primeira parte do tipo, trazendo uma imposição afirmativa – ação, ou uma imposição negativa - omissão.

Assim, convencionou-se classificar a primeira parte, a que descreve a conduta proibida, de preceito primário e a segunda parte, a comina a sanção a ser aplicada, de preceito secundário.

Por exemplo, no caso do artigo 155, *caput*, do Código Penal Brasileiro, tem-se o seguinte preceito primário: "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel". Com essas palavras, colocadas de acordo com as regras gramaticais e de forma inteligível, opera-se a descrição de uma conduta, com o emprego da linguagem em função prescritiva, narrando um fato que, à luz de seu preceito secundário (reclusão de um a quatro anos e multa), constitui-se em ilícito, para o direito penal. No mesmo artigo do CPB, como assentado, tem-se o preceito secundário: "reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa", cominando uma ameaça de sanção, acaso ocorrido o descumprimento do preceito primário. Assim, tem-se no tipo uma formulação antecedente e uma conseqüente, ou um prescritor e um descritor, ou, ainda, como visto, um preceito primário e um preceito secundário. Todos, respectivamente, sinônimos: prescritor, antecedente e preceito primário, e conseqüente, descritor e preceito secundário.

O direito administrativo disciplinar também emprega a mesma noção de tipo, com suas duas formulações implicadas entre si - por um modal deôntico neutro -, senão vejamos, e.g., o art. 132, VII, da Lei n.º 8.112/90, *in verbis*:

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

(...)

VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

Afere-se da norma acima colacionada que o preceito primário é: “ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem” e o preceito secundário é: “a demissão será aplicada nos seguintes casos”.

Observa-se que houve uma inversão, entre antecedente e conseqüente, quando comparamos esses preceitos com o direito penal, onde se constata que, no direito penal, o preceito primário encontra-se no *caput* do artigo (e.g. o art. 155 do CPB), ao passo que, no direito administrativo, no caso do art. 132 do referido diploma estatutário, o preceito primário encontra-se no inciso e seu preceito secundário no *caput* do artigo.

Assim, há, ainda, de concluir-se que “caput” não é sinônimo e prescritor (preceito primário), pois, como visto acima, pode haver preceito secundário no *caput* de um artigo e vice-versa.

Nos mesmos moldes temos o artigo 129 da Lei n.º 8.112/90 que, ao cominar uma ameaça de sanção, traz o preceito secundário das condutas prescritas nos artigos 116<sup>132</sup> e 117, I a VIII e XIX, do mesmo diploma, *in verbis*:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei (...)

Sem embargo, conforme acima alinhavado, a exemplo do Direito Penal, o Direito Administrativo traz, por imputação deôntica, a correlação entre os preceitos primário e secundário, sendo este, como no direito penal, a ameaça de sanção, e, aquele, a descrição do dever de conduta.

---

<sup>132</sup> Esse artigo 116 traz os deveres funcionais que devem ser observados pelos servidores regidos pelo referido estatuto federal.

No entanto, mesmo partindo da mesma fórmula, valendo-se de prescritores e descritores, para proibir condutas tidas como indesejadas, o Direito Penal não aceita tipos vagos, indeterminados, ao passo que o Direito Administrativo Disciplinar, conforme se verá no Item 3.3, aceita – para a doutrina dominante - essa técnica legislativa. Aquele, para tanto, vale-se do princípio da legalidade da lei penal incriminadora, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88, e este, o direito administrativo, vale-se, para o sustento, do “princípio da atipicidade”, da ausência de previsão legal e da necessidade de discricionariedade para a gestão da coisa pública.

Podemos classificar o tipo como vago, *em sentido lato*, quando qualquer de suas palavras, signos, componentes desses enunciados prescritivos, apresentar *vagueza de significado*, comprometendo, dessarte, as possíveis significações decodificadas pelo interprete e, ainda, como disso decorrente, comprometendo as posteriores unidade de sentido deôntico, as normas jurídicas, obtidas pelo interprete e aplicador do Direito.

Esta, a vagueza, pode, assim, ocorrer dentro do prescritor, preceito primário (antes mesmo de sua implicação deôntica relacional, nos modais “obrigatório”, “proibido” e “permitido”), ou seja, antes mesmo da existência da norma em si – numa visão kelseniana: (i) por deixar a cargo do interprete a complementação de alguns dos elementos do tipo – elementos normativos; (ii) por deixar a cargo de outro diploma normativo a complementação do sentido dado ao texto; ou (iii) por deixar a cargo do interprete a totalidade do sentido do texto normativo que descreve determinada conduta ilícita – tipo flexível, ou *tipo vago em sentido estrito*.

Sem embargo, adotamos a definição de tipo vago somente quando em sentido estrito.

Com efeito, tipos disciplinares indeterminados<sup>133</sup> são os preceitos descritivos de condutas ilícitas na seara administrativa não abalizados ao princípio da legalidade, no que tange à sua vertente do *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, padecendo da eiva da vaguidade, por ausência de signos e, por corolário, significados e significações seguras, requeridas por qualquer ramo de direito sancionador.

Mister, neste ponto, atentar para o fato de o tipo vago não se confundir com os “elementos normativos do tipo”, existentes no direito penal e, também, no direito administrativo, pois estes são apenas frações do tipo e que em nada comprometem a inteligibilidade e a taxatividade normativa.

Ensinando o que vêm a ser os elementos normativos do tipo penal, ministra Juarez Tavarez,

Na descrição da conduta proibida, costuma-se distinguir entre *elementos descritivos* e *elementos normativos*. Não há, porém, uma distinção nítida e absoluta entre eles. Pode-se, no entanto, denominar-se de *elementos descritivos* aqueles conceitos que, para sua configuração, independem da atuação ou da influência da vontade do agente ou de juízo de valor. São elementos descritivos, por exemplo, os conceitos de ‘matar’ (art. 121), ‘subtrair’ (art. 155), ‘ofender’ (art. 129), ‘destruir’ (art. 163), ‘alguém’ (art. 121), ‘coisa’ (art. 155), ‘mulher’ (art. 213), cuja apreensão de significado é acessível a todos. Por sua vez *elementos normativos* exigem, para sua compreensão, um juízo de valor, com base em circunstâncias ou indicações situadas geralmente fora da norma penal. Os elementos normativos se apresentam no tipo por duas formas: ou de modo expresso ou de modo tácito, conforme seu significado remeta necessariamente a outros conceitos ou implique uma própria elucidação de seu conteúdo. Assim, são exemplos de elementos normativos expressos os conceitos de ‘alheia’ (art. 155), ‘garantia pignoratícia’ (art. 171, § 2.º, III), ‘fatura’ e ‘duplicata’ (art. 172), ‘warrant’ (art. 178), ‘honesta’ (art. 215 e art. 216), ‘documento’ (art. 297). São elementos normativos tácitos os representados pelas ações de ‘fraudar’ (art. 179), ‘falsificar’ (art. 297), ‘usurpar’ (art. Art. 328), ‘fazer justiça’ (art. 345), ou pelos objetos ‘aborto’ (arts. 124, 125, 126), ‘recém-nascido’ (art. 134), ‘virgem’ (art. 217).<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Veremos de forma mais detida esse a definição desse conceito no item 5.2, seguinte.

<sup>134</sup> Tavares, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 230 e 231.

Da mesma forma o tipo vago não é espécie de norma penal em branco, pois esta é complementável por ato normativo, legal ou infralegal, sendo classificada, dessarte, respectivamente, em *norma penal em branco homogênea* e *norma penal em braço heterogênea*. Os tipos disciplinares indeterminados, como já afirmado e analisados no Item 3.3 deste Capítulo, são complementáveis por ato processual de fundamentação do colegiado disciplinar e da autoridade julgadora.

ZAFFARONI define o conceito de norma penal em branco, asseverando que essas são

as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material). (...) A lei formal ou material que completa a lei penal em branco integra o tipo penal, de modo que, se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá vigência até que a lei que a complete seja sancionada.<sup>135</sup>

Nos ensinamentos do mestre acima referido, verifica-se que a ausência de complementação, por outra lei, impede a vigência da própria lei em branco, uma vez que o tipo é composto das duas leis e a descrição da conduta incompleta (ainda vaga) não pode ser utilizada para dar azo a uma sanção. Assim, eventual norma concreta, derivada da aplicação da lei penal em branco, uma sentença judicial, por exemplo, será nula em razão de ofensa ao princípio da legalidade, em especial ao seu aspecto denominado de “taxatividade” (*nullum sanctio iuris sine lege certa*).

Com efeito, se a ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária não tivesse confeccionado a Portaria n.º 344 / MS / ANVISA, de 12 de maio de 1998, e posteriores alterações, elencando as substâncias proscritas como entorpecentes, não haveria possibilidade de aplicação dos dispositivos penais incriminadores descritos na nova lei antitóxica, Lei n.º 11.343/2006, ante ausência de vigência desta.

---

<sup>135</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 426 e 427/428.

Assim, do exposto, em primeira aproximação, fazem-se mister os seguintes apontamentos: (i) preceitos indeterminados não se confundem com elementos normativos do tipo; e, (ii) também, não são espécie do gênero normas em branco homogêneas ou heterogêneas.

## **3.2. AS CLÁUSULAS GERAIS CONSTITUCIONAIS**

### **3.2.1. A possibilidade de transposição das teorias de Direito Penal para o Direito Administrativo**

Para se chegar às conclusões propostas, mister avaliar a possibilidade de transposição de teorias e institutos de uma determinada disciplina jurídica para outra. Verificada a impossibilidade, cai por terra toda a sustentação, não podendo, deveras, um ramo do direito público valer-se de noções, conceitos e princípios de outro. Não obstante, constatada a possibilidade ora aventada, surge o ambiente para as explanações daí decorrentes e para as ilações expostas no início do trabalho.

Sobre o tema, duas indagações ora se apresentam:

1. Existe a possibilidade de se levar teorias afetas a um ramo do direito público para outro, ou do direito público para o direito privado ou do direito privado para o direito público?

2. E o Direito Constitucional possui força normativa para transpor teorias entre esses ramos do Direito?

Em razão do corte metodológico exposto no início deste trabalho, interessa-nos apenas as relações de transposição que envolvam os Direitos Constitucional, Administrativo e Penal.

André Hauriou, escrevendo sobre “a utilização em direito administrativo das regras e princípios de direito privado”, ensina que

Para um grande número de importantes teorias de direito administrativo (função pública, domínio público, delegação), podemos distinguir um processo de transposição, bastante longo geralmente, no qual colaboram a prática, a doutrina e a jurisprudência e que, pelo desenrolar de seus episódios, mostra que o direito administrativo e o direito privado se comportam como sistemas autônomos, seguindo cada um sua evolução própria, com influência, porém, do direito administrativo, a qual se manifesta sobre pontos determinados por alternativas de atração e repulsão. As fases do processo de transposição são geralmente em número de três: transferência pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou de uma regra de direito privado, movimento de reação provocado por uma consciência mais nítidas das necessidades administrativas, adaptação das regras de direito privado fazendo-a experimentar as transposições necessárias.<sup>136</sup>

Denota-se da leitura do artigo do referido autor que essas fases são etapas cronológicas necessárias, verificadas no aperfeiçoamento de alguns institutos do direito administrativo e que foram trazidas do direito civil, então codificado<sup>137</sup>, para o direito administrativo, evoluindo, nesse ambiente, para alcançar o contorno coerente com a disciplina pública da Administração.

Assim, primeiramente, tem-se “a transposição pura e simples para o direito administrativo de uma teoria ou regra de direito privado”, ou seja, aplica-se o que já está desenvolvido no direito privado, do modo em que se encontra, sem fazer qualquer adaptação ao ambiente público estatal. Após, sobrevém um “movimento de reação

---

<sup>136</sup> Hauriou, André. *A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado*. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, Vol. I, Fasc. 2, Traduzido por Paulo da Mata Machado, 1945, p. 470.

<sup>137</sup> Cumpre ressaltar que na atualidade o Direito Civil encontra-se em processo de descodificação, onde seus institutos não mais são, como outrora, tratados num único diploma normativo. Existem hoje diversas leis especiais de Direito Civil, a exemplo do direito de família, do direito empresarial, do direito econômico, do direito do consumidor, etc.

provocado por uma consciência mais nítida das necessidades administrativas”, fase esta em que se constata que a simples transposição não supre as necessidades peculiares do Direito Administrativo, face à sua autonomia epistemológica. E, por fim, por força da segunda fase, ocorrem as “adaptações da regra de direito privado fazendo-a experimentar as transposições necessárias”. Essa última fase molda os institutos oriundos do direito privado, adaptando-os às necessidades administrativas, dando azo a novos institutos, cuja origem possui essência no direito privado.

Jean Rivero, ao analisar a origem do direito administrativo à luz do direito privado, assevera que “as categorias fundamentais, além do elemento capital da técnica, fazem aparecer, sem dúvida, elementos comuns.”<sup>138</sup>. Não obstante, entende haver emprego diverso de sentido entre determinadas categorias, nos dois ramos do Direito:

Já se disse que o direito administrativo pediu emprestadas algumas de suas categorias (contrato, responsabilidade) à tradição romana, mas, de um lado, tais conceitos são entendidos em sentidos diversos: o *contrato administrativo*, embora seja *acordo de vontades*, não constitui “a lei entre as partes. De outro lado, o direito administrativo possui um conjunto de conceitos e de categorias que lhe são peculiares e que traduzem o caráter original de relação administrativa: o “serviço público”, a “potestade pública”, a “decisão executória”. Sem dúvida, o “ato unilateral” existe em direito privado, mas seus efeitos, nesse campo, são limitados, e suas aplicações tão pouco numerosas, atual ponto que se pode considerar a *categoria da decisão unilateral* como *típica* do direito administrativo.<sup>139</sup>

Note-se, à luz dos dois autores acima referidos, que há a possibilidade de transposição de institutos do direito privado para o direito administrativo, com a adaptação aos interesses deste último ramo. Não obstante, o direito administrativo possui institutos próprios, estranhos ao direito privado, desenvolvidos em origem filosófica diversa.

---

<sup>138</sup> Rivero, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 2.<sup>a</sup> Ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 140.

<sup>139</sup> *Idem*, p. 140.

No caso do princípio da atipicidade da conduta do ilícito disciplinar, este tem origem na responsabilidade aquiliana do direito civil, extracontratual, onde não há que se apurar se determinado dano provocado a alguém tem ou não subsunção a tipos descritos no estatuto privado. A imputação da responsabilidade, nesse caso, depende apenas da verificação da conduta humana voluntária e se essa conduta, por um nexo de causalidade, deu origem ao resultado danoso, por violação de direito. A conduta não precisa ser prévia e taxativamente descrita em diploma algum.

Assim, o artigo 186 do Novo Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, prescreve que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Para a doutrina majoritária<sup>140</sup>, conforme se verá com mais detalhe no decorrer deste Capítulo e especialmente no Item 3.3, esses também são os requisitos atuais para se aferir a responsabilidade do servidor por infração ao estatuto que o rege, malgrado haver influência do direito penal no que concerne a um início de tipificação, mesmo que, na maioria dos casos, vaga, imprecisa.

Desta forma, verifica-se que o referido princípio da atipicidade é fruto daquele processo de evolução explanada por HAURIOU<sup>141</sup> que sofre o direito administrativo, encontrando-se hoje em uma fase intermediária, onde, após a transposição pura e simples da noção de atipicidade do ilícito de direito civil, foram plenamente tipificadas algumas condutas e outras de forma imprecisa e, com a interpretação construtiva de nosso texto constitucional, está a merecer reforma que abarque as garantias constitucionais já há muito esposadas em Direito Penal.

---

<sup>140</sup> Por todos: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, V.2.

<sup>141</sup> Hauriou, André. *A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado*. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, Vol. I, Fasc. 2, Traduzido por Paulo da Mata Machado, 1945.

Konrad Hesse defende a aplicação de direitos fundamentais inclusive nas relações inter-pessoais, onde o Estado não figure como sujeito de direitos, ou seja, nas relações de direito privado, asseverando que

No habrá retorno; ni siquiera sería deseable, porque con él se negaría un logro significativo del Estado de Derecho. Lo necesario no es una modificación del Derecho Constitucional vigente, sino un desarrollo que tome más en cuenta las particularidades de la realización de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas y que resulte por ello idóneo para evitar en buena medida los inconvenientes y los peligros expuestos. Estos enraízan finalmente en cada relación jurídica particular, aunque puedan también ser descritos como simple consecuencia de la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado.<sup>142 143</sup>

A questão acima está assentada sob o enfoque de duas teorias: a da eficácia jurídica direta e imediata dos direitos fundamentais e a da eficácia jurídica indireta e mediata. A primeira estende os direitos fundamentais ao direito privado, independentemente de atuação do legislador infraconstitucional, ao passo que a segunda faz depender de ato do detentor da função legislativa ordinária a eficácia jurídica dos preceitos de direitos fundamentais positivados na Constituição.

Como bem ministra Carlos Roberto Siqueira Castro, após afirmação de que se trata de fenômeno novo:

A oposição doutrinária e pretoriana a essa nova expressão da eficácia jurídica da Constituição, apegada à dicotomia unilateral entre Estado-indivíduo e Estado-social civil, foi de início bastante inflexível, até que, em meados do presente século começou a formar-se a convicção geral de que a grande maioria dos direitos e garantias individuais e coletivos tem pertinência com a

---

<sup>142</sup> Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Traducción e interpretación de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001, p.62.

<sup>143</sup> Como afirma HESSE, não haverá retorno, nem sequer seria desejável, porque com ele se negaria um desenvolvimento significativo do Estado de Direito. O necessário não é uma modificação do Direito Constitucional, senão um desenvolvimento que tome mais em conta as particularidades da realização dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas e que resulte por isso idônea para evitar em boa medida os inconvenientes e os perigos expostos. Estes enraízam finalmente em cada relação jurídica particular, ainda que possam também ser descritos como simples consequência da influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado.

generalidade das relações humanas no convívio social, político e econômico, de sorte a aplicarem-se à esfera pública quanto à esfera privada.<sup>144</sup>

Isto posto, verifica-se que a doutrina e jurisprudência, após certa oposição da escola clássica, paulatinamente evoluiu para reconhecer a eficácia jurídica direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais, com fundamento, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, abarcando, dessarte, as relações jurídicas envolvendo pessoas físicas e jurídicas, independentemente de existência de relação jurídica com o Estado.

Assim, reconhece-se hoje, por exemplo, ofensa a Constituição de ato de escola particular que indefere requerimento de inscrição e matrícula em cursos, ou de admissão de trabalhador por empresa privada, em decorrência de preconceito de raça, sexo, cor, idade ou estado civil.

Com a evolução do Direito Constitucional e com o advento da chamada *pós-modernidade* não há que se rechaçar o alcance da eficácia jurídica dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

Assim, sem mais se aprofundar nesta questão específica, fato que fugiria ao tema proposto na presente pesquisa, pode-se concluir que, se no próprio Direito Privado são aplicáveis normas constitucionais que tratam de direitos e garantias fundamentais, também com razão e pelos mesmos fundamentos é sustentável a tese dessa ampliação, para abarcar o Direito Administrativo, interpretando as cláusulas de aberturas contidas na Constituição com o fim de trazer institutos de Direito Penal, positivados - como direitos e garantias fundamentais - na Constituição de 1988. E não há que se requerer reforma constitucional para tal fim, uma vez que o princípio do

---

<sup>144</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro:Forense, 2003, p. 240.

devido processo legal constitui uma dessas cláusulas de abertura a permitir essa ampliação de eficácia, realizando, deste modo, a *vontade* constitucional.

### **3.2.2. A interpretação construtiva / evolutiva do Texto Constitucional e o devido processo legal substantivo como cláusula de abertura constitucional**

Os direitos fundamentais possuem como característica moderna não somente a sua positivação para observância pelo Estado como institutos limitativos de seu agir. A par da necessária vinculação pura dos preceitos insculpidos em um corpo constitucional, apresenta-se a função de reger a interpretação, aplicação e produção de novas normas de forma mais ampla possível para o alcance de suas finalidades.

São, nos ensinamentos de Robert Alexy, mandados de otimização, devendo o operador do Direito, interprete e aplicador, buscar a linha hermenêutica de maior potencial a realizá-los<sup>145</sup>. Assim, em razão do elevado grau de abstração, comportam densa gama de valores, razão pela qual Carlos Roberto Siqueira Castro afirmar que “disso decorre que a carga de eficácia jurídica que dimana da norma principiológica é relativamente difusa e indeterminada”<sup>146</sup>, o que, destarte, permite uma maior discricionariedade ao operador do Direito nesses casos.

J. J. Gomes Canotilho, empregando o termo “concretização” no mesmo sentido que ora nos referimos para o fenômeno de construção constitucional, deferindo ao interprete e aplicador do Direito o mister de clarificação de preceitos constitucionais abertos, ensina que

---

<sup>145</sup> Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

<sup>146</sup> Castro. Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55.

o termo “concretização” é, por vezes, utilizado no sentido de “atualização” ou “positivação” de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados. Metódica e metodologicamente significa hoje a superação das regras de interpretação-aplicação tradicionais a favor de um “processo” – a “concretização” -, onde se põe em destaque a participação do juiz na “formação” das “regras” jurídicas a aplicar nos casos concretos. A concretização seria a “densificação” de normas os regras de grande “abertura” – princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas – de forma a possibilitar a solução de m problema.<sup>147</sup>

Destarte, com eficácia jurídica difusa e indeterminada, relega-se ao interprete e aplicador do Direito a concreção dos princípios fundamentais, quando da análise de caso a caso, emitindo juízo de valor acerca da incidência ou não incidência da norma principiológica ao caso concreto. E, como adiante se verá, não há porque, com base no princípio da razoabilidade decorrente do devido processo legal substantivo, entender aplicável a legalidade estrita para os ilícitos penais e não aplicável para os ilícitos administrativos.

Assim, os dispositivos postos no Texto Maior têm o condão de direcionar, em harmonia com o constante evoluir sócio-cultural, a aplicação coerente, atual e justa do Direito, ao caso concreto. Aportam-se, os princípios fundamentais, com efeito, como elo de ligação, de abertura, à construção de significações consentâneas com o querer do corpo social. E os mesmos fundamentos diretivos aplicam-se ao legislador reformador e ao infraconstitucional, que devem buscar o atual estágio de eficácia dos direitos fundamentais para a inovação do sistema jurídico. Destarte, ter-se-ão normas coerentes, em perfeita harmonia com os anseios dos detentores indiretos do poder, o povo.

Ensina Luís Roberto Barroso que

cabe ao Direito a positivação desses valores, transformando-os em normas jurídicas. Esses bens sociais supremos, como intuitivo, existem fora e acima das regras legais e nela não se esgotam, até porque não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação. Mas, a começar da Constituição, toda a ordem jurídica move-se no sentido de realizá-los.

---

<sup>147</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994

Como afirma Peces-Barba, narrando o processo histórico sofrido por um determinado valor moral, para se chegar ao direito positivo com *status* de direito fundamental, a moralidade crítica, valor aferido pelo povo em determinada época e passível de transformar-se em objeto de pressão política para compor o texto de direito positivo e fruto de determinada concepção de moralidade, pertinentes, por exemplo, a uma moral humanista concernente à liberdade e à dignidade, pode ser convertida em valores políticos e, assim, após esse processo, concebida como uma moralidade legalizada, quando incorporada ao direito positivo, e.g., no Texto Constitucional, auferindo, assim, o *status* de direito fundamental.<sup>148 149</sup>

Assim, elucida o mestre que

un derecho fundamental, como toda norma de Derecho positivo, no se termina cuando alcanza ese status jurídico, sino que entra en una dinámica de desarrollo, de interpretación y de aplicación que afecta al propio sentido y a la función de tal derecho. La acción de los operadores jurídicos, en el desarrollo legal, reglamentario o judicial de los derechos forma parte también del ámbito de interés de la comprensión de los mismos en el análisis de su función.<sup>150 151</sup>

Desta forma, afere-se que os direitos humanos, com o evoluir cultural e em cada momento histórico, passam a ser compreendidos em sua momentânea e histórica<sup>152</sup> aceção como necessários à regulação jurídica das relações sociais, fazendo com que

<sup>148</sup> Martínez, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 32.

<sup>149</sup> Germán J. Bidart Campos, in “Teoría General de los Derechos Humanos”, pp. 32 e 33, chega ao ponto de afirmar que os direitos humanos, embora não positivados, são válidos e impositivos de observância pelo ordenamento jurídico do Estado em face do “valor justiça”, suporte a amparar a obrigatoriedade de positivação e realização pelo Estado. Assim, assevera que “se nos vuelve más sencillo, pues, dejar de lado la noción de que nos hallamos ante derechos ‘morales’, porque la juridicidad de eso que llamamos derechos humanos está dada por su conexidad con el valor justicia: todo lo que concierne a él es jurídico, aunque acaso este ausente en el mundo jurídico-político la teñición del valor con signo positivo, o sea aunque topemos con signo negativo o disvalor”.

<sup>150</sup> Martínez, Gregório Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 32.

<sup>151</sup> Assim afirma que “um direito fundamental, como toda norma de Direito positivo não se termina quando alcança esse *status* jurídico, senão que entra em uma dinâmica de desenvolvimento, de interpretação e de aplicação que afeta o próprio sentido e a função de tal direito. A ação dos operadores jurídicos, no desenvolvimento legal, regulamentar ou judicial dos direitos, forma parte também do âmbito de interesse da compreensão dos mesmos na análise de sua função.”

<sup>152</sup> “É certo que a definição, a cada tempo, de qual seja esse sistema ideal – isto é, os valores a serem protegidos e os fins a serem buscados – não é uma questão jurídica, e sim política. Todavia, consumada a decisão pelo órgão próprio, ela se exterioriza, se formaliza pela via do Direito, que irá então conformar a realidade social.”

ou o Poder Legislativo os reconheça ou o interprete e o aplicador do Direito, através de processo exegético, os entendam implícitos em determinados outros princípios fundamentais já positivados. Assim ocorre com o devido processo legal e sua eficácia e efetividade como cláusula de abertura para o reconhecimento de direitos fundamentais dele decorrente, uma vez que

por sua serventia como mecanismo de controle da *justiça das leis*, o princípio do *devido processo legal* presta um inestimável serviço ao Direito Público moderno, cuja conquista mais eloqüente é por certo a consagração do cânone de limitação da soberania estatal como corolário dos direitos fundamentais do homem e da própria organização democrática.<sup>153</sup>

A disciplina de Direito Constitucional surgiu com as Constituições escritas dos Estados Unidos da América, após a independência das 13 Colônias americanas, em 1787, e com a Revolução Francesa de 1789, onde se declararam os Direitos Universais do Homem e do Cidadão, fazendo ascender a noção de que o Estado Democrático de Direito somente é alcançado se possuir uma carta política escrita que trace a forma de aquisição, exercício e perda do poder, as competências e prerrogativas do Estado e seus representantes e garanta o respeito à dignidade da pessoa humana, elencando um rol, frente ao poder autoritário do Estado, de direitos e garantias fundamentais do ser humano.

Após esse período a maioria dos Estados passou a se constituir com textos escritos – fenômeno denominado em doutrina de *constitucionalismo* - com as referidas matérias, positivadas em Constituições que possuíam cunho meramente político, sem, contudo, apresentar força normativa.

Paulatinamente, a doutrina e a jurisprudência foram reconhecendo tal força normativa aos dispositivos assentados nos textos constitucionais e, com o advento do liberalismo político e social e da pós-modernidade, deferiram a mesma normatividade, também, aos seus princípios explícitos e implícitos, permitindo a ampliação de direitos e garantias fundamentais, por meio da interpretação construtivista das cláusulas de aberturas,

---

<sup>153</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 152.

cláusulas gerais, existentes nos textos constitucionais, a exemplo dos princípios do *devido processo legal*, da *legalidade*, da *razoabilidade*, da *proporcionalidade*, da *igualdade*, entre outros.<sup>154</sup>

Acerca da função da interpretação a desvendar e, rotineiramente, mudar o sentido, ao longo do tempo, dos textos normativos por ora (no momento de sua enunciação) pretendidos, no que pertine a *mens legislatoris*, perenes, elucidativa é a lição de Eduardo C. B. Bittar, asseverando que

o sentido jurídico-normativo do legislador nada mais é que um projeto de sentido, pois quando se promulga, se publica, passa a navegar nas ondulações das cadeias de interpretação. Na medida em que a norma plasma o seu pensamento, na medida em que um texto normativo (produto expressivo semiótico) passa a exprimir seu pensamento regulamentar, não se há mais que cogitar de uma *volutas legislatoris*. O legislador histórico é responsável apenas pela formação do texto, e pela sua oferta à comunidade jurídica e à sociedade. Com o texto, tem-se um corpo autônomo, pertencente à coletividade – e sobretudo aos operadores da *juridicidade* -, e, desde então, o discurso, em suas complexidade, passará a representar a sede do sentido; dele se poderão extrair os sentidos os mais diversos, tudo isso ao longo do tempo e na medida gradual das mudanças axiológicas dos princípios sócio-jurídicos inspiradores daquela normatividade. (...) A norma positivada permanece textualmente inscrita em uma pretensa e falaciosa invariabilidade, pois, em verdade, cada ativação do dispositivo legal por meio da interpretação importa em novas possibilidades de sentido. O que se quer dizer é que, ainda que um texto normativo (literal) permaneça em vigor por séculos, os conteúdos de sentido que esse texto (literal), de acordo com as ondulações axiológicas, culturais, progressos técnicos, problemas econômicos, de acordo com as tendências da jurisprudência, das instâncias decisórias, das teorias jurídicas e correntes doutrinárias... pode alcançar são os mais variados possíveis. Há, na aparente estrutura estática de um texto normativo (literal), uma verdadeira fábrica de sentido em funcionamento, tudo dependendo da atuação de seus manipuladores.<sup>155</sup>

Com efeito, têm-se na Constituição, com a interpretação dos princípios acima referidos, cláusulas que constituem verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, porém determináveis com a atuação do intérprete constitucional.

---

<sup>154</sup> Ensina Eduardo C. B. Bittar, em sua obra “Linguagem jurídica”, São Paulo: Saraiva, 2006, p.125, que “a interpretação, e a possibilidade de abertura de sentido que oferece aos textos jurídicos, acaba sendo a mola propulsora para a adaptação de textos a situações variadas, divergentes, conflitantes, imprevistas contraditórias... A interpretação, nesse sentido, passa a representar forte válvula de escape das necessidades de funcionamento do sistema jurídico”. Barroso, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 75 e 76)

<sup>155</sup> *Op. cit.*, pp. 125,126 e 128.

Tal fenômeno, denominado – nos ensinamentos de Héctor López Bofill - de concreção judicial do texto constitucional a partir de seu “hipertexto”

permeabiliza el contacto ente los artículos de la constitución formal y el resto de textos (incluso los no jurídicos), el ordenamiento jurídico se interpreta a luz de la Constitución formal pero también el significado de la Constitución formal depende del resto del ordenamiento jurídico, algo que se proyecta, asimismo, más allá de lo que se intenta identificar como constitución em sentido material.<sup>156 157</sup>

Assim, os conceitos jurídicos fluidos - ora combatidos enquanto técnica legislativa infraconstitucional para a suposta definição de ilícito em sede de direito administrativo disciplinar - são de fundamental importância para o Direito Constitucional, uma vez que dão efetividade aos direitos e garantias fundamentais, em ampliação construtiva<sup>158</sup> do texto constitucional, levando-o ao alcance de outras relações jurídicas, em constante evolução, mutação constitucional, que acompanha, destarte, a dinâmica social.<sup>159</sup> Com efeito, não há crítica à vinculação do legislador constitucional, impedindo-o de formulações de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e com maior

<sup>156</sup> Bofill, Héctor Lopez. *Decisiones interpretativas en control de constitucionalidad de la ley*. Tirant Monografias, p. 78.

<sup>157</sup> Assim ensina que tal concreção permeabiliza o contato entre os artigos da constituição formal e o resto do texto (inclusos os jurídicos), o ordenamento jurídico se interpreta à luz da Constituição formal, mas também o significado da Constituição formal depende do resto do ordenamento jurídico, algo que se projete, desta forma, mais além do que se tenta identificar como constituição em sentido material.

<sup>158</sup> Nesse sentido, ensina Germán J. Bidar Campos (em sua obra “Teoria General de los Derechos Humanos”, Buenos Aires: Astrea, 1991, pp. 36/37) que existem duas formas de revelação dos valores que norteiam a aceitação, como tal, ampliação, de direitos humanos e, explicando a evolução do direito de liberdade de expressão, assevera que “com el derecho a la libre expresión de las ideas acontece algo semejante; el contenido de ese derecho recibió una ampliación sucesiva a medida que las técnicas avanzaron por obra del hombre. A la expresión oral y por símbolos fue añadiéndose la expresión por la prensa después de su invento, y luego todas las modernas formas de comunicación social – radio, televisión, cinematografía, etcétera -. Quiere decir que el derecho a la libre expresión no pudo tener alcance igual en el siglo XVIII y las postimerías del siglo XX, en que incluso se há llegado a la comunicación por satélite.”

<sup>159</sup> “Assim, as expressões abertas, como ‘boa-fé’, ‘fins sociais’, ‘ordem pública’, ‘bem comum’, ‘moralidade’, ‘mulher honesta’, são todas *topói*, ou lugares-comuns, do discurso normativo; representam uma assunção de imprecisão feita pelo legislador com o fito de permitir a adaptação do texto normativo a momentos sociais e a peculiaridades de casos concretos.” (E. C. B. BITTAR, *op. cit.* p. 143). No entanto, é de notar-se que essas expressões referidas por BITTAR não podem vir isoladamente no texto, desprovidas de outros signos que complete o enunciado normativo, deferindo-lhe densidade a propiciar a obtenção de significações e significados. Destarte, tem-se, com essas expressões, tipos compostos com elementos normativos, os quais são aplicados após a construção interpretativa coerente com os elementos internos e externos (fatores sócio-culturais) do sistema.

margem de discricionariedade do interprete e aplicador do Direito, para os casos do jaez em comento. “Eis porque a utilização de conceitos como ‘vaguides’, ‘porosidade’, ‘ambigüidade’, ‘formulas vazias’, (...) começa hoje a ser considerada insubstituível numa ‘não trivial’ aplicação do direito”<sup>160</sup>.

Fábio Medina Osório ensina que

as cláusulas gerais cumprem funções de proporcionar abertura e mobilidade do sistema jurídico, isto é, abrem o sistema jurídico para inserções de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa aos casos concretos. Nesse sentido, a cláusula geral possui função individualizadora, conduzindo ao direito do caso, e permite, ainda, formação de instituições para responder aos novos fatos, com força sistematizadora. Trata-se de estabelecer, pela via legal, uma referência ao julgador, o qual poderá buscar pontos de conexão entre os diversos casos concretos. (...) Nessa perspectiva, os princípios podem ser, em alguma medida, normas que vêm consideradas pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência como fundamento de um conjunto de outras normas. Em dado sentido, os princípios vêm considerados como critério de caracterização de um determinado campo ou disciplina jurídica. Em outra acepção, ainda ligada ao seu caráter fundante, os princípios vêm adjetivados – os chamados princípios fundamentais – os quais podem ser, como indica o Título I da Constituição brasileira, estruturantes de um inteiro ordenamento jurídico.<sup>161</sup>

Como bem ministra Luiz Roberto Barroso:

a natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Conceitos como o de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outro, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade. (...) É justamente dessa abertura de linguagem que resultam construções como: (a) legitimados os fins, também estarão os meios necessários para atingi-los; (b) se a letra da norma assegura o direito a mais, está implícito o direito a menos; (c) o devido processo legal abriga a idéia de procedimento adequado e de razoabilidade substantiva. Desnecessário enfatizar que tal característica amplia a discricionariedade do intérprete, que há de adicionar um componente subjetivo resultante de sua própria valoração para integrar o sentido dos comandos constitucionais. (...) A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação de seu teor literal,

<sup>160</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 66.

<sup>161</sup> Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005 p. 273 e 274.

em razão de mudanças históricas ou fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.<sup>162</sup>

No mesmo sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos, ao afirmar que “a interpretação constitucional adapta o Texto Constitucional às novas realidades sociais, e segundo quer Peter Häberle, até mesmo à vontade popular, para o que deve o povo conhecer e debater a Constituição.”<sup>163</sup>

Assim, elucida Germán J. Bidar Campos que

si se dice que estos agregados ampliatorios obedecen a un afinamiento multiplicador de la estimativa axiológica, se enuncia un dato objetivamente cierto, y es él el que, precisamente, pone en evidencia que la “mismidad” universal y permanente de los derechos humanos, su supratemporalidad, su inmutabilidad, no han sido ni serán un punto final que clausure la serie, ni un círculo cerrado que los rodee, porque el tiempo histórico nos muestra que las evoluciones habidas – y las que seguramente han de sobrevivir – mantienen a los derechos en constante apertura.<sup>164 165</sup>

Nessa vertente, amparado pela dinâmica hermenêutica sócio-culturalmente adequada, interessa-nos o princípio do devido processo legal e, especificamente, o seu aspecto material, substantivo.

Esse princípio, assim como hoje se encontra nas diversas Constituições contemporâneas e sua forma de interpretação, foi fruto da produção jurisprudencial norte americana, que apreendeu, por *recepção*, dispositivos da Magna Carta inglesa de 1215 (*Great Charter*), onde se encontrava a *law of the land*, que garantia aos barões

<sup>162</sup> Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 107, 129 e 146.

<sup>163</sup> Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 17.

<sup>164</sup> Campos, Germán J. Bidar. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 37.

<sup>165</sup> Destarte ministra que se se dizem que esses agregados ampliatórios obedecem a um afinamento multiplicador da estimativa axiológica, se enuncia um dado objetivamente certo, e é ele o que, precisamente, põe em evidência que a “mesmidade” universal e permanente dos direitos humanos, sua supratemporalidade, sua imutabilidade, não têm sido nem serão um ponto final que clausure a série, nem um círculo cerrado que os rodeie, porque o tempo histórico nos mostra que as evoluções habidas – e as que seguramente hão de sobreviver – mantêm os direitos em constante abertura.

feudais a inviolabilidade do direito, dentre outros, de propriedade, salvo por meio da *lei da terra*.<sup>166</sup>

Os direitos à propriedade, à vida e à liberdade estavam tutelados pela referida cláusula da *lei da terra*, que estipulava determinado proceder para o rei da Inglaterra em assuntos pertinentes aos referidos direitos. Assim, extraiu-se a essência do *due process of law*, incorporado à constituição americana, com essa denominação, pela 5.<sup>a</sup> Emenda Constitucional e aperfeiçoado pela 14.<sup>a</sup> Emenda, que

em 1868, vinculou os Estados da Federação à referida cláusula, o que permitiu à Suprema Corte americana, especialmente nos anos 1960, durante o período do *Chief Justice Earl Warren*, desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no *Bill of Rights*.<sup>167</sup>

Não obstante, no Brasil, com a previsão expressa desse princípio<sup>168</sup>, a Constituição de 1988 trouxe ao direito pátrio uma cláusula de mutação constitucional, pautada na via empírica, pelo agir não do poder reformador constituinte, mas sim pelo Poder Judiciário. Ampliaram-se seus efeitos normativos, abarcando o aspecto processual e o aspecto material, dando azo a uma aplicação pautada na razoabilidade por força do atuar judicial (*judicial review*, da Suprema Corte norte-americana)<sup>169</sup>, limitando, assim, o agir

---

<sup>166</sup> Segundo Geraldo Brindeiro, in “O devido processo legal na Constituição de 1988 e o Direito Comparado”. Constituição Federal, 15 anos, Mutação e Evolução. São Paulo: Método, 2003, p. 87, “o princípio do devido processo legal teve sua origem, como se sabe, na Magna Carta de 1215, que se referia inicialmente ao processo *by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*, ou na expressão original em latim *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*, que significa que ninguém pode ser processado ‘senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com a lei do País’. Ruitemberg Nunes Pereira, in “O princípio do devido processo legal substantivo”, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 28, aponta que a origem do princípio em comento não foi propriamente na Inglaterra, mas sim na Alemanha, vez que as “relações políticas e familiares entre Inglaterra e Alemanha foram responsáveis pela transplantação do princípio do devido processo legal, ainda revelado pelas expressões *law of the Empire* e *Judgment of his peers*, constantes do Decreto Feudal de Conrado II, para o Direito Inglês, fenômeno que se dá após a conquista normanda do território britânico, em 1066.”

<sup>167</sup> Geraldo Brindeiro, *op. cit.* p. 88.

<sup>168</sup> A nossa Constituição consagra do devido processo legal, como direito fundamental, no art. 5.º, LIV, asseverando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

<sup>169</sup> Geraldo Brindeiro, *op. cit.* p. 88, ensina que “a Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio de construção jurisprudencial (*construction*) e baseando-se em critérios de razoabilidade (*reasonableness*), passou a promover a proteção dos direitos fundamentais contra ação irrazoável e arbitrária (*protection from arbitrary and unreasonable action*). Estas são, em síntese, as razões do desenvolvimento da teoria do *substantive due process*.”

dos Poderes Legislativo e Executivo, dentro de parâmetros do razoável, como valor de justiça.

Destarte, Carlos Roberto Siqueira Castro pontua que

estimulada, pois, pela fluidez redacional da cláusula do *due process of law* e reverente ao princípio individualista e ao preconceito anti-arbitrio estatal, que subjazem à idéia liberal de um contrato social (*social contract*) formador da federação americana, o Judiciário dessa nação não teve cerimônia em passar em revista a legislação econômico-social editada em profusão a partir da segunda década do presente século. Do conjunto dessas decisões consolidou-se o axioma de que uma lei não pode ser considerada uma autêntica e respeitável *law of the land*, ou consentânea com o *due process of law*, se incorrer na falta de razoabilidade ('reasonableness') ou de racionalidade ('rationality'), ou seja, e em suma, quando parecer arbitrária. (...) O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase substantiva na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e conclusivo da legalidade e do próprio mérito axiológico das relações do governo com a sociedade civil. Com isso, os Juízes assumiram o papel de protagonista no seio das instituições governativas, deixando de ser mero coadjuvante das ações do Executivo e do Legislativo. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público passaram a contar, no plano institucional, com a autoridade dotada de prerrogativa decisória (*do final enforcing power*) e revestida de credenciais de intérprete derradeiro do sentido e alcance da Constituição: os órgãos da Justiça.<sup>170</sup>

E continua o mestre acima referido, ensinando que, em decorrência da dicção indefinida do que venha a ser o princípio do devido processo legal, fator a impossibilitar a sua conceituação apriorística,

somente através da aplicação reiterada e casuística, segundo o método de aproximação por inclusão e exclusão que caracteriza o *case system*, poder-se-á concluir em cada hipótese o que seja, e o que não seja, um ato normativo ou uma decisão administrativa consentânea com a exigência do devido processo legal.<sup>171</sup>

<sup>170</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 80.

<sup>171</sup> *Idem*, pp.78-79.

Com os fundamentos acima esposados, amplia-se a noção de direitos fundamentais traçados em nossa Carta Constitucional, para, sob o escopo do princípio da razoabilidade, entender que os direitos de garantia assentados para o Direito Penal, ante a não existência de distinção ontológica entre os ilícitos administrativo e penal, são aplicável ao direito administrativo sancionador, acompanhando, destarte, o atual estágio social-cultural, inclusive em Direito Internacional, que tem como enfoque o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dando sustentação aos fundamentos do princípio do devido processo legal substantivo, RUIEMBERG observa que

a Constituição não pode resumir-se a ser apenas um elemento da ordem jurídica, um ordenamento jurídico como qualquer outro, constituindo-se, em verdade, uma expressão viva do *status quo* cultural em permanente evolução, um espelho da herança cultural e fundamento de toda esperança. (...) a expressão se aperfeiçoa para que se possa compreender a perfeita harmonia entre os seus elementos: o aspecto processual diz respeito não à constitucionalização de normas constitucionais, mas sim à própria materialidade da norma constitucional como lei processual (aberta e de caráter procedimental), voltado para o agir hermenêutico comunicativo, ao passo que o elemento substantivo se liga à aceitação de valores substantivos ou materiais como normas constitucionais ou fundantes de normas constitucionais, e, por decorrência, da hermenêutica jurídica.<sup>172</sup>

Assim, em linhas gerais, o princípio do devido processo legal substantivo constitui cláusula de abertura, respaldada na dignidade da pessoa humana e na razoabilidade, que garante a aplicação da estrita legalidade oriunda do Direito Penal aos acusados em processo disciplinar, deferindo, por conseguinte, o caráter de inconstitucionalidade aos tipos disciplinares abertos, enunciativos de deveres e obrigações em sede de Administração Pública.

---

<sup>172</sup> Pereira, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 265 e 275.

À vista de tais considerações, induz-se o entendimento de que o legislador estatutário, ao fazer uso desse dever-poder de legislar para tutelar o interesse público - tipificando condutas disciplinares ilícitas - tem que levar em consideração, como norma orientadora regente do sistema, o princípio da legalidade acima referido (no seu aspecto de taxatividade), para não eivar de inconstitucionalidade material suas produções normativas.

Sem embargo de todo o exposto, mister ainda ressaltar que o § 2.º do art. 5.º da CF/88, afirmando que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, está a sustentar todos os fundamentos que ora utilizamos para defender a abertura das garantias constitucionais oriundas do Direito Penal para o Direito Administrativo, com fundamento no *due process of law*, uma vez que tais garantias são decorrência desse princípio adotado pela Carta da República. Assim, o próprio § 2.º do referido artigo está a amparar o caráter material, substantivo, do devido processo legal, ao passo que permite o reconhecimento de outros direitos fundamentais decorrentes daquele.

Com base nessa combinação dos dispositivos estatuídos no art. 5.º LIV e seu § 2.º (devido processo legal e princípios implícitos decorrentes deste) tem o intérprete constitucional ampla gama de possibilidades, pautadas no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>173</sup>, o que Carlos Roberto Siqueira Castro chamou de “Estado da Legalidade Proporcional ou Estado da Legalidade Razoável”<sup>174</sup>, propiciando-lhe interpretação e aplicação dos dispositivos de normas infraconstitucional em harmonia com as vertentes teleológicas almejadas pela comunidade e o Estado Democrático

---

<sup>173</sup> Não se pretende aqui adentrar na discussão acerca a existência de distinção entre os referidos princípios, se são ou não sinônimos ou se a proporcionalidade decorre da razoabilidade, o vice versa. Assim, assevera SIQUEIRA CASTRO, in “*A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*”, p. 84, que “seja como for, quer se fale em proporcionalidade, ou de razoabilidade, certo é que tais princípio decorrem do imperativo de que os atos intersubjetivos se coadunem com a noção de um direito justo.”

<sup>174</sup> *Idem*, p. 82.

de Direito, pois “o *raciocínio jurídico* repousa na inserção dos fenômenos concretos da vida social em quadros abstratos, que definem o conjunto de regras a serem seguidas”<sup>175</sup>.

Assim, Gilmar Ferreira Mendes, dando um enfoque ao princípio da proporcionalidade como sendo o juízo de justiça socialmente aceitável e adequado ao Estado Democrático de Direito a amparar a reserva da lei, ministra, *in verbis*:

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (*reserva legal*), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa nova orientação, que permite converter o princípio da reserva legal (*gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Eeforderlichkeit*)<sup>176</sup>

Constatando a vinculação do princípio do devido processo legal com o princípio da legalidade, a amparar a observância, pelo Estado, da legalidade e da proporcionalidade dele (*due process of law*) decorrentes, após asseverar, no sentido acima explanado, de que “a idéia de injustiça das leis repousa fundamentalmente no fato de o ato administrativo dissociar-se do interesse coletivo e do sistema de valores incorporados e aceitos pela sociedade”<sup>177</sup>, mister observar os apontamentos de Siqueira Castro:

sabido que a cláusula do devido processo legal não logrou ser reduzida a nenhuma fórmula precisa e acabada nos sistemas constitucionais que a adotam, seja de maneira explícita ou implícita, essa garantia acabou se

<sup>175</sup> Rivero, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 2.ª Ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. cit. p. 112.

<sup>176</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. *Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 43.

<sup>177</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 206 e 207.

transformando num postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de um direito justo, isto é, consentâneo com o conjunto de valores incorporados à ordem jurídica democrática segundo a evolução do sentimento constitucional quanto à evolução do convívio social.<sup>178</sup>

Assim, neste tópico, com o exposto, temos os fundamentos de toda a sustentação que ora nos propomos, acerca da transposição dos dispositivos de garantia de Direito Penal para Direito Administrativo Disciplinar, amparados na abertura constitucional de direitos fundamentais, pois “o sistema jurídico como um todo se sujeita, no tempo e no espaço, a mutações, sempre de acordo com os pressupostos axiológicos de uma cultura<sup>179</sup>” e , como se depreende deste estudo, não há justificativas sócio-culturais para se deferir dignidade à pessoa humana enquanto indivíduo comum e não a deferir enquanto servidor público sujeito ao jugo estatal, nas questões afetas ao regime disciplinar. Eis, destarte, uma visão garantista do Direito Administrativo Disciplinar.

No sentido do acima exposto, é a sempre atual lição do mestre Geraldo Ataliba, asseverando que

toda lei emanada de quaisquer órgãos constituídos do país há de submeter-se às balizas e limites contidos na Constituição e, sobretudo, tender a realizar (assegurando-lhe a sua eficácia, na maior plenitude possível) os princípios constitucionais, dos quais a federação e a república comparecem em posição singularmente relevante (porque fundamentais e básicos de todo o sistema). Só legislação que respeite as exigências decorrentes desses princípios poderá ser aceita como legítima e válida. E é na conformidade das exigências dos princípios – mormente os mais conspícuos e básicos – que se há de interpretar essa mesma legislação. As competências recebidas pelos órgãos legislativos do país não de ser desenvolvidas não só na conformidade das balizas expressas contidas no texto constitucional, como, ainda, não de ser todos os preceitos assim emanados realizadores e respeitadores dos princípios constitucionais fundamentais. Entender de outra maneira e reduzir a Constituição a mera tábua de sugestões, simples rol de recomendações. É negar-lhe a *vis* de Lei Maior, vigor de Carta Fundamental, eficácia de Suprema Lei do país. Por isso é que a interpretação de legislação e demais atos de governo haverá de ser sempre desempenhada – pela Administração ou pelo

---

<sup>178</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 84.

<sup>179</sup> Bittar, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

Judiciário – de modo a, exaltando a harmonia do sistema jurídico, valorizar condigna e adequadamente os seus princípios fundamentais, buscando dar-lhes eficácia e fazer com que todos os comportamentos se curvem às suas exigências. Só assim a república será valorizada e exaltada no plano prático, como o foi na elaboração constitucional e nos desígnios constituintes, refletindo com fidelidade o querer do povo, titular da república.<sup>180</sup>

### **3.2.3. A relação especial de sujeição do servidor público e os direitos fundamentais**

A classificada *relação especial de sujeição* é considerada pela doutrina como uma peculiar situação da pessoa, haurida voluntariamente ou imposta por lei, que requer maior rigor no que pertine ao regime jurídico afeto, uma vez que concernente a relações sensíveis e de grande importância para o interesse público.

Desta feita, a doutrina e a jurisprudência aceitam com maior naturalidade a restrição pelo Estado de direitos fundamentais, em prol de um interesse público dominante, sob a fundamentação de serem relativos, como qualquer outro direito, e necessitarem de ser harmonizados com os demais, resultando, destarte, em restrição fruto de ponderação entre direitos assentes no sistema jurídico.

Assim, este é o fundamento para deferirem validade a dispositivos legais que cerceiam direitos fundamentais, a exemplo do direito de sigilo das correspondências do preso.

Nesse sentido é a lição de Jane Reis Gonçalves Pereira, ensinando que

há situações em que as restrições aos direitos fundamentais são justificadas pelo fato de os respectivos titulares encontrarem-se no âmbito de relações especiais de sujeições com o Poder Público. É que em certos casos, a necessidade de viabilizar o adequado funcionamento das instituições estatais torna imperativo que sejam limitados direitos fundamentais de indivíduos que a integram. São exemplos as relações jurídicas em que se inserem os

---

<sup>180</sup> Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42 e 43.

funcionários públicos, os presos, os estudantes de escolas públicas e os militares.<sup>181</sup>

Trazendo a questão para o campo do Direito Administrativo, verifica-se que a Administração Pública tem o dever de observância, dentre outros, do princípio da moralidade e da eficiência, conforme estatuído no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988. Assim, resta saber se esses princípios referidos têm o condão de restringir direitos fundamentais do servidor público, no que se refere ao objeto de nossa investigação, qual seja o direito da legalidade estrita na definição de ilícitos disciplinares. Assim o sendo, justificável a positivação de tipos vagos nos estatutos regentes dos servidores públicos, uma vez que sujeitos a uma relação especial para com o Estado.

Não obstante e para justificar a invalidade dessa restrição em comento, valemo-nos do fato de que a vinculação da Administração aos princípios básicos acima referidos não traz a expressa restrição da tipificação legal com o fim de atendimento da moralidade e da eficiência pública e em nenhuma outra passagem do Texto Constitucional essa compressão é procedida. Deste modo, não há que se permitir restrições de direitos fundamentais postos na Constituição com fundamento em ato infraconstitucional.

Sem embargo, em efeito oposto, entendemos ainda que os tipos vagos prescritores de ilícitos vão de encontro aos deveres de moralidade e de eficiência da máquina pública, ao passo que podem ser operados para darem azo à injusta, desproporcionais e discriminatória aplicação do Direito em sede de Estado-administração, haja vista, conforme já afirmado, deixarem um espectro demasiadamente flexível para o operador do Direito, o que foge à raia da discricionariedade, aproximando-se da ou consubstanciando em arbitrariedade estatal.

No caso em comento, objeto da presente pesquisa, os fins (moralidade e eficiência da Administração Pública) não justificam os meios (tipificação aberta de ilícitos

---

<sup>181</sup> Pereira, Jane Reis Gonçalves. *As restrições de direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Organizadores Daniel Sarmento e Flavio Galdino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 606.

disciplinares), sendo a limitação pretendida desproporcional. Destarte, o *regime especial de sujeição* que se encontra o servidor público para com a Administração não serve de fundamento para tal mister.

Com feito, como se verá no item seguinte, entendemos que o princípio do devido processo legal ampara a transposição do princípio da legalidade penal para o direito administrativo sancionador, haurindo a princípio corolário implícito do *due process of law*.

Superada essas questões introdutórias, passemos à análise dos tipos administrativos disciplinares fluidos à luz dos argumentos ora esposados.

### **3.3. A ATIPICIDADE DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO E SEUS COROLÁRIOS**

Os deveres, obrigações e proibições afetos aos servidores públicos estão alinhavados nos estatutos do serviço público, como, por exemplo, na esfera federal, a Lei n.º 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União e a Lei n.º 4.878/65 – Regime Jurídico dos Funcionários Policiais Civis da União e do Distrito Federal - e alguns atos administrativos normativos, em capítulos prescritores e descritores de normas pertinentes ao regime jurídico-disciplinar a que estão sujeitos.

A infração a essas normas aferidas nesse conjunto de instituições proibitivas ou impositivas, imposições afirmativas ou negativas, pode se constituir, conforme o estatuído no diploma normativo, em ilícito administrativo ou em ilícito disciplinar, sendo o termo “ilícito” empregado para demonstrar que a conduta é ofensora ao diploma regente da relação jurídica existente entre servidor público e Administração. Nesses

termos, em primeira aproximação<sup>182</sup>, diferencia-se o ilícito administrativo / disciplinar dos demais ilícitos de outros ramos ou disciplinas do Direito, considerando (i) o diploma normativo em que consta a previsão do ilícito, com ênfase na enunciação-enunciada<sup>183</sup> e (ii) a vinculação da ocorrência do ilícito à existência de relação jurídica estatutária entre o suposto *infrator* e o Estado-administração; porém, ressaltando de início a inexistência de distinção ontológica entre as diversas espécies de ilícitos, quer sejam civis, penais, administrativos, tributários, etc, tema que será aprofundado no decorrer da pesquisa.

Sem embargo, citem-se os doutos ensinamentos de José Cretella Júnior, ao afirmar que “ilícito é toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções”<sup>184</sup> e de Edmir Netto de Araújo:

o ilícito pode aparecer na esfera penal (homicídio, furto, estelionato), civil (prejuízos contratuais, danos à propriedade), administrativa (atos danosos, insubordinação, delitos contra a Administração), trabalhista (greves ilegais), e em outras disciplinas jurídicas; pode mesmo, em certos casos, enquadrar-se em mais de um ramo ou disciplina do Direito, como é o caso do presente tema. Ou seja, ilícito é o *gênero*, do qual os ilícitos penal, civil, contábil, administrativo, tributário, fiscal, trabalhista, são *espécies*, conforme se considere a norma infringida. E, de acordo com a norma disciplinadora, se apuram as responsabilidades, se determinam e se aplicam as sanções.<sup>185</sup>

Conclui-se, portanto, ainda em primeira apreensão do tema, que as condutas ilícitas, para o direito administrativo disciplinar, são aquelas descritas nos diplomas administrativos - e relacionadas à conduta do servidor público, em seu agir ou não agir de acordo com o determinado por lei ou regulamento a que está vinculado (relação jurídica de direito material) -, e.g. os diplomas acima aludidos, em capítulos afetos ao “regime disciplinar”, por meio de comandos normativos proibitivos ou impositivos - cuja

---

<sup>182</sup> Vide estudo mais aprofundado no Título II, em que tratamos conceito analítico tripartite e proposta de diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo disciplinar.

<sup>183</sup> Por enunciação-enunciada verifique-se o subitem 3.4.2, deste Capítulo.

<sup>184</sup> Júnior, José Cretella. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: 1980, Ed. Saraiva, p. 46.

<sup>185</sup> Araújo, Edmir Netto de. *O Ilícito Administrativo e Seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 24.

infração está relacionada a determinada ameaça de sanção também nesses diplomas positivada e vinculadas, por imputação deôntica, aos pertinentes preceitos primários - que trazem ora minudentes descrições, ora padrões vagos, para a definição do ilícito administrativo ou do ilícito disciplinar<sup>186</sup>, constituindo tipificações fluidas, abertas, flexíveis.

Interessa-nos a descrição do ilícito afeta ao direito administrativo disciplinar, quando desprovida de densidade normativa: tipos indeterminados, vagos.

Tais considerações, defendendo a necessidade de leis claras e analíticas como pré-requisito para a aplicação do Direito, remontam aos ensinamentos de BECCARIA, que, analisando a interpretação de textos legais vagos e sua nocividade para a segurança jurídica, prescreve que

cada homem tem a sua maneira de ver; e o mesmo homem, em épocas distintas, vê de maneira diversa os mesmos objetos. O espírito de uma lei deve ser, pois, o resultado da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil, da debilidade do acusado, da violência das paixões do magistrado, de suas relações com o ofendido, enfim, da reunião de pequenas causas que modificam as aparências e transmudam a natureza dos objetos no espírito mutável do homem.<sup>187</sup>

E assim, esse autor enfatiza que as leis definidoras de ilícitos (no caso de suas obra, o ilícito penal, não obstante aplicável a qualquer categoria de ilícito) devem ser apresentadas de forma clara, compreensível por todos, para não eivar do vício da “arbitrariedade”. Com efeito, ensina que

---

<sup>186</sup> Edmir Netto de Araújo, na obra “O Ilícito Administrativo e Seu Processo”, p. 28, faz teórica diferenciação entre o ilícito disciplinar e o ilícito administrativo, afirmando que o ilícito administrativo puro, *disciplinar*, é aquele que atenta contra a hierarquia e o *não disciplinar* é aquele que atenta contra a boa ordem do serviço público, não envolvendo relação de hierarquia e subordinação.

<sup>187</sup> Beccaria, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003, p. 22/23.

se a arbitrária interpretação das leis constitui um mal, a sua obscuridade o é igual. Tal inconveniente ainda acresce quando as leis não são escritas em língua comum. Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, como um catecismo, enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida do povo, e enquanto forem, de maneira solene, mantidas como oráculos misteriosos, o cidadão que não puder aquilatar por si próprio as conseqüências que devem ter os atos que pratica sobre a sua liberdade e os seus bens, estará dependendo de pequeno número de homens, que são depositários e interpretes da lei.<sup>188</sup>

No mesmo sentido de Beccaria, porém já declinando que o princípio da taxatividade é imprescindível – sob pena de nulidade - ao direito administrativo sancionador, são os ensinamentos de Carlos Roberto Siqueira Castro:

é mister, contudo, para que o princípio da legalidade tenha efetiva aplicação, tanto para os particulares quanto para os agentes do Poder Público, que os atos normativos de todos os níveis de governo sejam providos de clareza e precisão, a fim de que os destinatários das regras jurídicas, e bem assim os seus executores em todas as instâncias da organização estatal, possam bem conhecer o sentido e o alcance de suas disposições. A não ser assim, o entendimento do comando legislativo, especialmente quando se tratar de normas proibitivas ou imperativas, restaria prejudicado, daí podendo resultar grave conseqüência para aqueles sujeitos à sua observância. É necessário, portanto, que a clientela da norma jurídica tenha a justa ou, pelo menos, aproximada noção do teor da licitude ou ilicitude dos atos e omissões humanas em face dos parâmetros legais. Isto é tanto mais verdadeiro quando se estiver diante de norma provida de sanção (administrativa, fiscal ou penal), cujo perfeito entendimento preceitual torna-se indispensável para a livre determinação dos sujeitos da obrigação legal quanto aos riscos da imputação de responsabilidade (...) Cogita-se, aí, de um consectário do princípio da legalidade que busca atender ao postulado da segurança jurídica e que exige, para a satisfação da garantia constitucional do devido processo legal, a inteligibilidade da descrição das condutas normatizadas, reprimidas ou permitidas. A ausência de clareza das pautas comportamentais objeto dos mandamentos normativos, como ainda obscuridade ou vagueza no traçado das condutas revestidas de exigibilidade jurídica conduz, ou deve conduzir, à nulidade do tipo legal.<sup>189</sup>

Ainda anotem-se os ensinamentos do mestre francês Jean Rivero, onde, ao trata do “perigo, em direito, de termos insuficientemente precisos”, que denominou também de

---

<sup>188</sup> *Op. cit.* p. 25.

<sup>189</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 220/221.

“imprecisão dos vocábulos”, ministra que “quando, sob o mesmo *termo*, se colocam *conteúdos*, diferentes, a discussão se eterniza. Os argumentos não convencem, os interlocutores não falam a mesma língua.”<sup>190</sup>

Destarte, auferese da leitura acima que todas as formas de obscuridade do texto normativo devem ser evitadas, mormente as definidoras de ilícitos, pois a vagueza, a ambigüidade, a ausência de densidade sintática e normativa podem ser instrumentos, mesmo que inconscientemente, para ofensa à segurança jurídica e à certeza do direito, tornando-se, destarte, nulas frente a princípios constitucionais de garantia<sup>191</sup>.

Sem embargo, Andrei Zenkner Schmidt observa que

a história é pródiga em fornecer-nos exemplos de modelos jurídicos em moldes estritamente éticos, com prescrições legais indeterminadas e elásticas que possibilitam, ao final, a utilização incondicionada da analogia como forma de adequação típica. Basta lembrar o *tätertyp* (“tipo de autor”) nazista, ou o “inimigo do povo” do modelo soviético-estalinista...<sup>192</sup>

Ricardo Guibourg, denominando a “vaguidade” como sendo uma falta de precisão do texto normativo e que implica a sua aplicação duvidosa, ensina que

---

<sup>190</sup> Rivero, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 2.<sup>a</sup> Ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 88.

<sup>191</sup> Trata-se, como bem assevera Siqueira Castro, de categoria identificada no direito norte-americano como *void for vagueness* (nulidade por vagueza). Assim, ensina o referido autor, pp. 221/222, que “essa doutrina, que constitui herança das melhores tradições da *common law* anglo-saxônica, tem sua aplicação associada à cláusula do *due process of law*, consoante inserta nas 5.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> Emendas Constitucionais da América, cuja vocação hoje verdadeiramente universal é expressar as potencialidades exegéticas do legalismo contemporâneo e englobar as virtuosidades da concepção do Estado Democrático de Direito. O reconhecimento dessa proposição científico-jurídica a respeito da inteligibilidade das leis deu-se no julgamento do caso PAPACHRISTOU v. CITY OF JACKSONVILLE, no ano de 1972, quando a Corte Maior daquela nação do norte considerou inconstitucional a lei de vadiagem instituída pela legislatura da cidade de Jacksonville, na Flórida, fazendo ao argumento de que suas disposições eram vagas e imprecisas.”

<sup>192</sup> Schmidt, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 123.

esta falta de precisión en el significado (designación) de una palabra se llama *vaguedad*: una palabra es vaga en la medida en que hay casos (reales o imaginarios, poco importa) en los que su aplicabilidad es dudosa; o, por decirlo en términos lógico-matemáticos, no es *decidible* sobre la base de los datos preexistentes, y sólo puede resolverse a partir de una decisión lingüística adicional.<sup>193 194</sup>

Na lição acima transcrita verifica-se a necessidade de decisão lingüística adicional, com vista a superar a deficiência trazida à linguagem técnica pela vaguidade. Decisão esta que, em sede disciplinar, constitui-se a fundamentação do ato que opera a tipicidade, juízo de adequação típica do significado do fato ao tipo descrito na norma primária de direito sancionador disciplinar.

O mestre acima referido ainda traz um clássico exemplo de campo lingüístico onde se faz mister a apontada decisão adicional, ao afirmar que

el significado de las palabras, pues, suele presentarse – según una clásica comparación – con una luz proyectada sobre una superficie. Habrá una parte claramente iluminada en el centro, y en torno seguirá reinando la oscuridad. Pero entre claridad y oscuridad habrá un cono penumbra, en cuyo ámbito el objeto iluminado será visible, aunque no con la misma facilidad. Del mismo modo, y para cada palabra, existe un conjunto central de casos en los que el nombre resulta aplicable: encajan sin dificultad en los criterios usuales, y estamos habituados a aplicar el vocabulo a tales situaciones. Habrá un numero infimo de casos (el entorno) a los que no aplicaríamos a palabra de modo alguno. Pero existe también un cono de vaguedad, donde nuestros criterios resultan insuficientes y los casos no pueden resolverse sin criterios adicionales más precisos.<sup>195 196</sup>

<sup>193</sup> Guibourg, Ricardo et All. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 48.

<sup>194</sup> Esta falta de precisão no significado (designação) de uma palavra se chama *vaguidade*: uma palavra é vaga na medida em que há casos (reais ou imaginários, pouco importa) em que sua aplicabilidade é duvidosa.; ou, por dizê-lo em termos lógico-matemáticos, não é *decidível* sobre a base dos dados pré-existentes, e somente podem resolver-se a partir de uma decisão lingüística adicional.

<sup>195</sup> Guibourg, Ricardo et All. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 49.

<sup>196</sup> O significado das palavras, pois, costumam apresentar-se – segundo uma clássica comparação – como uma luz projetada sobre uma superfície. Haverá uma parte claramente iluminada no centro, e no entorno seguirá reinando a obscuridade. Mas entre a claridade e a obscuridade haverá um campo de penumbra, cujo âmbito o objeto iluminado será visível, ainda que sem a mesma facilidade. Do mesmo modo, e para cada palavra, existe um conjunto central de casos nos quais o nome resulta aplicável: encaixam sem dificuldade nos critérios usuais, e estamos habituados a aplicar o vocábulo a tais situações. Haverá um número ínfimo de casos (o entorno) ao qual não aplicaríamos a palavra de modo algum. Mas existe também um campo de vaguidade, onde nossos critérios resultam insuficientes e os casos não podem resolver-se sem critérios adicionais mais precisos.

Pelo exposto, podemos definir o conceito de tipo disciplinar vago como sendo o enunciado descritivo de notas fáticas, representativas de evento do mundo físico, positivado no estatuto disciplinar dos servidores públicos, sem a mínima densidade de signos e significados norteadores e limitativos do atuar da Administração, implicando atecniais no campo das significações (sintaxe) e complementável, em sede processual, pelas fundamentações do (i) colegiado disciplinar e (ii) da autoridade julgadora.

Sem embargo, em análise ao direito posto afeto ao tema, verifica-se que o legislador ordinário não tem a praxe de descrever, em alguns casos, o que venha a ser exatamente a infração disciplinar ou administrativa, como, por exemplo, os ilícitos descritos como “*falta grave*” ou “*trabalhar mal*”, deixando a cargo do colegiado apurador, em relatório conclusivo, e da autoridade julgadora, na fundamentação do ato punitivo, (i) demonstrarem a subsunção do conceito do fato praticado pelo servidor faltoso ao conceito fluido do ilícito “descrito” na lei e, por conseguinte, (ii) complementarem o tipo ilícito.

Para ficarmos somente com dois exemplos, verifiquem-se as Leis n.º 8.112/90 e n.º 4.878/65.

A Lei n.º 8.112/90 traz positivados os seguintes tipos vagos: “insubordinação grave em serviço” (art. 132, VI), “incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição” (art. 132, V), “aplicação irregular de dinheiro público” (art. 132, VIII), “promover manifestação de apreço ou despreço no recinto da repartição” (art. 117, V), “proceder de forma desidiosa” (art. 117, XV).

A Lei n.º 4.878/65, por sua vez, traz os seguintes: “promover manifestação contra atos da administração ou movimentos de apreço ou despreço a quaisquer autoridades” (art. 43, III), “praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a função policial” (art. 43 VIII), “trabalhar mal, intencionalmente ou por negligência” (art.

43, XXIX), “fazer uso indevido de arma que lhe haja sido confiada para o serviço” (art. 43, XXXVII), “omitir-se no zelo da integridade física ou moral dos presos sob sua guarda” (art. 43, XL), “dirigir-se ou referir-se a superior hierárquico de modo desrespeitoso” (art. 43, XLII), “prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial” (art. 43, XLVIII).

Com base nas características acima referidas, autorizada doutrina sustenta o princípio da atipicidade como regente do sistema em comento.<sup>197</sup>

Da atipicidade extrai-se dupla afetação de efeitos jurídicos ao sistema positivo:

(a) a uma, afastar o princípio da legalidade da falta disciplinar e, por conseqüência, o da anterioridade da lei, o da retroatividade da lei e o da correlação entre preceito primário e a ameaça de sanção, preceito secundário; e, por corolário,

(b) a duas, afastar a análise dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo disciplinar, em fomento à total discricionariedade administrativa.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> Por todos, José Cretella Júnior. *Prática de Processo administrativo*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>198</sup> Julgado do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em que se afasta a análise dos elementos subjetivos do ilícito disciplinar e, por conseqüência, o princípio da tipicidade, *verbis*: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR EFETIVO DE UM ÓRGÃO OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO EM OUTRO. RATIFICAÇÃO DE PARECER RUINOSO PARA ADMINISTRAÇÃO. REALINHAMENTO COM VULTOSA ELEVAÇÃO DE PREÇOS EM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE VILÂNGIA. TRAMITAÇÃO DO EXPEDIENTE EM DESACORDO COM AS EXIGÊNCIAS LEGAIS. CONVERSÃO DE EXONERAÇÃO EM PENA DE DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO, PRECEDIDA DE PROCESSO REGULAR. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO.

1. Parecer elaborado por Comissão encarregada de reexaminar contratos administrativos, com vistas a propor medidas para redução de despesas, não é parecer técnico, em sentido estrito, que não possa ser afastado pela autoridade superior.

2. Configura grave omissão ratificar, sem questionar, parecer dessa natureza, decisão da qual, ao contrário do que havia recomendado, resultou vultuosa elevação de preços dos serviços de vigilância.

3. O fato de não ter sido solicitado parecer da assessoria jurídica, nem elaborado termo aditivo ao contrato, configura desatenção, igualmente grave, à rotina administrativa e à lei de licitações.

4. **A responsabilidade por transgressão disciplinar não exige culpa ou dolo, bastando a voluntariedade.**

Com esses fundamentos a professora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que

no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como 'falta grave', 'procedimento irregular', 'ineficiência no serviço', 'incontinência pública', ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.<sup>199</sup>

Em posicionamento não tão aberto, utilizando a classificação terminológica "relativa tipicidade"<sup>200</sup>, em contraposição à atipicidade acima aventada, não obstante frisar a dispensabilidade no direito disciplinar da rigorosa tipicidade do direito penal, e entendendo como válidos e co-existentes no ordenamento jurídico-disciplinar tipos vagos e tipos analíticos, ministra com precisão e em comentário ao direito posto, José Armando da Costa, ao comparar as estruturas das hipóteses legais do tipo penal e do tipo disciplinar que

o delito penal se compõe de duas bases, uma hipotética e outra factual. A *hipotética* consiste na previsão do comportamento reprovável, ou melhor dizendo, é o tipo inculcado na disposição penal. Ao passo que a *base factual* é a conduta (prevista na lei) empreendida pelo agente do crime. Por outro lado, a transgressão disciplinar também se constitui desses dois elementos. Havendo apenas uma diferença na sua base hipotética, a qual, exatamente em razão do aspecto *discricionário* referido em linhas atrás, se desdobra em duas: base *hipotética em branco* e *base hipotética expressa*. Esta é plasmada na lei pelo legislador; enquanto que aquela, como se deduz de sua própria denominação, não vem por inteiro prevista na norma. A base *hipotética expressa*, tendo a sua silhueta delitual inteiramente desenhada na norma, destina-se, em regra, às infrações disciplinares puníveis com mais severidade. Já a base *hipotética em*

---

5. É cabível transformar a exoneração em destituição de cargo em comissão, se o servidor é titular de cargo efetivo, mas de outro órgão, ao qual retornou. “ (sem grifos no original)

<sup>199</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 515.

<sup>200</sup> Costa. José Armando. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 61. Para o autor “as transgressões disciplinares, mesmos que sejam típicas, não exigem uma precisa e rigorosa correspondência entre as suas bases *hipotética e factual* (como nas infrações penais), requerendo uma correlação apenas relativa, aproximada.” (grifos do original)

*branco* encontra franca utilidade nas faltas disciplinares de menor gravidade.<sup>201</sup> (grifos do original)

Fábio Medina Osório, em que pese defender a aplicação do princípio da legalidade e, por conseguinte, o princípio da tipicidade no Direito Administrativo Disciplinar, parece fazer distinção entre o princípio da tipicidade e o princípio da taxatividade – que para nós são institutos idênticos -, onde assevera que, em que pese o ilícito administrativo dever ser tipificado, mas em razão de o servidor público estar vinculado a uma “sujeição especial com o Estado”, prescinde de descrição analítica da conduta, pois se sujeita a uma “legalidade mais flexível”. Assim, ensina que

a tipicidade permissiva é uma importante referência no que diz respeito às infrações administrativas direcionadas a proibir condutas dos particulares e dos agentes públicos subordinados a determinadas relações de sujeição especial com o Estado ou, ao contrário, quando as relações são de sujeição meramente geral. Numa ou noutra hipótese há diferenças notáveis quanto ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, ao princípio da tipicidade. As pessoas que não estão submetidas a essas relações de especial sujeição, possuem, em tese, uma liberdade de agir similar a dos particulares em geral, cuja posterior limitação se opera à luz de uma estrita legalidade, num marco acentuadamente mais garantista. Já os que se submetem a esses vínculos de sujeição especial ficam expostos a uma legalidade mais flexível e aberta, eis que ostentam uma primária restrição comportamental, de tal sorte que suas atuações dependem de permissões legais e a disciplina normativa do Estado pode ser encarada, na perspectiva sancionatória, de modo mais rigoroso.<sup>202</sup>

No entanto, em que pese os doutos argumentos dos ilustres administrativistas a comentarem com propriedade – porém sem o necessário enfoque em seu fundamento de validade constitucional - princípios afetos ao direito positivo, há que se refutar o reconhecimento de validade a tipos vagos, definidores de preceitos primários que, relacionados a preceitos secundários, ameaças de sanção, ensejem suspensão superior a trinta dias, demissão, cassação da aposentadoria ou da disponibilidade (faltas de médio ou elevado potencial ofensivo à Administração e a seus fins, ou, na

---

<sup>201</sup> Costa, José Armando. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 60.

<sup>202</sup> Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 275.

lição de José Cretella Júnior, faltas graves e gravíssimas<sup>203</sup>, bem como às faltas de menor potencial ofensivo, conforme já aludido), pois essa técnica legislativa faz surgir discricionariedade em casos que, nitidamente, com o fito de atendimento à certeza jurídica, o mais plausível seria a vinculação, técnica que proporcionaria, com efeito, decisões uniformes para os casos similares e facilitaria, de plano, a constatação de desvio de finalidade ou de excesso de poder na produção do ato de aplicação da sanção administrativa.

Frise-se que os mesmos argumentos valem para as faltas sujeitas à advertência ou à repreensão, faltas de menor potencial ofensivo à Administração ou a seus fins, uma vez que ontologicamente não há distinção entre os referidos ilícitos e, por razão de vinculação ao princípio do devido processo legal substantivo, há de se aplicar o princípio da tipicidade a todas as espécies de infrações do âmbito administrativo disciplinar.

Nessa vertente, não coadunamos, nesse ponto, com os ensinamentos do mestre José Armando da Costa<sup>204</sup>, que defere validade aos tipos indeterminados, classificando-os como espécie de hipótese legal em branco. Com efeito, há de se fazer distinção entre a *norma em branco* e a *norma indeterminada*. Aquela possui elementos objetivos, elementos subjetivos e elementos normativos, sendo que o elemento normativo é complementado, explicado ou definido e, por conseguinte, a norma é integrada por disposição legal ou regulamentar (norma em branco, respectivamente homogênea e heterogênea), que passam a fazer parte do próprio tipo. Trata-se de instituto de direito material, apenas. Já a norma indeterminada é, a exemplo da norma em branco, formada por elemento objetivo e elemento subjetivo, no entanto o elemento normativo é vago e, não obstante, ocupante de *status* de grande importância na descrição da conduta, porém não definido em lei ou outro ato normativo, mas sim complementável, em sede processual, por fundamentação do colegiado disciplinar e da autoridade

---

<sup>203</sup> Cretella Jr., José. *Prática de Processo administrativo*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>204</sup> Costa. José Armando. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

julgadora. Trata-se de instituto híbrido, de direito material e de direito processual. Nesse ponto, remetemos o leitor ao item 3.1, onde tratamos da distinção entre norma em branco, elemento normativo do tipo e tipo indeterminado.

O autor acima referido afirma, ainda, que existem três tipos de regime quanto à atipicidade da falta disciplinar, albergada pelos ordenamentos disciplinares nacionais, classificando-os em posicionamento da *franca atipicidade*, mormente adotado pelo Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto n.º 90.908, de 04/12/84), Regulamento Disciplinar da Marinha e Regulamento Disciplinar da Aeronáutica; da *relativa tipicidade*, adotada pela grande maioria dos estatutos estaduais e municipais que acompanharam o revogado regime federal anterior a CF/88, Lei n.º 1.711/52; e da *quase que absoluta tipicidade*, adotado pelo Regime do servidores civis da União, autarquias e fundações, Lei n.º 8.112/90, e pelo estatuto disciplinar dos Policiais Federais, Lei n.º 4.878/65. Quanto a este último posicionamento, assevera o autor, *in verbis*:

o atual regime disciplinar (Lei n.º 8.112/90) do servidor federal, deixando ao administrador público apenas uma diminuta potestade discricionária, se afilia à terceira posição (quase que absoluta tipicidade), uma vez que somente nos casos de penas de advertência poderá haver tal flexibilidade (art. 129). O mesmo ocorre em relação ao Regime Disciplinar do Policial Federal, o qual somente deixou em aberto as transgressões disciplinares puníveis com pena de repreensão. Esse regime tipifica, de forma quase exaustiva, as infrações disciplinares nos arts. 41, 42 e 43 da Lei n.º 4.878/65 (Estatuto do Policial Federal).<sup>205</sup>

A par dos posicionamentos acima, mister frisar que a argumentação de que o ilícito disciplinar prescinde da *aferição direta da subsunção* do fato ao conceito do tipo (pois possível a ocorrência de subsunção indireta, complementável e, por consequência, ampliável ou restringível pela fundamentação do julgador), possibilita a produção, em alguns casos, de atos punitivos pautados em prescritores desprovidos de densidade mínima para certificar a justiça das decisões disciplinares. Com isso, refutamos o posicionamento assente na doutrina acerca da validade e constitucionalidade das

---

<sup>205</sup> Costa. José Armando. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 64 e 65.

“hipóteses fáticas em branco”, inclusive quando essas hipóteses derem azo a faltas puníveis com advertência, faltas leves ou, conforme classificação proposta neste trabalho, *faltas de menor potencial ofensivo à Administração Pública e a seus fins*.

À vista do explanado, no que tange ao direito processual, no caso do presente estudo o disciplinar, e em se tratando de tipificações indeterminadas, verifica-se afetação do direito material no direito instrumental, ante a idéia de “mútua complementariedade funcional”<sup>206</sup> - teoria transportada do direito penal e processual penal - entre o direito material e o direito processual disciplinar.

Entendemos que o direito material disciplinar produz reflexos na seara processual e suas atecnias são capazes de produzir ofensas, por intermédio do instrumento, o processo, ao direito do servidor administrado, acusado em sede disciplinar, ferindo, dessarte, o princípio da justiça do direito, a ponto de tornar inconstitucional o ato punitivo pautado em padrões fluidos, quando tipificadores de condutas ilícitas, por não atender ao *due process of law* em seu caráter substantivo, material.

Há (i) ausência de efetividade do processo, ou a consideremos, como assente na melhor doutrina<sup>207</sup>, (ii) presença de *efetividade negativa*, que, *in casu*, pode servir de meio, de instrumento, para a produção de atos punitivos injustos, pautados em normas de direito material e de direito processual supostamente legais, uma vez que formalmente constitucionais e detentoras, malgrado, de eficácia e aplicabilidade, porém desprovidas da clareza necessária à certeza jurídica requerida pela nossa Constituição Federal, consubstanciando normas materialmente inconstitucionais.

---

<sup>206</sup> Conforme Filho, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, 2.<sup>a</sup> Edição, p. 37 - “é esta a perspectiva de FIGUEIREDO DIAS sobre Direito Penal e Processual Penal emprestada aqui para o Direito Administrativo Disciplinar. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. v. I. p. 23-28.”

<sup>207</sup> Por todos: Arruda Alvim, *op. cit.*

Conforme preceitua Alexandre Freitas Câmara, “devido processo legal é a garantia do processo justo. E processo justo é aquele capaz de produzir resultados justos (ou seja, é o processo efetivo)”.<sup>208</sup>

Se o direito processual disciplinar, com a motivação do ato punitivo, tem a missão de complementar o tipo material fluido, ambos, direito processual e direito material disciplinar, são ofensores, sob esse aspecto, de direitos fundamentais constitucionalmente qualificados, uma vez que não alcançam os fins a que se destinam: a aplicação do direito ao caso concreto de forma certa e justa, em sede de função administrativa, uma vez que a decisão fundamentada de aplicação de sanção pautada em tipos indeterminados pode, conforme já afirmado em linhas acima, produzir resultados distintos, para casos que requerem tratamento objetivamente igualitário.

Assim, afere-se ainda a necessidade de direito material e processual estarem em harmonia para a persecução do escopo social, que em sede de Administração Pública pode ser entendido como a finalidade pública, o bem comum da comunidade administrada.

Defendendo a interdependência entre direito e processo, porém partindo da óptica inversa, qual seja, a necessidade de o instrumento, processo, para a efetividade da tutela, ser adequado ao objeto, são os argumentos do mestre José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que

todas as definições e conceitos levam em conta elementos inerentes à relação de direito substancial. Também vários dos temas ligados a cada um desses institutos fundamentais têm grande nexos com a situação material. Na verdade, o direito substancial constitui elemento integrante de todo o direito processual, pois é parâmetro para o exercício da ação e da jurisdição.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9.<sup>a</sup> ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 195.

<sup>209</sup> Bedaque, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 65.

Com argumento de autoridade, facilmente se pode constatar a interdependência entre direito material e processual disciplinar, concluindo-se que as atecnias tanto de um como de outro, direito ou processo, podem comprometer os escopos político, social e jurídico, face ao impedimento da efetividade do direito como um todo.

Não menos importantes são as ponderações de Romeu Felipe Bacellar Filho, ao abordar a necessidade de submissão - por óbvio como de todo o ordenamento infraconstitucional - do direito administrativo sancionador (no ato de enunciar o comando normativo) aos direitos garantistas constitucionais, ensinando que

o legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo. A discricionariedade permanece íntegra somente na área não coberta pela garantia constitucional. A disciplina legal, além de significar forma institucional de resolução de conflitos, deve, antes de tudo, realizar os princípios constitucionais. Concorde-se com José Alfredo de OLIVEIRA BARACHO: a conceituação constitucional de garantia deve ser examinada ao lado dos grandes princípios constitucionais do processo. A Constituição, entretanto, não visa esgotar o tratamento do processo administrativo, e sim disciplinar condições mínimas de legalidade e de seriedade. Na medida em que o sistema constitucional é aberto, o campo de regulamentação potencial é relevante. Em outras palavras: a disciplina processual constitucional não se reduz a uma *'mera cinstituzionalizzazione formale di principi processuali preesistenti'*. O processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição) mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional. Com efeito, o art. 5.º § 2.º, da Constituição Federal funciona como verdadeira cláusula de abertura porque reconhece, ao lado dos direitos fundamentais expressos, direitos implícitos que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Afinal, como acentua José Adércio LEITE SAMPAIO, 'os direitos e garantias e garantias fundamentais apresentam um conteúdo aberto à ampliação e projetado para o futuro. Não há uma tutela ou garantia *numerus clausus* de direitos fundamentais, porque não há *numerus clausurus* dos perigos.<sup>210</sup>

No mesmo sentido, porém sob a óptica do devido processo legal substantivo, aplicado ao instrumento de exercício da jurisdição, é a lição de Luiz Flávio Gomes, declinando a

---

<sup>210</sup> Filho, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, 2.ª Edição, p. 63-64.

interferência do legislador ao positivizar normas procedimentais, taxando formalmente com o rótulo de “legal”, comandos desprovidos de justiça, afirmando que

não basta limitar o Estado somente do ponto de vista *procedimental*, obrigando-o a respeitar o ‘processo justo’ definido em lei. Tão relevante quanto a observância das *formalidades legais devidas* é a imposição de limites à própria *criação jurídica* dessas formalidades. De nada adianta estabelecer limites formais à atuação estatal, se ela não conta com barreiras no precioso momento da *formulação* dessas mesmas regras jurídicas, primordialmente as que se destinam a restringir a liberdade das pessoas. Justo ou devido, portanto, deve ser não só o *processo*, senão também o próprio *procedimento de elaboração da lei* [ou de qualquer outro ato normativo], seja no aspecto formal, seja no substancial (material), porque o legislador não pode transformar em ‘processo devido’ o que é, por natureza, arbitrário, desproporcional, indevido. (...) Toda pessoa tem o direito de reivindicar não somente que qualquer restrição a sua liberdade ou propriedade ocorra rigorosamente consoante os *ditames legais (judicial process)*, senão sobretudo que o legislador observe o valor de *justiça* também no momento da construção dessas normas [ou dos seus atos], de tal modo a impedir-lhe que crie um arbitrário e injusto conjunto normativo (*substantive process*). (...) O significado essencial do *substantive process of law* (aspecto material) previsto no art. 5.º da Cf consiste em que todos os atos públicos devem ser regidos pela razoabilidade e proporcionalidade, incluindo-se primordialmente a lei [ou qualquer outro ato emanado do poder legislativo], que não pode limitar ou privar o indivíduo dos seus direitos fundamentais sem que haja motivo justo, sem que exista razão substancial.<sup>211</sup>

Conclui-se, portanto, com amparo nos argumentos já explanados, que a existência de padrões de incidência fluidos<sup>212</sup> nos estatutos disciplinares a “tipificarem” ilícitos afronta o princípio da segurança jurídica e da justiça das decisões disciplinares e, por conseqüência, ao devido processo legal material, pois dão margem a eventuais produções punitivas distintas para casos similares ou punições similares para casos distintos o quê, destarte, fere também, como se vê, o princípio da igualdade.

<sup>211</sup> Gomes, Luiz Flávio. *Juizados Criminais Federais, Seus Reflexos nos Juizados Estaduais e Outros Estudos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 133-135.

<sup>212</sup> Expressão utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (Discricionariedade e Controle jurisdicional, p. 18/19) que ensina que “a discricionariedade pode decorrer: 1) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descreve-la.”

Nesse sentido, pontuando a importância dos princípios e institutos acima mencionados, é a elucidativa lição de Heleno Taveira Tôrres, para quem

a segurança jurídica seria o que se pode chamar de um direito a um direito seguro, na feliz expressão de César García Novoa, exaltado como princípio constitucional, a informar o conteúdo e aplicação das leis de um ordenamento, como uma forma de 'segurança através do direito'. E um direito será definido como 'seguro' quando dele possa decorrer previsibilidade, pela certeza, previsibilidade, legalidade, respeito à hierarquia normativa e publicidade, e quando fique garantida a isonomia, a irretroatividade do não favorável, e a interdição da arbitrariedade. Com isso, figuram como inteiramente incompatíveis atuações discricionárias da Administração, bem como o uso de conceitos indeterminados.<sup>213</sup> (sem grifos no original)

Na mesma vertente é o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, para quem

o princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as conseqüências dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador.<sup>214</sup>

No que diz respeito à motivação integrante do preceito indeterminado, com propriedade ensina Sonia Maria de Pinho Godoy, *in verbis*:

há a necessidade de buscar o alcance da norma, o sentido e até onde vai o conceito; na interpretação o administrador usará os princípios de Direito, possibilitando; assim; a posterior subsunção, porque a Administração deverá sempre estar decidindo de acordo com a lei. A Prof.<sup>a</sup> Lucia Valle Figueiredo mostra que na própria Constituição não há distinção entre atos vinculados e discricionários mostra que conceitos plurissignificativos existem no Direito Civil, cabendo ao judiciário interpretar e determinar o significado, trazer para o campo da certeza o que está causando incertezas, exatamente pelo número maior de significados; quando o mesmo acontece com a Administração, caberá a interpretação para trazer o caso concreto ao terreno da certeza. A

---

<sup>213</sup> Tôrres, Heleno Taveira. *Limites do Planejamento Tributário e a Norma Brasileira Anti-Simulação. Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 133.

<sup>214</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 39-40.

interpretação deverá ser feita dentro da razoabilidade, o administrador usará os princípios do ordenamento que possibilitem a subsunção.<sup>215</sup>

Com bem ensina Lourival Vilanova, esclarecendo a importância da linguagem clara para o Direito enquanto norma de coativa de conduta, com vista à segurança jurídica das relações humanas:

sem as palavras ou sem a linguagem como expressão, seguramente as inter-relações ou interação humana não cobraria a estrutura de ordem, quer dizer, de ações uniformes e pautadas, vale dizer mesmo, de ações normadas repetidas e identificadas como as mesmas, repetição que implica atos de compreensão, de entendimento recíproco, somente com o uso dos mesmos símbolos de expressão.<sup>216</sup>

No mesmo sentido de Lourival Vilanova, é a lição de Ricardo Guibourg, ao afirmar que

la ambigüedad permite cierta economía de palabras, ya que un mismo vocablo sirve (según el contexto en que se halle) para varios significados; y la vaguedad se adapta generalmente al escaso nivel de precisión requerido por las comunicaciones de la vida cotidiana. Pero todos los rasgos señalados, que no obstan a la comunicación ordinaria (y antes bien, la facilitan), se transforman en desventajas cuando queremos elaborar un discurso riguroso (es decir, cuando buscamos una forma de expresión unívoca y precisa). Y, por cierto, cualquier avance de la ciencia nos introduce en vericuetos cada vez más complejos, lo que obliga a expresarse con el mayor rigor posible. Por esto, al lado del lenguaje natural han surgido los lenguajes artificiales.<sup>217 218</sup>

---

<sup>215</sup> Godoy, Sonia Maria de Pinho e outros. *Coordenação Lucia Valle Figueiredo. Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 171.

<sup>216</sup> Vilanova, Lourival. *Notas para um ensaio sobre a cultura. Estudos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET/AXIS MUNDI, 2003, p. 200.

<sup>217</sup> Guibourg, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993, p. 20.

<sup>218</sup> A ambigüidade permite certa economia de palavras, já que um mesmo vocábulo serve (segundo o contexto em que se fale) para vários significados; e a vaguidade se adapta geralmente ao escasso nível de precisão requerido pelas comunicações da vida cotidiana. Mas todos os traços assinalados, que não obstan à comunicação ordinária (e antes bem, a facilitam), se transformam em desvantagens quando queremos elaborar um discurso rigoroso (é dizer, quando buscamos uma forma de expressão unívoca e precisa). E, por certo, qualquer avanço da ciência nos introduz em verificações cada vez mais complexas, o que obriga a expressar-se com o maior rigor possível. Por isto, ao lado da linguagem natural, têm surgido as linguagens artificiais.

Assim, mais uma vez ministra Carlos Roberto Siqueira Castro, agora com enfoque na publicidade e determinação de comportamento propiciado pela descrição analítica de preceitos impositivos, que

é mister considerar, para concluir o aspecto ora focalizado, que a imprescindibilidade de satisfatória precisão do teor e alcance dos preceitos e sanções jurídicas impõe-se forçosamente a todo e qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente da natureza e investidura do órgão ou autoridade que o edite, aplicando-se, de conseguinte, à generalidade do sistema hierárquico das pautas de comportamento revestidas do predicativo da estatalidade. As regras de direito não de ser inteligíveis. Sem a sua devida compreensão, de acordo com os padrões comuns de entendimento do homem médio, não se pode bem cumpri-las, muito menos garantir o ideal de segurança nas relações jurídicas.<sup>219</sup>

Portanto, em sede administrativa disciplinar a norma deve ser extraída do texto legal com clareza e a complementação de preceitos indeterminados em sede processual somente é passível de deferência de validade quando alocada em terrenos outros que não o da tipificação de ilícito na seara administrativa disciplinar, pois inexoravelmente fere direitos fundamentais do administrado, por não observância dos princípios já comentados da certeza do direito, da justiça do direito, do devido processo legal substantivo e da legalidade e seus corolários, razão pela qual podemos sustentar, extreme de dúvida, que o princípio da atipicidade traz insegurança ao sistema jurídico disciplinar material, ao passo que deixa ao “livre” entender do julgador a aplicação da sanção disciplinar, para casos supostamente subsumidos aos tipos fluidos.

Essa aplicação, conforme já afirmado, requer motivação em sede processual, para demonstrar a subsunção do conceito da conduta ao tipo que, no caso, é fluido, aberto, vago, flexível.

---

<sup>219</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 226.

Acerca do tema, porém em referência ao processo administrativo *lato sensu*, ministra Celso Antônio Bandeira de Mello (após crítica à escola alemã, que sustenta a existência de vinculação administrativa nos padrões fluidos), em defesa da perfeição do ato produzido dentro do limite discricionário permitido pela lei, que

se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, *in concreto*, o direito lhe faculta. Logo não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes.<sup>220</sup>

No mesmo sentido de Celso Antônio Bandeira de Mello são os ensinamentos de Carlos Santiago Nino, ao afirmar que

se piensa que los conceptos reflejan una presunta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Esto supone que la relación entre los significados de las expresiones lingüísticas y la realidad consiste en una conexión necesaria que los hombres no pueden crear o cambiar sino sólo reconocer, detectando los aspectos esenciales de la realidad que deben, ineludiblemente, estar recogidos en nuestros conceptos. Esta concepción sostiene que hay una sola definición válida para una palabra, que esa definición se obtiene mediante intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados por la expresión, y que la tarea de definir un término es, en consecuencia, descriptiva de ciertos hechos.<sup>221 222</sup>

<sup>220</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariade e Controle Jurisdicional*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23-24.

<sup>221</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1997, p. 12.

<sup>222</sup> Se pensa que os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e que as palavras são veículos dos conceitos. Isto supõe que a relação entre os significados das expressões lingüísticas e a realidade consiste em uma conexão necessária que os homens não podem criar ou mudar senão somente reconhecer, detectando os aspectos essenciais da realidade que devem, ineludivelmente, estar recolhido em nossos conceitos. Esta concepção sustenta que há uma só definição válida para uma palavra, que esta definição se obtém mediante intuição intelectual da natureza intrínseca dos fenômenos denotados pela expressão, e que a tarefa de definir um termo é, em consequência, descritiva de certos fatos.

Não se está aqui, como já afirmado, a postular a ilegalidade das decisões em processos administrativos não disciplinares pautadas em tipos indeterminados, pois, como se afigure, a tipificação fluida, *e. g.*, encontra suporte nas doutrinas dos festejados mestres acima referidos e são imprescindíveis para a abertura constitucional em harmonia com o evoluir do corpo social; porém, para assuntos disciplinares, conforme dito, há que se limitar essa margem discricionária - mesmo em se tratando de institutos previstos em lei - com a finalidade de trazer maior segurança aos casos do jaez em comento.<sup>223</sup>

Quanto à validade de padrões fluidos, sustentamos, em sede disciplinar, a tese de que há ofensa a direitos fundamentais, *v.g.*, ao contraditório, à ampla defesa, ao princípio da legalidade e ao devido processo legal, consagrados em nossa Carta Política. Trata-se de invalidade material, pois o ordenamento disciplinar traz como vigente norma ofensiva, ainda que de forma reflexa, à Constituição da República.

Rogério Greco, discorrendo sobre a importância do princípio da legalidade (do qual se infere o da tipicidade do ilícito) num Estado Democrático de Direito, ensina, guardadas as devidas proporções entre direito penal e direito administrativo, mas inteiramente aplicável ao direito disciplinar, que

em um Estado Democrático de Direito, no qual se pretende adotar um modelo penal garantista, além da legalidade formal, deve haver, também, aquela de cunho material. Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o

---

<sup>223</sup> Não obstante, mister esclarecer que os conceitos indeterminados são bastantes úteis ao Direito como um todo, mormente no direito Constitucional, onde o Poder Constituinte, com vistas a dar maior eficácia aos seus preceitos, geralmente dotados de carga principiológica, vale-se, com frequência de padrões vagos componentes do corpo Constitucional. Com preceitua Luís Roberto Barroso em sua citada obra "interpretação e Aplicação da Constituição, p. 129: "Já se deixou consignado, anteriormente, que uma das singularidades das normas constitucionais é o seu caráter sintético, esquemático, de maior *abertura*. Disso resulta que a linguagem do texto Constitucional é mais vaga, com emprego de termos polissêmicos (tributo, servidores, isonomia) e conceitos indeterminados (assuntos de interesse local, dignidade da pessoa humana).

seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos.<sup>224</sup>

Com fundamento no ensino do referido autor<sup>225</sup>, adaptando suas lições para o ambiente administrativo disciplinar, cumpre trazer a lume as funções fundamentais do princípio da legalidade, em sede de cominação de ilícito e aplicação de penalidade:

(i) proibição da retroatividade da lei. (*nullum sanctio iuris sine lege praevia*);

(ii) proibição de criação de ilícitos administrativos e sanções pelos costumes. (*nullum sanctio iuris sine lege scripta*);

(iii) proibição do emprego da analogia para definir ilícitos administrativos e fundamentar ou agravar sanções. (*nullum sanctio iuris sine lege stricta*);

(iv) proibição de tipificações vagas e indeterminadas. (*nullum sanctio iuris sine lege certa*).

Quanto à aplicação das três primeiras funções, estas são de forma uniforme observadas pela Administração e pelo legislador infraconstitucional, independentemente de positivação explícita constitucional nesse sentido. No entanto, a última função acima mencionada vem sendo, sem qualquer fundamento, desrespeitada, em flagrante inconstitucionalidade, ofensora de direitos fundamentais.

---

<sup>224</sup> Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2002, p. 108.

<sup>225</sup> *Op. cit.*, p. 105.

Acerca do princípio do *nullum crimen sine lege certa*, princípio da taxatividade ou da tipicidade, Zenkner Schmidt acrescenta – e seus argumentos, malgrado afetos ao Direito Penal, também são perfeitamente aplicáveis às outras categorias de ilícitos, mormente os administrativos disciplinares – que

enunciado básico do positivismo jurídico, prescreve o *nullum crimen sine lege certa* que a norma penal seja delimitada quanto ao seu conteúdo e abrangência, visto que, do contrário, não será dada a possibilidade de o povo tomar conhecimento, *a priori*, do verdadeiro limite da ilicitude penal, além do que o exato alcance da proibição penal acabaria sendo delimitado pelo Poder Judiciário, no momento em que a sentença fosse proferida. Pelo respeito ao princípio da certeza do Direito, portanto, os associados podem ter do Direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as conseqüências de seu comportamento. (...) A *lex certa*, portanto, é um mecanismo de limitação de abusos não só legislativos, mas também judiciais. Com efeito, uma política criminal garantista, recomenda ao legislador que se valha, somente, de dispositivos legais taxativos, claros e delimitados, visto que a observância de tal conselho é queira garantir a integridade do princípio da separação dos poderes.<sup>226</sup>

Daí afere-se que a taxatividade tem implicações no campo da publicidade, da certeza, da segurança e, até mesmo, no que diz respeito à ordem pública, pois esta busca a imposição afirmativa ou negativa de condutas, com vista à organização do Estado. Se o Estado tem realmente o interesse de impedir condutas lesivas ao objeto material e jurídico por ele tutelado, mister prescrição clara e inteligível para se chegara tal resultado.

Nesse aspecto, após asseverar, conforme acima transcrito, com relevantes ponderações em favor da exigência de precisão dos preceitos de direito administrativo, tributário ou penal, quando tratarem de normas impositivas afirmativas ou negativas, reconhecendo natureza principiológica que classificou de “princípio da inteligibilidade da norma jurídica”, assevera Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>227</sup> que

---

<sup>226</sup> Schmidt, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 236/237.

<sup>227</sup> O autor faz os mesmos comentários, in “O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil”, p. 95: “para que o princípio da legalidade tenha plena eficácia é mister que os atos normativos de todos os níveis de governo sejam providos de perfeita clareza e precisão, a fim de

cogita-se, daí, de um consectário do princípio da legalidade que busca atender ao postulado da segurança jurídica e que exige, para a satisfação da garantia constitucional do devido processo legal, a inteligibilidade da descrição das condutas normatizadoras, reprimidas ou permitidas. A ausência de clareza das pautas comportamentais objetos dos mandamentos normativos, como ainda obscuridade e vagueza no traçado das condutas revestidas de exigibilidade jurídica conduz, ou deve conduzir, à **nulidade do tipo legal**. Ilustra essas considerações a formulação doutrinária que os autores norte americanos identificam sob a categoria *void for vagueness*, que pode bem traduzir-se pela expressão “**nulidade por vagueza**”. Essa doutrina, que constitui herança das melhores tradições do *common law* anglo-saxão, tem sua aplicação associada à cláusula *due process of law*, consoante inserta na 5.<sup>a</sup> e 14.<sup>a</sup> Emendas da Constituição dos Estados Unidos da América, cuja vocação hoje verdadeira universal é expressar as potencialidades exegéticas do legalismo contemporâneo e englobar as virtuosidades da concepção do Estado Democrático de Direito.<sup>228</sup> (sem grifos no original)

Como preleciona Rogério Greco e a necessidade de certeza do direito serve de fundamento para a defesa dessa aplicação em sede disciplinar:

a certeza da proibição somente decorre da lei. O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de uma lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma *definição precisa da conduta* proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham *conceitos vagos* ou *imprecisos*. A lei deve ser, por isso, taxativa. Exemplo de tais conceitos vagos ou imprecisos seria encontrado naqueles tipos penais que contivessem em seu preceito primário a seguinte redação: ‘São proibidas quaisquer condutas que atentem contra o interesse da pátria.’ O que isso significa realmente? Quais são essas condutas que atentam contra o interesse da pátria? O agente tem de saber exatamente qual a conduta a que está proibido de praticar, não devendo ficar, assim, nas mãos do intérprete, que dependendo do momento político pode, ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar todas as condutas que sejam de seu exclusivo interesse (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), como já aconteceu na história do direito penal no período da Alemanha nazista e da Itália fascista.<sup>229</sup>

Assim, o direito penal não se coaduna com preceitos flexíveis a tipificarem crimes ou contravenções, justamente por se consubstanciarem em ofensa à legalidade formal,

---

que os destinatários das regras jurídicas, e bem assim os seus executores em todas as instâncias da organização estatal, possam bem conhecer o sentido e o alcance de suas disposições.”

<sup>228</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 96 e 97.

<sup>229</sup> Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, pp. 105 e 106.

que tem fundamento no espectro substantivo do princípio do devido processo legal. Da mesma forma, a sanção aplicada em sede disciplinar (considerando inexistência de distinção ontológica entre os ilícitos penal e administrativo), com supedâneo no produto dessa técnica legislativa, também, pelos mesmos fundamentos, produz semelhante ofensa aos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição da República.

Como ensinam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli,

se o legislador brasileiro sancionasse uma lei que dissesse: 'São proibidas todas as condutas que afetam os interesses comuns', esta lei seria inconstitucional, porque violaria frontalmente o princípio da legalidade. Aqui seria o juiz quem realmente teria o encargo de individualizar a conduta proibida, que não lhe estaria autorizada pelo legislador.<sup>230</sup>

Se não há distinção ontológica entre os referidos ilícitos e o princípio do devido processo legal garante um processo justo aos acusados em processo penal e em processo administrativo, com vista à tutela de direitos fundamentais, a tipicidade estrita deve ser observada nos dois sistemas sancionadores, o penal e o administrativo.

Carlos Roberto Siqueira Castro ainda afirma que

as autonomias individuais e coletivas resultam implícitas na ordem jurídica, ao passo que a competência da autoridade há de resultar explícita. A grande virtude do princípio da legalidade, que desemboca na garantia do *devido processo legal*, é precisamente juridicizar de forma integral as relações entre o Estado e seus súditos, eliminando quaisquer incertezas acerca da validade das ações e omissões dos seres públicos e privados, de maneira a traçar, com um mínimo de clareza, a linha divisória entre os campos da liberdade e da sujeição aos ditames estatais.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 424.

<sup>231</sup> Castro, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 94.

Sem embargo, ainda milita em favor da necessidade de descrição minuciosa da conduta tida pelo ordenamento como disciplinarmente ilícita uma outra óptica, agora, afeta ao princípio da publicidade, que serve para o controle dos atos administrativos, permitindo aferir a existência de excesso ou desvio de poder. Assim, podemos extrair do posicionamento de Egon Bockmann Moreira, *in verbis*:

Ao início, destaque-se o sério liame que existe entre o princípio ora em exame e o processo administrativo. Na dicção de Sérgio Ferraz, a teoria do processo administrativo é 'pressuposto da existência de uma atividade administrativa transparente, onde seja possível, na verdade, detectar, com nitidez, as linhas de atuação do administrador, os seus desvios e a incidência de possíveis remédios corretivos a esses desvios.'<sup>232</sup>

A par do acima exposto, mister ainda observar que a publicidade, em sua vertente de descrição da conduta ilícita, com a correspondente cominação de pena, *in casu* a ameaça de sanção, cumprirá o papel de *coerção preventiva*, inibindo a prática de conduta publicamente tida como ilícita pelo ordenamento. Esse efeito não é alcançado pelos padrões flexíveis, ante se tratarem de conceitos vagos, indeterminados, a carecerem de construção intelectual motivadora, em complementação ao tipo e, assim, não sendo prestáveis a uma das finalidades da tipificação da ilicitude da conduta, mesmo em sede disciplinar, qual seja, a prevenção pela publicidade do fato tido como contrário ao sistema jurídico.<sup>233</sup>

Como bem assevera Hans Kelsen,

o fato externo que, de conformidade com o seu significado objetivo, constitui um fato jurídico (lícito ou ilícito), processando-se no espaço e no tempo, é, por isso mesmo, um evento sensorialmente perceptível, uma parcela da natureza, determinada, como tal, pela lei da causalidade. Simplesmente, este evento como tal, como elemento do sistema da natureza, não constitui objeto de um

---

<sup>232</sup> Moreira, Egon Bockmann. *Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 97.

<sup>233</sup> Tal técnica legislativa, conhecida em doutrina de direito penal como tipo judicial, em contraposição ao tipo legal, há muito foi abandonada nesse ramo do direito, tendo sido empregada na reforma nacional-socialista alemã e nos códigos soviéticos (Zaffaroni, *op. cit.* P. 425).

conhecimento especificamente jurídico - não é pura e simplesmente, algo jurídico. O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa.<sup>234</sup>

Os ensinamentos acima esposados estão nitidamente a declinar que, para a definição de conduta ilícita, de qualquer seara do Direito, há de haver norma positivada a emprestar significação jurídica à conduta afeta ao sistema do “dever ser”, e a definição vaga, contida nos tipos indeterminados disciplinares, não possui essa densidade mínima para externar o conteúdo da norma.

Nessa vertente, no que tange a faltas de elevado potencial ofensivo à Administração e a seus fins<sup>235</sup>, passíveis de demissão, tal aferição vem paulatinamente se impondo em decorrência de essas faltas estarem tipicamente descritas no estatuto, *ex vi* dos tipos descritos no artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, *e.g.*, o preceituado no inciso VII que, a exemplo do direito penal, em um verdadeiro tipo total de injusto<sup>236</sup>, prescreve como passível de demissão a “*ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem*”.

---

<sup>234</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 4.

<sup>235</sup> Sem embargo da classificação esposada por Cretella Júnior, *Op. Cit.*, que divide o ilícito disciplinar e administrativo em leve, médio, grave e gravíssimo, conforme a cominação ou aplicação das penas, respectivamente, de advertência ou repreensão, suspensão em até 30 dias, suspensão superior a trinta dias e demissão, cassação de aposentadoria e destituição do cargo em comissão ou da função comissionada.

<sup>236</sup> Tipo total do injusto, ou meramente injusto penal, constitui-se naquele tipo que, além de descrever os elementos do tipo - objetivo, subjetivo e normativo -, descreve, em seu próprio texto, a justificante, excludente de ilicitude, como por exemplo, um tipo que prescrevesse: “matar alguém, salvo em legítima defesa.”

Com esse exemplo se verifica a incoerência do legislador ora prescrevendo tipos vagos, completamente desprovidos de densidade mínima para a finalidade a que se destinam, e ora prescrevendo tipos ricos em elementos, a ponto de se assemelharem à técnica afeta aos injustos penais, trazendo elementos objetivos, subjetivos, normativos e excludentes de ilicitudes, no próprio tipo, molde legal.

De fato não há como se concluir que determinado servidor praticou a conduta descrita no inciso VII, do art. 132, da Lei n.º 8.112/90, se m aceitar o princípio da legalidade e, por conseqüência, o da tipicidade e, ainda, o da necessidade de subsunção do fato ao conceito do tipo, em seus elementos objetivos, subjetivos e normativos, adentrando ainda na análise da existência ou não de legítima defesa, excludente de antijuridicidade, perfazendo, assim, o caminho de análise do fato típico, e seus elementos (conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade), bem como análise da ilicitude do fato típico, verificando a existência de justificantes.

Os institutos ora em comento tornam ilegítima a tipificação fluida, correlacionada a preceito secundário descritor de sanção demissória, como, por exemplo, a possibilidade de aplicação de demissão ao servidor praticante de “falta grave” ou “conduta escandalosa na repartição pública”. O que pode ser grave ou escandaloso para um colegiado disciplinar ou uma autoridade julgadora pode não o ser para outros em outras unidades da federação ou em outros órgãos ou entidades, malgrado sujeitos ao mesmo regime jurídico e tendo praticado, os agentes acusados, exatamente os “mesmos” atos jurídicos.

À vista do explanado, seriam plenamente aplicáveis os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao esclarecer que, diante de tipos fluidos, a dar discricionariedade à

Administração, deve a autoridade competente adotar a melhor solução, sendo que, no caso concreto, somente uma é, de fato, essa melhor solução.<sup>237</sup>

Porém, em matéria disciplinar, como já amplamente ressaltado, a fluidez dos tipos depõe contra o princípio constitucional da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal substancial, pois, por mais que se percute aplicar a melhor solução para o caso concreto, outros fatores alocados fora do campo jurídico, tais como a falibilidade humana, a cultura de determinada região ou o nível de conhecimento jurídico do julgador administrativo influenciam no resultado, punição ou absolvição, em apuratório disciplinar, sem que essas variações tenham sido miradas pelo legislador.

Assim, há de se aceitar o princípio da tipicidade do ilícito administrativo disciplinar e, como consequência, o da correlação e vinculação entre o tipo e a prescrição da sanção.

Quanto à tipicidade e à referida vinculação, implicação modalizada pelo conectivo deôntico, entre preceito primário e o preceito secundário, prescritor e descritor, Romeu Felipe Bacellar Filho ministra que

na doutrina espanhola, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás RAMON FERNANDEZ incluem a tipicidade entre os princípios do direito administrativo sancionatório, a exigir a **descrição legal** de uma conduta específica **conectada** a uma sanção administrativa (...) <sup>238</sup> (sem grifos no original)

Com fundamento no acima exposto, não se pode, por exemplo, determinar descontos na remuneração ou proceder à remoção de servidor, por se ter constatado, em regular processo disciplinar, a ineficiência no serviço ou a desídia. Para essa incidência, faz-se

---

<sup>237</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.<sup>a</sup> Edição São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>238</sup> Filho, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, 2.<sup>a</sup> Edição, p. 178.

mister a existência de um determinado prescritor, no caso, um tipo legal proibitivo, relacionado a esse descritor – sanção cominada.

Não obstante a necessidade de tipicidade conectada à descrição da pena, em posicionamento diametralmente oposto ao comentar o direito positivo, são os ensinamentos do douto jurista José dos Santos Carvalho Filho, para quem

o sistema punitivo na esfera administrativa é bem diferente do que existe no plano criminal. Neste, as condutas são tipificadas, de modo que a lei cominará uma sanção específica para a conduta que a ela estiver vinculada. Assim, o crime de lesões corporais simples enseja uma sanção específica: a de detenção de três meses a um ano (art. 129, CP). Na esfera administrativa, o regime é diverso, pois que as condutas não têm a precisa definição que ocorre no campo penal, como bem adverte MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Os estatutos funcionais apresentam um elenco de deveres e vedações para os servidores, e o ilícito administrativo vai configurar-se exatamente quando tais deveres e vedações são inobservados. Além do mais, os estatutos relacionam as penalidades administrativas, sem, contudo, fixar qualquer elo de ligação *a priori* com a conduta.<sup>239</sup>

Nessa seara, há como ponto controvertido a aplicabilidade do princípio da tipicidade da falta disciplinar e o da correlação entre preceito e ameaça de sanção (princípio do modal deôntico), pois, como se vê, parte autorizada da doutrina e da jurisprudência (mais adiante tratado) vem relegando ao direito disciplinar mérito de segundo plano, não devotando aos seus institutos a devida atenção em harmonia com a moderna construção doutrinária acerca dos direitos e garantias fundamentais, tornando extremamente vulnerável, por via reflexa, por exemplo, o instituto da estabilidade, que pode ser ofendido com condutas “legais”.

Há, considerando o direito positivado, choque de interesses, ordenamentos jurídicos em conflito, ao passo que o regime jurídico transmite a falsa sensação de cumprimento dos

---

<sup>239</sup> Filho, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 611.

princípios constitucionalmente qualificados da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da garantia da estabilidade.

O citado princípio do modal deôntico infirma o difundido - inclusive em jurisprudência dos tribunais pátrios - princípio da atipicidade, consistente na tese de que o ilícito disciplinar prescinde de descrição típica legal, podendo ser caracterizado por preceitos fluidos, os quais dão margem discricionária à autoridade julgadora, para que esta possa entender violado o preceito primário (tipo) e consubstanciado o ilícito, independentemente de “perfeita subsunção”.

Expressamo-nos assim, “perfeita subsunção” (pleonasma vicioso), com o intuito de demonstrar que não há que se falar em tipos vagos, fluidos, definidores de condutas ilícitas disciplinares que atendam à finalidade do ordenamento, quanto à garantia de um processo justo, como meio de justa sanção, sem que o direito material disciplinar também assim o seja. Ou há subsunção ou não há, não se podendo falar em subsunção imperfeita (dependente de complementação do tipo pela fundamentação do julgador do processo administrativo, exemplo de tipicidade similar à efetivada nos tipos judiciais<sup>240</sup>, refutada pela doutrina de direito penal)<sup>241</sup>, pois esta estaria no campo de

---

<sup>240</sup> Em comentário à primeira concepção acerca do princípio da legalidade administrativa, afirma Odete Medauar, *in* “O direito administrativo em evolução”, p. 144, que “para a Administração, o princípio da legalidade traduz-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado expressava a relação entre poder Legislativo e Poder Executivo, com a supremacia do primeiro. No âmbito das atuações exprimia a relação entre a lei e ato administrativo, com supremacia da primeira. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era obedecer à lei, não à vontade instável da autoridade.

<sup>241</sup> Entenda-se por tipicidade imperfeita a subsunção efetivada por intermédio de tipos judiciais (complementação do tipo vago pelo juiz ou pelo julgador administrativo), conforme ensinamentos de Zaffaroni, *op. cit.* P. 423 e 424, quando assevera que “o princípio da legalidade tem uma de suas mais importantes aplicações na teoria da tipicidade. Em qualquer sistema jurídico civilizado do mundo contemporâneo, os tipos são legais, isto é, somente o legislador pode criar, suprimir ou modificar os tipos penais. Este é o sistema de *tipos legais*, do qual, naturalmente, participa nossa ordem jurídica. Em outros sistemas, em que se admite a analogia, é o juiz que está facultado para criar os tipos penais.”. Eis, assim, com a faculdade de criação pelo juiz de tipos penais por meio da fundamentação sobre a existência de tipicidade nos tipos vagos, o sistema do *tipo judicial*, onde o julgador, nos moldes da tipicidade disciplinar, complementa o tipo vago, dizendo se o fato se subsume ou não ao tipo vago, impreciso, indeterminado.

atipicidade da conduta. Não há que se falar ainda - no que tange à segurança jurídica - em direito material disciplinar, *in casu* a tipicidade disciplinar, complementável por motivação em sede processual disciplinar, a declinar os móveis que levaram a autoridade julgadora a aplicar determinada sanção à conduta (juízo de tipicidade aos moldes do ultrapassado tipo judicial em direito penal), em tese, subsumida a um tipo fluido “prescritor” de ilícito administrativo disciplinar. Esta seria a subsunção imperfeita a declinar a atipicidade comentada.

Nesse ponto, elucidativa é a lição de Tárek Moysés Moussallem, ao dissertar sobre os níveis de linguagem, distinguindo a linguagem vulgar da linguagem científica, no que concerne ao conhecimento científico, metalingagem da linguagem prescritiva imanente do direito positivo – mas inteiramente aplicável às produções normativas de direito disciplinar -, asseverando que

o conhecimento comum é traduzido na linguagem ordinária empregada no cotidiano das pessoas. É o saber do leigo, no mais das vezes despojado de rigor terminológico. O conhecimento científico, pelo contrário, pressupõe linguagem rigorosa. Aqui, deve o cientista fazer ingente esforço para se livrar das falácias da ambigüidade e da vaguidade de signos (vícios constantes no conhecimento vulgar), com o objetivo de outorgar maior precisão ao discurso científico.<sup>242</sup>

O referido professor faz menção à necessidade de rigor lingüístico na Ciência do Direito para que, de fato, produza-se ciência. No entanto, não menos importante faz-se o mínimo de rigor lingüístico também na linguagem técnica do direito positivo, mormente se estar lidando com espécies de direitos e garantias fundamentais, no caso, aplicáveis a servidores públicos.

---

Assim, considerando que a subsunção do fato ao tipo e sinônimo de tipicidade, verifica-se a subsunção legal e a subsunção judicial, ambas distintas de subsunção ideal, conforme Zaffaroni, *op.cit.* p. 423 e 424.

<sup>242</sup> Moussallem, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 30 e 31.

José Armando da Costa, ressaltando a rígida relação entre preceito primário e preceito secundário, vinculação entre prescritor e descrição da sanção e, concluímos, necessidade de acatamento do princípio da tipicidade, ministra que

no ordenamento jurídico deste país, a única fenda que encontramos de que a pena de demissão não poderá ser alterada pela de suspensão é na Lei Orgânica do Ministério Público Federal (Lei Complementar n.º 75, de 20.05.93). No contornamento do regime disciplinar dessa categoria funcional específica, a pena de demissão por lesões aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, poderá ser convertida em multa, desde que tal improbidade, havendo sido perpetrada por um dos componentes do Ministério Público Federal, seja, a critério do Procurador-Geral da República, de pequena gravidade ou sejam de pequena monta os danos causados ao erário (art. 239, § 5.º).<sup>243</sup>

E continua o ilustre mestre, afirmando que

o Direito Administrativo confere aos hierarcas da Administração certa dose de atribuição discricionária (não confundir com arbitrariedade) no que alude à definição dos motivos ensejadores de certas punições e ao quantitativo da pena de suspensão, já o mesmo não ocorre quanto à natureza da pena a ser imposta, que é totalmente vinculada. Vale dizer que não pode a Administração inflingir pena que não esteja expressamente prevista na lei ou no regulamento. Não é legal, por exemplo impor ao servidor faltoso o cumprimento forçado de tantas horas de serviço noturno no plantão, como tem ocorrido em certas administrações equivocadas e arbitrárias.<sup>244</sup>

Quanto à motivação do ato punitivo, esta é necessária, imprescindível, sob pena de nulidade, mas não pode ser tida como instituto exigido para a complementação do tipo disciplinar. Com efeito, verifica-se na motivação requisito de validade do ato administrativo punitivo, não servindo para desencadear o efeito de suprir a omissão legislativa nos tipos disciplinares fluidos.

---

<sup>243</sup> Costa, José Armando da. *Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar*. 3.ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 243-244.

<sup>244</sup> *Idem*, p. 242.

Assim, com os fundamentos já explanados, filiamo-nos aos ensinamentos do douto jurista Romeu Felipe Barcellar Filho que, em sua excelente obra “Processo Administrativo Disciplinar”, defende a necessária existência de correlação entre preceito primário e preceito secundário e, por conseqüência, aceita a aplicação do princípio da tipicidade para a definição do ilícito administrativo disciplinar, *in verbis*:

cite-se pela precisão, a lição de Antônio FRANCISCO DE SOUZA: ‘Marcello CAETANO sustentava que ‘ao contrário do que sucede no direito criminal, na lei disciplinar não se estabelece a correspondência rígida de certas sanções para cada tipo de infração, deixando-se a que haja de decidir um amplo poder discricionário para punir as infrações verificadas.’ Ora, salvo o devido respeito que o grande administrativista nos merece, estamos em frontal desacordo com a sua posição. Por um lado, quanto a nós, a primeira afirmação não corresponde à verdade; por outro, a segunda afirmação não tem cabimento, num Estado de Direito Democrático. Punir só pode significar, no Estado de Direito Democrático, aplicar a pena correspondente à infração, tanto no direito disciplinar como no direito criminal’. Sousa, ap. cit, p. 217.<sup>245 246</sup>

<sup>245</sup> Filho, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, 2.<sup>a</sup> Edição, p. 36.

<sup>246</sup> Pela importância de suas considerações, permitimo-nos transcrever relevantes ponderações contidas na obra do jurista acima citado, pp. 173 a 175, *in verbis*: “Em tema de competência disciplinar, os diversos Estatutos dos Servidores Público apresentam um rol de condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos. Nesse sentido, cabe citar alguns dispositivos da Lei n.º 8.112/90: ‘insubordinação grave ao serviço’ (art. 132, inc. IV), ‘incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição’ (art. 132, inc. V), ‘corrupção’ (art. 132, inc. XI), dever de ‘exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo’ (art. 116, inc. I). Como qualificar escândalo, zelo ou dedicação? A abertura legislativa está presente não somente na definição da conduta ilícita, mas também na aplicação da sanção, como exemplifica o art. 128 – ‘Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais’; o § 2.º do art. 130 – ‘Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço’. Como ponderar os elementos natureza/gravidade/dano/agravantes/atenuantes? Como identificar conveniência ou inconveniência?

Em face da abertura legal (por meio de utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador), o processo administrativo disciplinar (e o procedimento) fornecem aportes para o responsável e coerente exercício da competência disciplinar. São instrumentos aptos a atenuar *a outra face do princípio da legalidade*. A Constituição de 1988 não se compatibiliza com afirmação do tipo ‘no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção, que é renunciável pela Administração, possibilidade inconcebíveis em Direito Penal’. Afinal, o princípio da reserva legal absoluta em matéria penal (5.º, XXXIX, da Constituição Federal) – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – estende-se ao direito administrativo sancionador. Para Eduardo ROCHA DIAS, ‘o princípio da tipicidade (*lex certa*), em sentido positivo, significa que a previsão normativa das sanções e infrações deve assumir um grau mínimo de precisão de modo a permitir aos interessados mensurar o tipo de comportamentos sancionáveis e as punições a que estão sujeitos. Em sentido negativo, significa a proibição de normas incriminadoras em branco. Lembre-se, porém, que exigir uma precisão absoluta constitui um desígnio irrealista, bastando, porém, verificar se é possível estabelecer com certeza um nexo

À vista de tais ponderações, verificamos que os princípios e institutos garantistas de direito penal são plenamente aplicáveis ao direito disciplinar, razão pela qual volvemos atenção a tema por demais importante e que não vem sendo devidamente abordado em sede doutrinária, o qual diz respeito à necessidade de direta subsunção do conceito da conduta praticada pelo servidor e o conceito da conduta tida como ilícita prevista em lei e, com efeito, o sopesamento - como requisito dessa subsunção, para aplicação da penalidade - da intenção, direta ou indireta, do agente servidor público, ao infringir proibição legal, concernente às normas afetas a deveres e proibições.

Assim, para se admitir a necessidade de tal análise acerca do dolo e da culpa, há que se aceitar o princípio da tipicidade do ilícito disciplinar, para as faltas gravíssimas ou graves ou de elevado e médio potencial ofensivo, quais sejam, as que requerem a instauração de processo administrativo disciplinar para a aplicação da pena, *ex vi legis* as suspensões acima de 30 dias, a demissão, a cassação da aposentadoria e a destituição da função comissionada ou do cargo em comissão; em como, pelos mesmos fundamentos, para as faltas de menor potencial ofensivo à Administração e a seus fins.

Destarte, verifica-se o dever de se analisar e considerar o dolo e a culpa *stricto sensu*, nos tipos disciplinares graves, médios ou leves, para a necessária subsunção e conseqüente punição do servidor público. Sem essa análise, o ato final do apuratório disciplinar será eivado de nulidade, ante a ausência de tipicidade.

---

entre a conduta descrita e a punição aplicável'. (...) Para Marçal JUSTEN FILHO, a compreensão segundo a qual a competência punitiva é discricionária mostra-se incompatível com o Estado democrático de Direito. Afinal, 'não se admite, numa democracia, que o Estado receba competência para impor punições àqueles que 'agirem mal' ou 'descumprirem seus deveres'. Essas cláusulas genéricas retratam poderes não delimitados, que põem em risco valores constitucionalmente tutelados'. (...) Na doutrina espanhola, Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás RAMON FERNANDEZ incluem a tipicidade entre os princípios do direito administrativo sancionatório, a exigir descrição legal de uma conduta específica conectada a um sanção administrativa e a vedar (i) cláusulas gerais ou indeterminadas de infração administrativa e (ii) aplicação analógica de normas definidoras de infrações ou sanções".

Paulatinamente e de forma tímida, em alguns casos de forma reflexa, os Tribunais pátrios vêm mudando o posicionamento, para dar relevância à tipicidade e aos elementos subjetivos do ilícito disciplinar, conforme se infere dos julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, abaixo copilados, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - DEMISSÃO - DESÍDIA – VIA MANDAMENTAL ESCORREITA - DECADÊNCIA AFASTADA - VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO NÃO CARACTERIZADOS - JULGAMENTO DE ACORDO COM A PROVA DOS AUTOS - SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

3 - A via do mandado de segurança não se presta à análise das provas, que somente é possível na via ordinária, onde poderão ser produzidas provas periciais e testemunhais. O presente remédio constitucional é impróprio para tal verificação. **Sendo assim, não compete a este Colegiado a valoração das faltas imputadas à impetrante, se insignificantes, se agiu com dolo ou culpa**, se foi correta a interpretação na análise das aposentadorias rurais, se submetida à sobrecarga de trabalho, se insuficiente a quantidade de servidores, enfim, se a mesma se comportou de forma desidiosa, **sendo, tal exame, de competência exclusiva da Comissão Processante que conduziu o Processo Administrativo**. Precedentes (MS nºs 9.116/DF e 7.413/DF).

4 - Conforme entendimento desta Corte, o controle jurisdicional dos feitos administrativos restringe-se à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem examinar o mérito do ato administrativo (cf. MS nº 6.861/DF, 6.911/DF, 7.074/DF entre outros).

(...)

6 - Igualmente, não prospera a alegação de que a pena aplicada foi desproporcional face à conduta sem importância e nenhuma consequência prática, tendo em vista a quantidade de benefícios irregulares concedidos pela impetrante, devidamente relacionados, sem mencionar os prejuízos causados aos cofres da Previdência. Ainda que a Comissão Processante haja sugerido a pena de suspensão, à conduta da impetrante, **devidamente tipificada, incide a imposição legal da demissão**. Não há, portanto, que se falar em pena injusta, ilegal, imoral ou com desvio de finalidade. Impossível o abrandamento da pena aplicada, tendo em vista o disposto nos artigos 117, inc. XV e 132, inc. XIII, ambos da Lei 8.112/90. Precedente (MS 7.376/DF). Correto o ato demissório. (sem grifos no original)

Consoante os itens 3 e 4 do ementário acima transcrito, não compete ao poder judiciário adentrar ao mérito do ato administrativo – ressalvas a julgados baseados no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que permitem a análise meritória dos atos administrativos (com base na legalidade da razoável conduta administrativa) - e, com efeito, a análise da insignificância do dano causado pelo ilícito e do elemento

subjetivo contido na conduta do servidor faltoso fica a cargo da comissão de processo administrativo disciplinar.

Ainda no E. Superior Tribunal de Justiça, verifica-se a análise, pelo Colegiado, acerca do elemento subjetivo na conduta do servidor, supostamente infrator do tipo plasmado no art. 132, VII, da Lei n.º 8.112/90, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. INFRAÇÃO FUNCIONAL. **CONDUTA CULPOSA**. DEMISSÃO (LEI Nº 8.112/90, ART. 132, VII). ILEGALIDADE. DISSENSO ENTRE A PENA SUGERIDA E A PENA IMPOSTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

- Em sede de processo administrativo instaurado para apurar infração funcional consubstanciada em **conduta de natureza culposa**, é inaplicável a regra do art. 132, VII, do Estatuto (Lei nº 8.112/90), sendo descabida a pena de demissão.

- Segundo a regra do art. 168, do Estatuto, somente é cabível a discrepância entre a penalidade sugerida pela Comissão de Inquérito e a imposta pela autoridade julgadora quando contrária à prova dos autos, demonstrada em decisão fundamentada.

- Segurança concedida." (sem grifos no original)

Os verbetes e ementas acima transcritos corroboram o preceituado pelo professor Sebastião José Lessa, ao ensinar que

o direito disciplinar, como já dito, não é infenso à analogia penal, ainda mais quando se cogita de pena de natureza grave, conforme se vê do entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, manifestado no RE78.917 (RTJ 71/284): 'O direito disciplinar não é infenso à analogia penal, ao que ensina Themístocles B. Cavalcanti nos casos das penas puramente administrativas, os mesmos princípios podem também ser aplicados por analogia (Direito e Processo Disciplinar, p. 179)'. Então vigoram no âmbito administrativo os mesmos princípios observados na esfera processual penal.<sup>247</sup>

O ilustre administrativista defende, como se verifica, a aplicação da analogia, trazendo para o Direito Disciplinar normas de Direito Processual Penal. Não obstante,

---

<sup>247</sup> Lessa, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância de Acordo com as Leis 8.112/90, 8.429/92 e 9.784/99*. 3.ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 113;

sustentamos não a analogia do Direito Penal para o Direito Administrativo, mas sim a imposição, por força normativa dos princípios constitucionais de garantia, da aplicação de tais princípios ao Direito Sancionador Estatutário.

### **3.4 – ALGUNS EFEITOS JURÍDICOS CONTROVERTIDOS, DECORRENTES DA ACEITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DO TIPO DISCIPLINAR**

#### **3.4.1. Tipos disciplinares abertos, pena de demissão como pena máxima aplicável e sua relação com o modal deôntico neutro**

O conceito de tipo aberto foi acima explanado, demonstrando as suas impropriedades, para as faltas de elevado, de médio e de menor potencial ofensivo à Administração e a seus fins, face à ausência de signos, significados e significações.

Sem embargo, importantes ponderações ainda merecem ser acrescentadas ao se analisar a tese de que a pena de demissão, com o sopesamento de circunstâncias atenuantes ou agravantes, pode ser atenuada para uma pena de advertência, ou vice versa (pena demissão como pena máxima ), à luz da impossibilidade de existência de modal-deôntico neutro.

Como bem aponta Paulo de Barros Carvalho:

Adverte muito bem Lourival Vilanova que na linguagem falada e escrita do direito positivo não nos deparamos com o 'dever-ser' com a função sintática de modal-deôntico neutro. 'Generalizando, obtenho o conceito de 'dever-ser': ultrapassando a linguagem da Teoria Geral do Direito para ingressar na linguagem formal da lógica.<sup>248</sup>

Ora, se aceitássemos a possibilidade de se atenuar a sanção de uma falta punível com demissão, a ponto de se aplicar uma de advertência, referente ainda a um tipo flexível, aberto, estaríamos aceitando a validade de um modal-deôntico neutro, representativo de uma norma jurídica. Fato inadmissível, ante sua impossibilidade lógica.

Em outras palavras, se com base em um tipo aberto, desprovido de signos que se refiram analiticamente a determinados significado e significação, pudermos, com suporte em circunstâncias atenuantes legalmente instituídas, comutar a sanção de demissão para uma de advertência ou mesmo para a absolvição do servidor acusado de ilícito administrativo, estaremos negando normatividade ao tipo aberto, ante se tratar de aplicação de um modal-deôntico neutro. Aqui, teríamos, além da já apontada inconstitucionalidade dos tipos abertos, a sua inexistência conquanto norma jurídica.

Assim, ensina Hans Kelsen que

uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por este processo – pelo processo conforme a norma fundamental – e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação com uma norma que o estatua.<sup>249</sup>

Desta feita, conclui-se que os tipos disciplinares devem ser analíticos e se ligarem a sanções definidas, para terem carga normativa, pois

---

<sup>248</sup> Carvalho, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

<sup>249</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 56.

o 'dever-ser' exprime sempre conceitos relacionais. Assim, para que nos aproximemos mais desse operador responsável pela síntese fundamental do próprio domínio jurídico, sirvamo-nos novamente da lição do Prof. Vilanova: *Em rigor, o 'dever-ser' é expressão sintática, é uma partícula operatória que se encontra nas estruturas dos enunciados normativos, participando na sua lei de composição interna. Como partícula, carece de significação per se, não é por-si-só bastante para conduzir a uma expressão completa.* Por isso mesmo, o que está ao nosso alcance é a regra de uso dessa expressão sintática, movendo-se na articulação interna dos enunciados deônticos e, convém insistir, também no interior do enunciado que cumpre a função apódose ou conseqüente.<sup>250</sup>

Em resumo, a possibilidade de um tipo aberto relacionado à ameaça de sanção variável de demissão à absolvição seria nada imputar (tipo vago) ao servidor público, sob ameaça de nada aplicar, variável à pena capital no serviço público, demissão.

### **3.4.2. Conceito analítico tripartite e proposta de diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo disciplinar**

A definição de crime mais aceita na atualidade é obtida por intermédio da teoria da estratificação, onde o interprete analisa o fato em etapas separadas, a partir do fato típico e seus elementos e, posteriormente, aferindo-se os elementos da ilicitude e da culpabilidade desse mesmo fato, consubstanciando-se em três fases distintas de análise. Daí também a referida teoria ser denominada de teoria tripartite do conceito de crime.

Destarte, para se chegar à conclusão de ocorrência de um crime, tem-se que constatar a ocorrência de um fato típico, ilícito e culpável.

---

<sup>250</sup> Carvalho, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29/30.

A análise acima referida é feita na ordem em que se apresenta, ou seja, primeiro se afere se o fato sob análise é típico, com a constatação de todos os seus elementos (conduta, resultado, nexos causal entre a conduta e o resultado e tipicidade), depois se é ilícito, contrário ao ordenamento jurídico, e, por fim, se é culpável, imputável subjetivamente a alguém. Essa é a definição estratificada ou analítica tripartida de crime.

Assim, Rogério Greco, citando Assis Toledo, ensina acerca do conceito analítico de crime que

substancialmente, o crime é fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penal) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade) O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.<sup>251</sup>

Pelo exposto no decorrer deste estudo, a aferição dos elementos do fato típico, em especial a tipicidade legal<sup>252</sup> - com a constatação da subsunção do fato ao conceito da norma extraída de preceito analítico e taxativo - é requisito indispensável à garantia de uma produção de ato administrativo punitivo justo, em harmonia com os princípios informativos da certeza e da justiça do direito, sem embargo da necessária aferição da ilicitude e da culpabilidade.

Com isso, podemos concluir, a exemplo do Direito Penal e com fundamento no conceito estratificado, tripartite e analítico, esposado pela melhor doutrina desse ramo do direito

---

<sup>251</sup> Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 152.

<sup>252</sup> Aqui, ainda, empregada nos ensinamentos de Zaffaroni, *op. cit.* e em contraposição ao tipo judicial.

público<sup>253</sup>, que a definição do conceito de ilícito administrativo / disciplinar também é obtida pela aferição do fato típico, ilícito e culpável, porém com aquele, ilícito penal, por óbvio, não se confundindo, malgrado ausência de distinção ontológica entre eles.

Aceita a aplicação da teoria do delito aos referidos ilícitos administrativos e em análise aos diplomas postos em nosso sistema jurídico, chegamos à conclusão de que a diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito do regime jurídico-administrativo opera-se apenas no plano formal, da *enunciação-enunciada*, onde constatamos que ilícito penal e ilícito administrativo são aqueles fatos típicos, e culpáveis, apontados pela lei.<sup>254</sup>

A definição de crime pelo conceito analítico é eficaz ao desenvolvimento intrínseco da teoria do delito e coerência interna do Direito Penal, porém, não servindo para a distinção ora pretendida – entre ilícito penal e ilícito administrativo.

Com suporte no conceito formal de ilícito, este sim, externo a ambos os ramos do Direito, devem-se, para a distinção, em primeiro lugar, considerar os diplomas normativos em que são positivados os tipos proibitivos de cada ramo do direito, aspecto ou conceito formal, entendendo como ilícito penal os tipos prescritores e descritores elencados em normas de direito penal, *v. g.*, o Decreto-Lei n.º 2.848/40, Código Penal Brasileiro, a Lei n.º 8.137/90, a Lei n.º 9.605/98, a Lei n.º 11.343/2006, etc, e como infração administrativa disciplinar os tipos prescritores e descritores plasmados nos estatutos disciplinares dos servidores públicos, *v. g.*, os tipos descritos na Lei n.º 4.878/65, na Lei n.º 8.112/90, etc.

---

<sup>253</sup> Por todos: Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*

<sup>254</sup> A definição de crime por meio de seu conceito analítico é instrumento intrínseco à disciplina de Direito Penal e, assim, eficaz para o desenvolvimento de sua coerência interna, porém não se prestando para, sozinha, distinguir os ilícitos Administrativo e Penal, fazendo-se mister a utilização do conceito formal de ilícito, por meio da enunciação-enunciada, ou seja, considerando ilícito tudo o que a lei assim considerar e, destarte, considerar ilícito administrativo, ou ilícito penal, tudo que a lei assim se referir, com a enunciação-enunciada, por intermédio de sua ementa, títulos, capítulos, seções e rubricas e também pela espécie de ameaça de sanção cominada a cada um dos ilícitos: pena ou sanção administrativa.

Assim, crime é o fato típico, ilícito e culpável, sendo que o tipo deve estar descrito em diploma penal e o ilícito afeto ao direito administrativo (*rectius* ilícito disciplinar e ilícito administrativo), malgrado também ser o fato típico, contrário ao ordenamento jurídico e culpável, deve estar positivado em diploma normativo afeto ao regime disciplinar do serviço público.

Com efeito, a tipicidade, juízo de adequação típica feita pelo julgador, opera-se com subsunção da definição do fato com a definição do que há descrito na lei, hipótese de incidência, sendo que para a constatação de crime o raciocínio desenvolve-se ante uma lei penal, assim definida como tal no próprio ato normativo, ao passo que para a constatação de ilícito de ordem administrativa, a análise opera-se sobre norma administrativa a prescrever a conduta tida como ilícita.

No entanto, a somente operação do procedimento acima exposto pode não bastar à diferenciação entre os dois institutos, fazendo-se mister análise de um segundo fator formal de diferenciação.

Assim, persistindo a dúvida, deve-se levar em consideração o descritor, preceito secundário, a ameaça de sanção em tese implicada, modalizada, e posta à aplicação.<sup>255 256</sup>

---

<sup>255</sup> Como bem assevera Edmir Netto de Araújo, *op. Cit.*, p. 28, ao se referir ao ilícito administrativo puro: (...) “a apuração da responsabilidade e seu julgamento se exaurem na própria esfera da Administração, através do respectivo processo administrativo disciplinar. **As sanções, também, serão aquelas previstas nos diplomas legais que disciplinam o regime jurídico desses agentes públicos, não se assemelhando às cominações impostas pelo Código Penal e leis penais especiais.**” (sem grifos no original).

<sup>256</sup> Fábio Medina Osório, *op. cit.* p. 104, adotando o critério formal de distinção entre as sanções de Direito Penal e de Direito Administrativo, ensina que “no caso das sanções administrativas (de Direito Administrativo) aplicadas por Juízes e Tribunais, a nota distintiva da sanção será, além da presença da Administração Pública em um dos pólos (como lesada), e demais elementos já apontados, a ausência de natureza penal da sanção, o que se deve verificar, de um lado, na decisão legislativa soberana e discricionária e, de outro, na ausência de previsão, direta ou indireta, de pena privativa de liberdade. O critério da previsão legislativa está ligado ao princípio democrático, porque o legislador tem competências discricionárias, amplas, elásticas, para definir a natureza da sanções contempladas aos ilícitos por ele estatuídos. O critério da pena privativa de liberdade tem natureza objetiva e constitucional, inclusive com

Destarte, conforme delimitado no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 3.914/41, “considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa;”. Lógico que o legislador da época, ao prescrever o referido artigo tinha em mira diferenciar crime de contravenção, porém podemos usar o conceito para diferenciar crime / contravenção penal dos ilícitos de direito administrativo disciplinar, uma vez que estes jamais poderão cominar, em seus preceitos secundários, penalidade que não seja de caráter civil<sup>257</sup>, malgrado ter-se que aferir a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, a exemplo do direito penal. Logo, havendo descrição de ameaça de sanção em conformidade com o disposto no artigo em comento da Lei de Introdução ao Código Penal<sup>258</sup>, haverá, conforme o caso crime ou contravenção, ilícito penal, e não ilícito afeto ao direito administrativo disciplinar.

Com relação a uma suposta cominação em abstrato de multa por cometimento de contravenção penal, frise-se que no direito administrativo sancionador federal não há esta espécie de sanção dessa forma cominada, mas somente aplicável in concreto, em determinados casos, em caráter substitutivo, e. g. o art. 130, § 2.º da Lei n.º 8.112/90<sup>259</sup>.

No entanto, nada obsta que determinada enunciação prescritiva do legislador ordinário venha a descrever a multa como decorrente (tese, em sentido de conseqüente) da violação do preceito primário, descrito no estatuto disciplinar. Neste caso, para a diferenciação de contravenção penal, cuja pena de multa pode ser isolada e

---

suporte no Direito Internacional, evidenciando uma limitação progressivamente reconhecida pelos tribunais europeus, incluindo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, aos Estados soberanos.

<sup>257</sup> Como bem ministra Aldo M. Sandulli, *op. cit.*, p. 174/175: “le sanzioni amministrative incidono di volta in volta sullo *status* (sanzioni disciplinari), sul patrimonio (sanzioni pecuniari, confische) o sull’attività (sanzioni interdittive) del soggetto colpito. (...) Geralmete le sanzioni amministrative vengono irrogate dall’autorità amministrativa (mediante un provvedimento amministrativo).”

<sup>258</sup> Sem embargo da possibilidade de aplicação de medida de segurança ao semi-imputável, nos termos do art. 98 do CPB.

<sup>259</sup> “Art. 130. (...) § 2.º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.”

abstratamente prevista, e infração administrativa disciplinar, mister análise da *enunciação-enunciada*<sup>260</sup>, no que diz respeito à ementa do diploma normativo analisado, que comumente declina a motivação do ato primário produzido e o seu campo de aplicação.

Verifica-se, com os argumentos acima esposados, a necessidade de composição entre o conceito formal e o estratificado de crime, para se limitar o objeto de atuação do direito penal e, por conseqüência, do direito administrativo disciplinar.

Insta ressaltar que os dois critérios acima expostos, decorrentes do critério formal, devem ser cumulativos e, assim, para a constatação de ocorrência de ilícitos na seara administrativo-disciplinar há de haver: (a) fato tipificado em diploma disciplinar, vinculado à ameaça de sanção, sendo esta distinta das elencadas no artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal, inclusive, sendo o caso, levando-se em consideração a *enunciação-enunciada*; (b) o referido fato há de ser ilícito, contrário ao ordenamento, consistindo-se em fato ofensivo a um dever de conduta ou proibição, imposto por lei ou por ato administrativo normativo e, assi, passível de sanção; e (c) o fato há de ser culpável, com a existência de seus três elementos: (c1) consciência ao menos potencial da ilicitude, (c2) imputabilidade, consistente em ser o agente servidor público ou equiparado por dispositivo legal, compondo, assim, uma relação jurídica estatutária e (c3) exigibilidade de conduta diversa da conduta ilícita.

### **3.4.3. O princípio da insignificância do ilícito administrativo disciplinar**

Discorrendo sobre o tema ora proposto aplicado ao direito penal, sua sede originária, Damásio E. de JESUS ensina que

---

<sup>260</sup> Sobre *enunciação-enunciada* e *enunciado-enunciado*, verificar item 2.1.

o Direito Penal, pela adequação típica, somente intervenha nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, reconhecendo a atipicidade do fato nas hipóteses de perturbações jurídicas mais leves.<sup>261</sup>

Do acima aludido verificamos que a aplicação do princípio em comento torna o fato penalmente atípico e, na doutrina do mestre Rogério Greco<sup>262</sup>, essa tipicidade excluída é justamente a tipicidade material, uma vez que, para o referido jurista, amparado nos ensinamentos de Zaffaroni, a tipicidade penal é formada pela tipicidade formal e pela tipicidade conglobante e esta, por sua vez, subdivide-se em (a) conduta antinormativa, (a1) contrária à norma penal e (a2) não imposta ou fomentada por ela e, ainda, (b) ofensiva a bens de relevo para o direito penal, tipicidade material.

A insignificância do bem ofendido, conforme a melhor doutrina pátria e estrangeira<sup>263</sup>, exclui a tipicidade material e, por conseguinte, a própria tipicidade penal, ilidindo um dos elementos do conceito analítico de crime, qual seja, a tipicidade, fazendo com que o fato não seja considerado crime.

Ora, aceitando o princípio da tipicidade para o ilícito administrativo disciplinar, deve-se aceitar o princípio da insignificância ou da bagatela para excluir a referida tipicidade, em casos de irrelevância material dos danos causados. Tanto assim o é que dificilmente se defenderia a responsabilização, em sede judicial, por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei n.º 8.429/92, do servidor público que utilizou o telefone da repartição para fazer uma ligação de interesse particular, ou utilizou-se de uma caneta fornecida pela repartição para assinar diversos cheques particulares. O mesmo se diga, somente para ficarmos com um exemplo do estatuto do servidor público civil federal, quanto ao ilícito prescrito no art. 117, XVI, da Lei n.º 8.112/90, “*utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares*”, onde também é indefensável a não aplicação do referido princípio ao agente que utilizou alguns envelopes da repartição pública para acondicionar documentos particulares. Por óbvio,

---

<sup>261</sup> Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal, 1.º Volume – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 10.

<sup>262</sup> Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 173.

<sup>263</sup> Por todos Rogério Greco, *op. cit.* e Eugenio Raúl Zaffaroni, *op. cit.*

nos exemplos acima, a aplicação do princípio da insignificância se impõe, face à pequena expressividade do dano causado. Assim também o é para os outros ilícitos disciplinares.

Deste modo, o instituto reforça, mais uma vez, a necessidade de aceitação da teoria do delito, aplicada aos ilícitos administrativo-disciplinares.

No entanto, cumpre ressaltar que o princípio em comento só é aplicável aos danos materiais de ínfima expressão, não tendo o condão de levar ao campo da bagatela o dano de pequena monta, sob pena de se desconsiderar o próprio tipo ilícito, não se podendo destarte entender como sinônimos este e aquele, pois o pequeno dano estará afeto não à atipicidade da conduta disciplinar, mas sim às atenuantes, *ex vi* do disposto no artigo 128 da Lei n.º 8.112/90, que preceitua *in verbis* que: “Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.” (sem grifos no original). Note-se que o dispositivo legal em comento traz dois grupos de espécies de agravantes e atenuantes, um genérico, expressando a norma apenas pelas palavras “as circunstâncias agravantes e atenuantes”, sem, contudo, descrever quais são essas circunstâncias, o que tornou letra morta, sem aplicabilidade prática esse ponto da norma, e um outro grupo de agravantes e atenuantes, expressos pela norma em comento como sendo “a natureza da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público (...) e os antecedentes funcionais.” Nesse segundo grupo, as circunstâncias descritas podem ser utilizadas tanto para agravar a pena (*rectius* pena de suspensão de acordo com o princípio do modal deôntico) quanto para abrandá-la, conforme sejam favoráveis ou não ao servidor acusado. Seja como for, o fato é que o dano de pequena monta se enquadra, nos termos da referida Lei, como circunstância atenuante a ser sopesada pela autoridade julgadora no momento de aplicação da penalidade de suspensão, única que comporta dosimetria, por ser a única a possuir amplitude variável para tal.

A Lei n.º 4.878/65, estatuto de policial federal, também fez constar em seu artigo 45 as circunstâncias agravantes e atenuantes, de caracteres objetivo (incisos I, II e III) e subjetivo (Incisos IV e V), fornecendo suporte ao agravo ou à atenuação de penalidade disciplinar, *in verbis*:

Art. 45. Na aplicação das penas disciplinares serão considerados:

I - a natureza da transgressão, sua gravidade e as circunstâncias em que foi praticada;

II - os danos dela decorrentes para o serviço público;

III - a repercussão do fato;

IV - os antecedentes do funcionário;

V - a reincidência.

Parágrafo único. É causa agravante da falta disciplinar o haver sido praticada em concurso com dois ou mais funcionários.”

O inciso II acima colacionado, no que tange à atenuação da pena, deve incidir na ocorrência de dano de pequena monta e, nesse caso, torna-se inaplicável o princípio da insignificância, devendo permanecer a conduta típica do servidor infrator, porém com a pena abrandada.

No entanto, pecou o Projeto de Lei DPF/MJ, publicado em 17 de janeiro de 2005, no D.O.U, Seção 1, ao passo que no capítulo referente às circunstâncias atenuantes e agravantes, especificamente no artigo 117, não faz qualquer menção à atenuante referente à extensão dos danos causado ao serviço público pela conduta do servidor faltoso. Deveria ter previsto, a exemplo do que fizeram as Leis n.º 4.878/65 e n.º 8.112/90, a possibilidade de abrandamento da pena em decorrência da pequena expressividade dos danos constatados.

O citado artigo 117, em seus cinco incisos, prescreve circunstâncias atenuantes apenas de cunho subjetivo, levando em consideração fatores relacionados à conduta do servidor antes ou depois do fato tido como ilícito, *verbi gratia*, possuir “excelente comportamento” ou “elogios ou referências elogiosas”, ou ainda ter praticado “a

confissão espontânea” acerca dos fatos dos quais é acusado. Infelizmente o legislador esqueceu-se de apontar como atenuante de penalidade circunstâncias de caráter objetivo, a exemplo do “dano ao erário” ou a da “natureza da infração cometida”.

Verifica-se que o projeto de lei em comento optou, por razões de política disciplinar, pela constituição de regime disciplinar mais severo, ao passo que alocou em vala comum, no campo da tipicidade com agravamento de pena, a existência de dano, quer esse seja de pequena monta ou de elevada proporção.

No entanto, de melhor técnica seria, em observância aos efeitos jurídicos produzidos pelo princípio da bagatela, normatizar graduações que percorreriam o espectro, desde a atipicidade da conduta à tipicidade com sanção agravada, *e.g.*, (i) atipicidade, onde se constata a ocorrência de dano material ínfimo e irrelevante do ponto de vista jurídico-disciplinar, (ii) tipicidade com penalidade atenuada, onde se constata a ocorrência de dano de pequena monta, passível de incidência de circunstância atenuante, (iii) tipicidade plena, sem essa atenuante objetiva, onde se constata a ocorrência de dano considerável, sem, contudo, constituir-se em agravante e (iv) tipicidade com ocorrência de dano considerável a ponto de incidir a regra de agravamento da pena.

Se a norma fosse positivada nos moldes acima, faria incutir na mente do servidor, no momento do agir ilícito, a preocupação de evitar a ocorrência de dano de maior proporção, visando a ter a pena abrandada. No entanto, com o novo estatuto que tende a surgir com a conversão do projeto de lei, esses efeitos não ocorrerão, pois, diante de fato ilícito que invariavelmente provocará dano ao serviço ou ao patrimônio público, irrelevante será sua proporção na aplicação da sanção ao servidor que, de toda sorte, terá a reprimenda agravada nos termos do artigo 118, II, da futura lei.

Assim, conclui-se que a omissão ora aventada está em desacordo com a aplicação do princípio da insignificância, pois, conforme demonstrado, há de haver graduação entre (i) atipicidade, onde se constata a ocorrência de dano material ínfimo e irrelevante do ponto de vista jurídico-disciplinar, (ii) tipicidade com penalidade atenuada, onde se

constata a ocorrência de dano de pequena monta e (iii) tipicidade plena, sem essa atenuante objetiva, onde se constata a ocorrência de dano considerável, sem, contudo, constituir-se em agravante e (iv) tipicidade com ocorrência de dano considerável a ponto de incidir a regra de agravamento da pena.

Repise-se, contudo, que, quanto a esse último aspecto apontado, o artigo 118, II, do estatuto dos policiais federais fez previsão de ser o “dano ao serviço ou ao patrimônio público” circunstância agravante.

Com efeito, à luz do projeto de lei em comento, o dano ao serviço ou ao patrimônio público somente se constitui em circunstância agravante da sanção a ser aplicada ao servidor acusado e o dano de menor expressividade não foi contemplado como circunstância atenuante. Assim, ocorrendo dano ínfimo ao serviço ou ao patrimônio público o fato será atípico, ante a aplicação do princípio da insignificância, e ocorrendo dano de pequena monta ou qualquer outro tipo de graduação do dano, a infração disciplinar será agravada. Note-se que nos ilícitos que necessariamente deixam resultados danosos ao serviço ou ao patrimônio público não existirá a penalidade que não seja a agravada, sendo a pena base prevista no estatuto do policial federal somente virtual, sem, contudo, poder ser aplicada sem o agravamento previsto no art. 118, II. Verifica-se nesse ponto a criação de uma norma de reenvio do preceito secundário, pena base prevista, que somente terá aplicabilidade se conciliada com o agravamento previsto no artigo 118, II, e seus correlatos de previsão da fração a ser aumentada, atecnia esta não existente em qualquer outro diploma disciplinar ou penal pátrio.<sup>264</sup>

---

<sup>264</sup> A par das peculiares incoerências acima apontadas, mister esclarecer que as ponderações acerca do princípio da insignificância podem ser verificadas nas transcrições extraídas do Informativo de Jurisprudência n.º 343, do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n.º 84424/SP, cujo acórdão teve como relator o iminente Ministro Carlos Britto e que, pela importância dos ensinamentos esposados e aplicabilidade em sede disciplinar, permitimo-nos transcrever relevantes excertos, *in verbis*: Relatório: Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, por meio de sua Quinta Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 30358, por unanimidade, negou a ordem requerida, nos termos da ementa abaixo transcrita: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). II - A

### 3.4.4. Imputação subjetiva da infração disciplinar

*Imputação*, em sede de ilícito, significa a atribuição de determinado conceito fático a determinada pessoa, a alguém. Imputação subjetiva refere-se à atribuição da realização da referida definição do fato a alguém que o praticou por voluntariedade e (i) vontade livre e consciente de realização do resultado ou assunção desse resultado ou, ainda, (ii) não observância do dever objetivo de cuidado, dando azo ao resultado, involuntariamente, por imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, nos ilícitos dolosos temos os seus elementos fáticos divididos em:

---

interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. Writ denegado." (...) 7. Com efeito, segundo a maior parte da doutrina e da jurisprudência, trata-se o princípio da insignificância de vetor interpretativo do tipo penal, tendo por escopo restrição impeditiva da abrangência de condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. 8. Tal forma de interpretação é uma válida medida de política criminal, visando, para além da descarceirização, ao descongestionamento da Justiça Penal, que deve se ocupar apenas das infrações consideradas socialmente mais graves. Numa visão humanitária do Direito Penal, não deve o princípio da insignificância ser desprezado, nem mesmo a pretexto de possível fomento da impunidade. Assim, em defesa da aplicação do princípio, Fernando Célio de Brito Nogueira sustenta que "o que fomenta a impunidade e o recrudescimento da criminalidade são muito mais a ausência de resposta estatal efetiva aos grandes desmandos e ilicitudes da Nação, condutas que não raras vezes sangram os cofres públicos e o bolso dos cidadãos que trabalham e pagam impostos, bem como no não atendimento das necessidades básicas das pessoas." (NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Os miseráveis e o princípio da insignificância. Boletim IBCCRIM 116/7, ano 10, jul. 2002.) (...) 11. *In casu*, verifica-se que a controvérsia se restringe a averiguar se o furto de uma bicicleta, cujo valor é R\$ 60,00 (sessenta reais), poderia ou não ser considerado como infração de bagatela, a ponto de excluir a tipicidade da conduta do agente e, via de consequência, o *ius puniendi* estatal. 12. Assim, apesar de o valor do veículo não ultrapassar o do salário mínimo vigente, trata-se de bem penalmente protegido e significativo. Se interpretássemos o tipo penal do furto por meio do princípio da insignificância para excluir a incriminação em caso de objeto material de baixo valor, seja quanto ao patrimônio da vítima, seja em face de um parâmetro genérico e abstrato como o salário mínimo, poderíamos chegar a situações absurdas como a exclusão do crime quando a vítima fosse um milionário e o bem furtado não lhe diminuísse sensivelmente o patrimônio. Por hipótese, poderíamos considerar uma vítima cujo patrimônio se assemelhasse ao de Bill Gates; ocorrendo o furto de um automóvel de propriedade dessa pessoa, não se pode dizer da ocorrência de prejuízo significativo. Entretanto, em face da sociedade, tal conduta não poderia ser tida como um indiferente penal. 13. Portanto, o critério para a utilização da insignificância não deve ser exclusivamente a relação entre o objeto material do delito e o patrimônio da vítima no caso concreto, sob pena de chegarmos a interpretações teratológicas. (...) 17. Ademais, no emprego da insignificância há que se distinguir entre infração de ínfimo e de pequeno valor. No que se refere à primeira espécie, indiscutível a possibilidade de sua aplicação, uma vez que não há como negar, em face do princípio da fragmentariedade, a desnecessidade de se chamar o Direito Penal a regular o fato *ultima ratio*. Já com respeito à infração de pequeno valor, aplica-se, eventualmente, a figura do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do Código Penal). Sendo assim, importante fazer a distinção, pena de julgamento contra *legem*. 18. Considerando-se também a diferenciação acima, é de se concluir que a coisa subtraída seria de pequeno valor, porém jamais de valor ínfimo ou desprezível, não sendo possível que se aplique, *in casu*, o princípio da insignificância. (...).

- a) conduta dolosa;
- b) resultado voluntário (para os ilícitos de deixam vestígios naturalísticos);
- c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado;
- d) tipicidade, juízo de adequação ao tipo descritor do ilícito.

Nos ilícitos culposos, auferimos os seguintes elementos ou requisitos:

- a) conduta voluntária;
- b) resultado involuntário;
- c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado;
- d) tipicidade;
- e) não observância de dever de cuidado objetivo, por imprudência, negligência ou imperícia;
- f) previsibilidade objetiva do resultado.

Eis a definição do conceito de imputação subjetiva e a apresentação dos elementos constitutivos dos fatos típicos doloso e culposos<sup>265</sup>, trazidos das teorias de direito penal,

---

<sup>265</sup> Não obstante para o novel sistema denominado “imputação objetiva”, a estes elementos do fato típico acrescente-se a imputação objetiva de um resultado criado por um risco proibido e relevante de responsabilidade do sujeito ativo, sem a qual a conduta será atípica. Para aprofundamento dos estudos da imputação objetiva mister leitura das obras de Claus Roxin: “Funcionalismo e imputação objetiva no

a partir da evolução da dogmática de direito penal com o inicial sistema “clássico”, do século XIX, de autores como Liszt, Beling e Radbruch, primeiros a refutarem, em sede de ilícito penal, a responsabilidade objetiva.<sup>266</sup>

Com efeito, em direito penal o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, no rma subsidiária para as demais normas em diplomas penais distintos, prescreve, com respaldo no *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, que, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Assim, somente haverá a punição por fato praticado por culpa – imprudência, negligência ou imperícia, nos termos do art. 14, II do mesmo diploma normativo - se houver expressa previsão legal. Não se cogita na possibilidade de punibilidade por fato praticado sem dolo ou culpa, elidindo, destarte, a responsabilidade objetiva, em prol da responsabilidade subjetiva. Eis o princípio da imputação subjetiva, qual seja, a determinação de que a responsabilidade do agente somente ocorrerá se este houver praticado o crime com dolo (quando o agente quis o resultado, ou assumiu o risco de produzi-lo, teorias da vontade e do assentimento) ou com culpa (quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia).

Deste modo, no Direito Penal, se um tipo ilícito prescrever determinada conduta, sem, contudo, referir-se ao dolo ou à culpa, o agente somente será responsabilizado se tiver agido com dolo. A responsabilidade a título de culpa deve vir expressa no próprio tipo incriminador ou norma a ele relacionada.

---

direito penal, tradução e introdução de Luís Greco, Rio de Janeiro: São Paulo, Renovar, 2002; e de Juarez Tavares: “Teoria do injusto penal”, *op. cit.*

<sup>266</sup> Como ensina Hans Welzel, teórico do atual sistema finalista de direito penal – teoria que aprimorou os conceitos da teoria clássica, *op. cit.* p. 119,: “toda ação consciente é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o elemento intelectual -, e a decisão de querer realizá-lo – o elemento volitivo. Ambos elementos juntos, como fatores de uma ação real, constituem o dolo.”

No Direito Disciplinar, autorizada doutrina<sup>267</sup> defende a teoria de que, independentemente de dolo ou culpa, a simples ação, com relação de causalidade que ligue a ação a um resultado descrito como infração disciplinar, gera a responsabilidade do servidor<sup>268</sup>. Tem-se nessa óptica, sem dúvida, *responsabilidade objetiva*.<sup>269</sup>

No entanto, esta não é a melhor interpretação dos diplomas normativos afetos ao tema, eis que o direito sancionador, como um todo, repudia tal responsabilidade, uma vez que esta, *in casu*, ofende os princípios da justiça do direito e da *dignidade da pessoa humana*, art. 1.º, III, da CF/88, acima mencionado.

Não coadunamos com SANDULLI, ao afirmar que “Delle infrazioni amministrative si risponde (salvo quanto già detto) solo se il fatto sia stato posto in essere in stato di coscienza e volontariamente, non importa se con dolo o per colpa.”<sup>270 271</sup>

De fato, as Leis n.º 8.112/90 e n.º 4.878/65 não possuem dispositivos análogos ao citado artigo 18 do Código Penal Brasileiro, nem este se presta a suprir, por analogia, a omissão do legislador estatutário, o que gerou divergências acerca da existência ou não da imputação subjetiva ao direito disciplinar. Porém, o conceito de responsabilidade pessoal é iminentemente de cunho subjetivo, sendo a responsabilidade objetiva exceção em qualquer sistema jurídico, devendo ser, quando incidente, expressamente prevista em lei. Assim, verifica-se que, em que pese a ausência de dispositivo que determine a punição a título de dolo ou de culpa no sistema disciplinar, afere-se que o

---

<sup>267</sup> Por todos: José Armando da Costa, obras citadas.

<sup>268</sup> Não obstante, anote-se que, malgrado espécie do gênero infração penal, as contravenções penais, por força do art. 3.º do Decreto-lei n.º 3.688/1941, Lei das Contravenções Penais, a exemplo do esposado pela doutrina dominante de direito Administrativo Disciplinar, prescindem da análise dos elementos subjetivos (dolo e culpa), para se ter a tipicidade, bastando, destarte, somente a voluntariedade. Assim, o referido dispositivo prescreve que “para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico.”

<sup>269</sup> Confira-se o conceito dado por Zaffaroni, *op. cit* p. 498, acerca da aventada responsabilidade objetiva: “A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama de responsabilidade objetiva.”

<sup>270</sup> Sandulli, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo. XV Edizione. V. 1.* Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989, p. 181

<sup>271</sup> Da infração administrativa se responde bastando apenas que haja tipificação e estado de consciência e voluntariedade, não importando se com dolo ou com culpa.

código penal, em seu artigo 18, parágrafo único, apenas restringiu (para os casos de dolo e, excepcionalmente, quando previstos em lei, para os casos de culpa) o alcance da imputação subjetiva que, normalmente, é incidente em casos de dolo ou de culpa. Com efeito, com base nessa tese, se o regime disciplinar assim não procedeu, não houve qualquer restrição, devendo o servidor ser punido pela realização do fato típico se agiu ao menos com culpa. Porém, há que se atentar para a possibilidade de aquela restrição ser inserida no próprio tipo disciplinar, elidindo a punição a título de culpa.

Em excelentes apontamentos, ministra Heraldo Garcia Vitta:

O Estado de Direito preserva a proteção contra arbitrariedades estatais, não só exigindo a submissão às leis, mas também contra toda sorte de arbitrariedades, impondo a observância dos direitos e das garantias individuais. Ora, no regime jurídico-constitucional desse porte, no qual se acentuam a República, a Democracia e o Estado de Direito, não podemos conceber haja infrações administrativas, diante da mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator. (...) Logo, o *pressuposto de existência* do ilícito administrativo, a nosso ver, além da voluntariedade, é o dolo e a culpa; mesmo que haja silêncio do legislador, o elemento subjetivo é de rigor – não se prescinde do dolo ou da culpa do *infrator*.<sup>272</sup>

Desta forma, conclui-se que não há que se falar em possibilidade de punição do servidor se este não agiu ao menos com culpa, nos tipos disciplinares que assim o permitem. Deve-se afastar a incidência de responsabilidade objetiva, pois tal interpretação, restritiva dos direitos dos administrados, deve, quando incidente, ser expressamente prevista no diploma normativo. Assim, também, deve-se afastar a aplicação subsidiária dos preceitos do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal Brasileiro, pois tal restrição da responsabilidade subjetiva não foi querida pelo legislador estatutário, tratando-se de lacuna voluntária.

---

<sup>272</sup> Vitta, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.43/44.

### **3.4.5. Relação jurídica estatutária como requisito de imputabilidade do servidor público, condição de culpabilidade, e não como condição de punibilidade**

Superada toda a discussão a respeito da aplicação ou não do princípio da tipicidade no regime jurídico administrativo sancionador, mister tecer algumas considerações sobre a imputabilidade nessa disciplina e a relação jurídica estatutária como condição de culpabilidade do agente público infrator, uma vez que a ausência de formal investidura no serviço público pode levar à falsa noção de se estar diante de ausência de condição de punibilidade e, assim, admitir a ocorrência de infração de direito sancionador.

Imputabilidade é conceito oriundo de direito penal, sendo, dentro da teoria finalista da ação, adotada por nosso Código Penal com a reforma de sua Parte Geral pela Lei n.º 7.209/84, e na doutrina do mestre argentino Zaffaroni, é a

*capacidade psíquica de culpabilidade” ou, ainda, “em outras palavras: para que se possa reprovar uma conduta a seu autor, é necessário que ele tenha agido com um certo grau de capacidade, que lhe aja permitido dispor de um âmbito de autodeterminação.*<sup>273</sup>

Verifica-se, em direito penal, que a imputabilidade é conceito decorrente da própria culpabilidade<sup>274</sup>, juízo de desvalor da conduta atribuída ao agente, compondo, como elemento, juntamente com a inexigibilidade de conduta diversa e a consciência potencial da ilicitude, a culpabilidade na visão da teoria final da ação.

---

<sup>273</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 592.

<sup>274</sup> Conforme Hans Welsel, ao comentar sobre a definição legal da capacidade de imputação, em sua obra *direito Pena*, p. 234/235: “Enquanto a versão originária do §51 definiu a capacidade de culpa em forma indeterminada, como ‘livre determinação da vontade’, a nova versão (sobre a base da lei do delinqüente habitual de 24 de novembro de 1933, seguindo o § 3º, JGG., de 1922) vincula a capacidade de culpa com as características da autodeterminação adequada ao sentido, as que somente agora levam positivamente a indeterminada ‘livre determinação de vontade’. Capacidade de culpa (capacidade de imputação) é, portanto, a capacidade do autor: a) de compreender o injusto do fato, e b) de determinar sua vontade, de acordo com essa compreensão (§3º, JGG., e §§ 51 e 55, C.P.)”

Assim ensina ZAFARONI,

que o que tradicionalmente se chamava de 'princípio da culpabilidade' hoje se decompõe em dois diferentes níveis: num deles funciona o *nullum crimen sine culpa*, ou seja, que não pode haver delito se não for ao menos culposos; noutra opera a condição de reprovabilidade para que haja o delito. O primeiro é um problema de tipicidade, e o segundo é a exigência geral de culpabilidade normativa do delito. (...) Por definição 'culpabilidade' é um conceito normativo, um juízo de reprovação que se formula ao autor. Em alemão fala-se em *Schuld*, que é 'culpabilidade' e 'dívida'. Na própria etimologia do conceito há, claramente, uma idéia de normatividade, que não pode ser eliminada, salvo que se queira eliminar a própria culpabilidade. (...) Resta-nos, agora, reafirmarmos que nosso direito penal, como direito penal de ato que é, é direito penal como culpabilidade de ato e não direito penal como culpabilidade de autor. Para tornar isso mais claro, é necessário precisar o que se entende por culpabilidade de ato e por culpabilidade de autor. Na culpabilidade de ato, entende-se que o que se reprova ao homem é a sua ação, na medida de possibilidade de autodeterminação que teve no caso concreto.<sup>275</sup>

Não obstante, transportando a referida teoria para o direito disciplinar, afere-se que a culpabilidade é o juízo de desvalor da conduta atribuída ao agente público enquanto detentor desse status, qual seja, servidor público, e mais, servidor público regular. Destarte, sem a regular investidura no serviço público e, com efeito, sem estar concluída a relação jurídica material estatutária, não se pode falar em atribuição de juízo de desvalor à conduta de agente público, sem embargo, no entanto, da possibilidade de o fato ser considerado infração penal ou ilícito civil. Desta feita, conclui-se que a existência de culpabilidade penal não necessariamente induzirá à existência de culpabilidade disciplinar e isso ocorrerá sempre que não se estiver formada a relação jurídica estatutária, estando-se diante de servidor de fato.

Com efeito, o servidor de fato não é culpável na seara administrativa disciplinar, mormente não ser imputável a ele responsabilidade disciplinar. Isso se verifica, pois o regime disciplinar estatuído na norma de direito não atinge ao *extraneus* (particular não investido na função ou cargo público). Não há como, por exemplo, aplicar uma pena de demissão a quem sequer é servidor público. Essa pena visa a romper o vínculo legal

---

<sup>275</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 576 e 577.

formado pela investidura e exercício do funcionário e o servidor de fato não possui esse vínculo, tornando-se impossível a ruptura de relação jurídica que nunca existiu.

Com fundamento nos dizeres do mestre argentino podemos concluir - ao passo que adotamos a referida teoria da culpabilidade para o direito administrativo disciplinar - que a relação jurídica estatutária constitui elemento da culpabilidade no direito sancionado disciplinar, uma vez que a imputabilidade existente na culpabilidade diz respeito (i) à capacidade de autodeterminação do agir ou não agir do sujeito ativo em relação ao disposto pelo direito positivo e (ii) à atribuição de desvalor a esse agir na condição de servidor público *regular*. Se não há regularidade de vínculo com a Administração, não há imputabilidade, pois aquela é elemento desta.

Assim, a relação jurídica de direito material estatutária, que se inicia com a nomeação e se aperfeiçoa com o exercício no cargo ou função pública, tem o condão de trazer a pessoa natural para o “mundo” do serviço público e de seu regime disciplinar. Com efeito, tal relação jurídica está para o direito disciplinar assim como a maioridade e a higidez mental estão para o direito penal.

Entendemos ser a relação jurídica estatutária condição não de punibilidade do agente, mais sim condição de imputabilidade e, por corolário, condição de culpabilidade. Funcionários de fato, por mais que pratiquem um fato disciplinar típico e ilícito, não cometerão o ilícito disciplinar<sup>276</sup>, pois não são culpáveis e, deste modo, também não estarão sujeitos à aplicação da sanção disposta no ordenamento para o ilícito a ser levado a efeito, uma vez que não possuem capacidade jurídica para responderem perante a Administração na condição de acusados em processo disciplinar. Se assim ocorrer, estar-se-á diante de falta de pertinência subjetiva passiva para a ação, podendo o acusado, servidor de fato, alegar falta de legitimidade passiva *ad causam*, obstando, se for o caso, a aplicação de sanção e prejuízo futuros, mormente a impossibilidade de ingressar no serviço público, por ter sofrido sanção de natureza

---

<sup>276</sup> Nesse sentido, acolhendo, conforme acima defendido, a adoção da teoria tripartite do ilícito para o ilícito administrativo / disciplinar.

grave, conforme disposto em regime disciplinar específico, e.g., o disposto no parágrafo único do artigo 137 da Lei n.º 8.112/90, que impede o retorno do servidor ao serviço público federal se for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, I, IV, VIII, X e XI, do referido diploma normativo.

Dessa forma, o funcionário de fato, ou seja, aquele que, sem a regular investidura, pratica atos de servidor público, no ilegal exercício de cargo e ou função pública, não pode ser autor de infrações disciplinares, não podendo sofrer sanções disciplinares, por ausência de vínculo jurídico formal com o Estado, pois se afere a informalidade de admissão no serviço público, não podendo, destarte, a sanção, que é ato formal, incidir em relação jurídica informal, por ausência de objeto desse específico ato administrativo.

A título de exemplo, imaginemos o caso hipotético de funcionário contratado de forma verbal (contrato verbal) para a realização de serviço de secretariado no âmbito da Administração Pública e que venha a se valer dessa função “para lograr proveito próprio ou de outrem em detrimento do serviço público”. Nesse caso, por óbvio, não há que se falar em vínculo estatutário, pois a admissão deu-se por contrato verbal e não por aprovação em concurso público (ou por contrato escrito que possa criar vínculo conforme previsão legal), com posterior nomeação, posse e exercício. Nesse caso, não se poderá aplicar a sanção de demissão, ou qualquer outra sanção administrativa, com fundamento no regime disciplinar afeto aos servidores vinculados à Administração Pública, por vínculo estatutário.

Em um outro caso hipotético, imaginemos que uma pessoa, após ser aprovada em concurso público, porém antes de tomar posse, ou com a posse realizada por autoridade incompetente, entre em exercício e pratique o fato tido como ilícito de “valer-se da função pública para lograr proveito próprio ou de outrem em detrimento do serviço público”. Pergunta-se: pode a Administração Pública instaurar processo disciplinar com vista à apuração e à aplicação da sanção pertinente? A resposta negativa se impõe, haja vista a inimputabilidade do servidor de fato, pois, se não possui

vínculo funcional formalmente válido para com a Administração, esta não estará autorizada a aplicar institutos jurídicos afetos ao regime dos servidores.

Por um outro giro, podemos concluir que a existência de relação jurídica estatutária faz-se pressuposto de fato para a confecção do ato administrativo punitivo e, até mesmo para a formação da relação processual estatutária disciplinar. Assim, não há sequer que se publicar portaria para instauração de processo para apuração de “ilícito administrativo” praticado por servidor de fato.

Não obstante, mister agora fazermos apontamentos à legitimidade ativa *ad causam*. Assim, entendemos a necessidade de analisá-la quando da aferição do sujeito competente para a prática do ato e, com efeito, considerar, destarte, o sujeito competente para a instauração do apuratório disciplinar.

Desta forma, somente autoridade competente para a confecção do ato exordial do processo disciplinar possui legitimidade ativa para a causa. Tal discussão não é meramente acadêmica e pode ocorrer na prática quando um servidor cedido a outro órgão ou entidade comete falta disciplinar nessa nova lotação. Pergunta-se: qual autoridade será competente para a instauração do competente processo apuratório sancionador? A autoridade do órgão ou ente cedente ou a autoridade do órgão ou ente cessionário? Com base na teoria da relação jurídica formal, pode-se chegar a duas respostas coerentes entre si: (i) se se tratar de servidor cedido para o exercício de função ou cargo de confiança, novo vínculo relacional não extintivo do primeiro ter-se-á instaurado e, nesse caso, considerando a possibilidade de destituição da função ou do cargo de confiança, competente será a autoridade do órgão ou ente cessionário; e (ii) se a cessão ocorreu para exercício de função que não seja de confiança, atribuições normais de qualquer outro servidor, a atribuição investigativa e punitiva será da autoridade do órgão ou ente em que o servidor público possui o vínculo relacional estatutário inicial, que deu origem à cessão<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Como exemplo desta segunda hipótese, podemos citar a cessão de servidor, treinado pela Controladoria-Geral da União, para realizar sindicâncias em outros órgãos da União, distintos do de sua lotação. Teremos, *in casu*, exercício de função correccional, não se equiparando aos casos descritos no

### 3.4.6. A tentativa de infração disciplinar

A punição da tentativa de realização do ilícito ocorre por adequação típica de subordinação indireta ou mediata, valendo-se dos tipos de extensão ou de reenvio. Assim, o artigo 14, II, do CPB prescreve que o crime é tentado quando, iniciada a execução, a consumação é obstada por circunstâncias alheias à vontade do agente. No caso de contravenção penal, não há a possibilidade de utilização deste tipo extensivo, que se aplicaria subsidiariamente às contravenções penais, por força do artigo 1.º do Decreto-lei n.º 3.688/41, Lei das Contravenções Penais, face ao artigo 4.º do mesmo diploma normativo, que prescreve que “Não é punível a tentativa de contravenção.”

Quanto ao ilícito disciplinar, não é possível a punição pela tentativa, uma vez que não há disposição legal nesse sentido e também não há disposição legal específica acerca da dosagem da pena disciplinar nesse caso. Desta forma, por se tratar de norma restritiva de direito, a punição pela tentativa de ilícito disciplinar somente poderá ser levada a efeito se existir previsão legal para isso, não se podendo falar em utilização da aplicação subsidiária da norma<sup>278</sup> de direito penal para tal mister, uma vez que se tratam de ramos distintos do direito sancionador. Com efeito, a tentativa de prática de infração disciplinar é fato atípico.

---

art. 37, V, da CF/88, que preceitua que “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por ocupante de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”

<sup>278</sup> Por todo o exposto, sem embargo das aplicações das teorias afetas ao direito penal.

## CAPÍTULO 4

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo Disciplinar deve observância aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, fazendo-se mister trazer para o seu bojo os princípios de Direito Penal de garantia. Para isso, imprescindível é o papel das cláusulas de abertura, as quais, com preceitos plurisignificativos, permitem ao intérprete e aplicador administrativista a construção de conteúdo da norma constitucional, de forma a fazer transpor do Direito Penal para o Direito Administrativo o princípio da legalidade e seu derivado princípio da taxatividade, podendo-se entender, deveras, a existência implícita desse dois últimos princípios no direito administrativo sancionador, conquanto decorrentes do devido processo legal substantivo.

Com efeito, tem-se como principal cláusula constitucional a amparar essa conclusão a que institui o devido processo legal, mormente em seu aspecto substantivo, o que permite entender que os tipos disciplinares, ante ausência de distinção ontológica dos tipos penais, devem ser tratados do mesmo modo.

Assim, por efeito, transpõem-se, também e como corolário da aceitação da clausura descritiva dos dispositivos tipificadores de ilícito, para o Direito Sancionador Administrativista, as demais teorias do delito, tais como, *e. g.*, a imputação subjetiva.

Para tanto, os conceitos e institutos do próprio Direito Administrativo têm que estar bem solidificados e a boa gestão, abalizada ao sistema jurídico-administrativo, não prescinde da correta observância, *e.g.*, das normas definidoras das edições de máxima

concretude, o ato administrativo. E, assim, não menos importante se torna o dever de convalidação das produções eivadas de mera irregularidades, corolário, com a edição da Lei n.º 9.784/99, do princípio da legalidade.

O princípio da resolução em prol do interesse público, faceta do princípio do *in dubio pro societate*, deve orientar as conclusões dos colegiados disciplinares inquisitoriais.

O princípio do devido processo legal substantivo, como acima aventado, constitui-se em cláusula geral de abertura do Texto Maior, permitindo a interpretação construtiva de seus preceitos, ao ponto, por sua força normativa, determinar a aplicação de garantias de direito material aos diversos ramos do Direito, inclusive com as transposições necessárias de institutos de direito público e privado, constituindo um *Estado da Legalidade Razoável*.

Com efeito, o princípio da tipicidade - decorrente do princípio da legalidade - das faltas disciplinares deve ser implementado e, por consequência efetivada a análise dos elementos subjetivos do tipo nesses casos, como forma de garantia de direito material disciplinar aos acusados nessa espécie de apuratório. A responsabilidade subjetiva - no que tange à aferição do dolo e da culpa do servidor público, referente ao princípio da imputação subjetiva, há de ser levada em consideração como requisito ou elemento do ilícito administrativo.

No que tange à relação jurídica de processo administrativo disciplinar, a notificação ou citação do acusado em processo disciplinar *initio litis* é perfeitamente dispensável, uma vez que a existência do processo ocorre com a publicação do ato instaurador, requisito de existência do instrumento apuratório e formador da relação jurídica processual. Nos diplomas que prevêm a citação ou notificação aventada estas serão mero requisitos de validade, não devendo ser confundidas com a citação em processo civil, esta sim, requisito de existência, quando válida, do processo a compor a relação jurídica, com o

chamamento do réu ao feito, integrando a relação triangular ou angular, entre autor, Estado-juiz de réu.

Deste modo, a aplicação do direito ao caso concreto, em procedimento apuratório no âmbito da Administração Pública Federal, deve ser feita da seguinte maneira, partindo-se das normas de máxima abstração, contidas na Constituição da República, às normas de máxima concretude - o ato administrativo - no caso em estudo, o ato punitivo em processo disciplinar, na seguinte ordem e hierarquia: a) análise do interesse público, com observância dos princípios basilares da Administração Pública, constitucionalmente qualificados; b) Análise do interesse privado, com observância de todos os direitos e garantias individuais, constitucionalmente qualificados; c) interpretação sistemática de toda legislação ordinária, pertinente ao assunto disciplinar, de forma a adequá-las aos princípios constitucionais de direito públicos e aos princípios constitucionais processuais (do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, etc.); d) interpretação das Instruções Ministeriais, ou atos similares, em harmonia, sucessivamente, com a noção explanada nas alíneas anteriores; e) interpretação do regimento interno do órgão ou entidade, em harmonia, sucessivamente, com as alíneas anteriores; e f) materialização da norma de máxima concretude, objeto do processo disciplinar, ou seja, o julgamento pela autoridade competente e a confecção do ato punitivo, se for o caso, em harmonia com o julgamento e, conseqüentemente, com todo o ordenamento jurídico hierarquicamente superior.

Dessarte, ter-se-á a aplicação do direito ao caso concreto de modo perfeito e harmônico, em compatibilidade vertical com a Constituição, atendendo àquelas normas e preceitos constitucionais e também àqueles princípios que estão no ápice da estrutura escalonada idealizada por Kelsen, no que tange à função precípua do Estado-administração: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* da máquina administrativa.

Ante o exposto, aufere-se que, para as faltas disciplinares de qualquer espécie de gravidade, faz-se mister, em atendimento aos postulados da justiça das decisões e da

certeza do direito, a implementação, pelo legislador e pelo aplicador do direito disciplinar, do princípio da tipicidade e da efetiva análise, pelo colegiado disciplinar e pela autoridade julgadora, dos elementos subjetivos do tipo (dolo e culpa), para a subsunção do conceito do fato ao conceito do tipo, corolário da observância do princípio da culpabilidade e do instituto da imputação subjetiva. Assim, quanto aos tipos fluidos, estes não se prestam à definição de faltas de menor, de médio ou de grave potencial ofensivo à Administração Pública e à finalidade pública – suspensão acima de trinta dias, demissão, destituição da função ou cargo em comissão e cassação da aposentadoria -, por ofensa aos princípios da segurança jurídica, da isonomia e do devido processo legal substancial.

A descrição minuciosa e analítica da conduta ilícita tem o condão de coagir o agente público a não praticar a conduta típica, concretizando eficaz papel preventivo.

Com efeito, a aceitação do princípio da tipicidade implicará na aceitação de toda a teoria do direito penal, *v.g.*, dos institutos (i) das excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade; (ii) do princípio da insignificância a excluir a tipicidade disciplinar (iii) do conceito tripartite, sendo que este, o conceito estratificado, serve para conceituar os ilícitos de direito administrativo disciplinar, considerando como tal o fato típico (em regime jurídico próprio e com sanções próprias), antijurídico e culpável, ao passo em que propomos a conceituação dos referidos ilícitos – o administrativo e o disciplinar –, de elevado e médio potencial ofensivo à Administração e a seus fins, como sendo o fato típico, ilícito e culpável, estando a tipicidade prescrita em diploma administrativo e a ameaça de sanção cominando em tese a aplicação de penalidade distinta das descritas no art. 1.º do Decreto-Lei n.º 3.914/41, Lei de Introdução ao Código Penal.

Do exposto no parágrafo acima, ainda se conclui que o conceito estratificado se tornou insuficiente para a definição de ilícito penal, uma vez que abarca o ilícito administrativo / disciplinar leve, grave e gravíssimo, carecendo de composição – o conceito de crime –

a levar em consideração o artigo 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal. Assim crime seria o fato típico, ilícito, culpável e que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa.

Quanto à imputação subjetiva, esta deve ser observada pelo colegiado disciplinar e pela autoridade julgadora, quando da realização dos trabalhos apuratórios e do julgamento, verificando se o agente infrator agiu com ao menos culpa, para que o fato seja típico. O Estado-administração não pode se valer somente dos elementos conduta, nexos de causalidade e resultado, para entender ter ocorrido a infração disciplinar, pois assim estará aplicando a pena, de ofício e sem disposição legal, com base na responsabilidade objetiva.

Considerando a necessidade de tipo normativo de extensão, para a complementação do tipo disciplinar tentado, não há possibilidade de punição pela tentativa de ilícito afeto ao direito disciplinar e a analogia com o direito penal, neste caso, está vedada por se tratar de analogia restritiva de direitos, sem expressa disposição legal, *in malam partem*, função decorrente do princípio da legalidade que tem por mister proibir tipos sancionadores analógicos *in pejus*, função essa conhecida em doutrina por *nullum sanctio iuris sine lege stricta*.

A relação de sujeição especial que se encontra inserido o servidor público, conquanto sujeito a regime jurídico estatutário, não propicia a restrição do direito fundamental de observância da estrita legalidade, taxatividade, pela Administração Pública, uma vez que tal compressão apresenta-se desproporcional ao fim pretendido, qual seja a moralidade e a eficiência da máquina pública, tornando-se, ao contrário, nociva a tais princípios basilares.

Como corolário de toda a análise, afere-se uma Teoria Geral Garantista de Direito Sancionador, válida para todas as searas de ilícitos que envolvam relações jurídicas de direito público, com fundamento no devido processo legal substantivo, entendendo que o princípio da legalidade, em sua função de certeza, taxatividade, está implícito na cláusula do devido processo legal e é extensível ao Direito Administrativo Disciplinar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alencar, Ana Valderez A. N. de e Rangel, Leyla Castelo Branco. *Constituições do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986;

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002;

Alvim, Arruda. *Manual de direito processual civil*. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

Araújo, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato Administrativo*. São Paulo: STr, 1999;

\_\_\_\_\_. *O Ilícito Administrativo e Seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994;

Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004;

Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005;

Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

\_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

Bastos, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3.<sup>a</sup>ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002;

Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil. Dos direitos e garantias fundamentais*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989;

Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1.<sup>a</sup>ed. São Paulo; Rideel, 2003;

Bedaque, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003;

Bittar, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006;

Bobbio, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Edipro, 2003;

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.<sup>a</sup>ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999;

Bofill, Héctor Lopez. *Decisiones interpretativas en control de constitucionalidad de la ley*. Tirant Monografias;

Bonavides, Paulo. *A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. São Paulo: Malheiros, 2004;

Brindeiro, Geraldo. *O devido processo legal na Constituição de 1988 e o Direito Comparado. Constituição Federal, 15 anos, Mutação e Evolução*. São Paulo: Método, 2003;

Bueno, Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958;

Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 9.<sup>a</sup> ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;

Campos, Germán J. Bidar. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991;

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994;

Carvalho, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. São Paulo: Saraiva, 2004;

\_\_\_\_\_. *Curso de direito Tributário*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

Castro, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais. Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989;

Costa, José Armando da. *Teoria e Prática do Processo Administrativo disciplinar*. 3.<sup>a</sup> ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999;

\_\_\_\_\_. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 1999;

Engisch, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3.<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian;

Ferreira, Daniel. *Sanções administrativas*. Coleção Temas de Direito Administrativo São Paulo: Malheiros, 2001;

Filho, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004;

Filho, Marçal Justen. *Comentários à lei e licitações e contratos*. 8.<sup>a</sup>ed. São Paulo: Dialética, 2000;

Filho, Romeu Felipe Bacellar. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, 2.<sup>a</sup> Edição;

Godoy, Sonia Maria de Pinho e outros. Coordenação Lucia Valle Figueiredo. *Ato administrativo e devido processo legal*. São Paulo: Max Limonad, 2001;

Gomes, Luiz Flávio. *Juizados Criminais Federais, Seus Reflexos nos Juizados Estaduais e Outros Estudos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

Greco, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002;

Guibourg, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993;

\_\_\_\_\_. *Pensar em las normas*. Buenos Aires: Eudeba, 2001;

Hauriou, André. *A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado*. Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas – FGV, Vol. I, Fasc. 2, Traduzido por Paulo da Mata Machado, 1945;

Hesse, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Traducción e interpretación de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Civitas, 2001;

Informativo Virtual de Jurisprudência n.º 343 do Supremo Tribunal Federal.  
www.stf.gov.br;

Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal. 1.º Volume – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2001;

\_\_\_\_\_. *Código penal anotado*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997;

Júnior, José Cretella. *Prática de Processo administrativo*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999;

Lessa, Sebastião José. *Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância de Acordo com as Leis 8.112/90, 8.429/92 e 9.784/99*. 3.ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001;

Liszt, Franz Von. *A teoria finalista no direito penal*. São Paulo: LZN, 2005;

Martínez, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999;

\_\_\_\_\_. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004;

Martynuik, Cláudio Eduardo. *Positivismo hermeneutico y teoria de los sistemas*. Bueno Aires: Biblos, 1994;

Medauar, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

Mello, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997;

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1979;

Mendes, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999;

Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo v. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

Moreira, Egon Bockmann. *Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei n.º 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000;

Moussallem, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001;

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 8.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel, 1997;

Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005;

Pereira, Jane Reis Gonçalves. *As restrições de direitos fundamentais nas relações especiais de sujeição. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Organizadores Daniel Sarmiento e Flavio Galdino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

Pereira, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

Rivero, Jean. *Curso de Direito Administrativo Comparado*. 2.<sup>a</sup> Ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

Sandulli, Aldo M. *Manuale di Diritto Amministrativo. XV Edizione*. V. 1. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Joveni, 1989;

Santi, Eurico Marcos Dinis de. *Lançamento tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1996;

Schmidt, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

Tavares, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3.<sup>a</sup> Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

Tavares, Marcelo Leonardo e outros. *A reforma da previdência social*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004;

Temer, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

Valeriano, Sebastião Saulo. *Novo regime jurídico dos servidores públicos civis da União*. 3.<sup>a</sup>ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999;

Vilanova, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997;

\_\_\_\_\_. *Notas para um ensaio sobre a cultura. Estudos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: IBET/AXIS MUNDI, 2003;

\_\_\_\_\_. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947;

Vitta, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003;

Wambier, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 2, 5.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

Warat, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2.<sup>a</sup>ed. Porto Alegre: FAFE, 1995;

Welzel, Hans. *Direito Penal*. Tradução Afonso Celso Rezende. Direito Penal. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Romana, 2003;

Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998;

Zancaner, Weida. *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Coleção Temas de Direito Administrativo. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

## ANEXO I

### **Tabelas de dosimetria da sanção de suspensão disciplinar inerente ao Departamento de polícia Federal**

Instrução Normativa n.º 04-DG/DPF, de 14 de junho de 1991, que atualiza as normas internas do DPF sobre a feitura de processo administrativo disciplinar e sindicância e mantém a dosimetria para aplicação da pena de suspensão e dá outras providências: Capítulo VIII, "Da aplicação da Penalidade"

"62. As normas ínsitas neste título, destinam-se a disciplinar a aplicação das penas de advertência, repreensão e suspensão até trinta dias.

62.1. Na aplicação da pena observar-se-á o regime jurídico peculiar a cada servidor.

63. Conforme dispõem os artigos 373 do Decreto 59.310/66 e 130 da Lei 8.112/90, a reincidência implicará em pena de suspensão.

64. Para cada uma das transgressões previstas nos itens constantes do parágrafo único do art. 373 do Decreto 59.310/66 e art. 130 da Lei 8.112/90, fica estabelecida a quantidade de dias de suspensão a ser aplicada ao servidor faltoso, com fixação dos limites mínimo e máximo, que é a pena "in abstracto", conforme tabela anexa à presente instrução normativa.

64.1. Na tabela fica estabelecido, ainda, o "quantum" de dias de suspensão a ser aplicado quando da prática de falta de natureza leve, sendo o infrator reincidente.

65. A pena definitiva ou "in concreto", será fixada a partir da pena-base, que é o termo médio entre os extremos da pena "in abstrato" cominada, elevando-se ou diminuindo-se a quantidade de dias com base na existência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, não se podendo ir além do máximo ou ficar aquém do mínimo estabelecido.
66. As prescrições dos incisos I a V do artigo 371 do Dec. 59.310/66 serão utilizadas como agravantes ou atenuantes da pena, sempre de forma fundamentada.
- 66.1. Observar-se-á também na mensuração da pena o disposto no parágrafo único do art. 371, do citado decreto.
- 66.2. Tratando-se de servidor não integrante da carreira policial, observar-se-á, quando da imposição da pena, a regra do artigo 128 da Lei 8.112/90.
67. Quando o servidor, mediante mais de uma ação ou omissão, transgredir mais de um dispositivo disciplinar, será sancionado com as respectivas penas, cumulativamente.
- 67.1. A regra do concurso material de infrações será observada também nas transgressões previstas na Lei 8.112/90.
68. Se o servidor, mediante uma só ação ou omissão, pratica duas ou mais faltas, idênticas ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um terço.
69. Nas demais penalidades, inclusive conversão de suspensão em multa, observar-se-á o disposto nas Leis 8.112/90, 4.878/65 e no Decreto 59.310/66.

## TABELA DOSIMÉTRICA PARA PENAS DE SUSPENSÃO

Decreto Nº 59.310/66

| AR<br>T | ITEM | TRANSGRESSÃO  | PENA<br>“IN<br>ABSTRATO” | PENA-BASE |
|---------|------|---|--------------------------|-----------|
| 364     | I    | - referir-se de modo depreciativo às autoridades e atos da administração pública, qualquer que seja o meio empregado para esse fim;   | 01 a 05 dias             | 03 dias.  |
|         | II   | - divulgar, através da imprensa escrita, falada ou televisionada, fatos ocorridos na repartição, proporcionar-lhe a divulgação, bem como referir-se desrespeitosa e depreciativamente às autoridades e atos da administração; | 01 a 05 dias             | 03 dias.  |
|         | III  | - promover manifestação contra atos da administração ou movimento de apreço ou despreço a quaisquer autoridades;  | 02 a 10 dias.            | 06 dias.  |
|         | VI   | - deixar, habitualmente, de saldar dívidas legítimas;   | 01 a 05 dias.            | 03 dias.  |
|         | VII  | - manter relações de  |                          |           |

|  |       |   |               |          |
|--|-------|---|---------------|----------|
|  |       | amizade ou exibir-se em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais, sem razão de serviço;   | 02 a 10 dias. | 06 dias. |
|  | VIII  | - praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a função policial;   | 02 a 20 dias. | 11 dias. |
|  | X     | - retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;   | 01 a 05 dias. | 03 dias. |
|  | XVIII | - utilizar-se do anonimato para qualquer fim;   | 01 a 05 dias. | 03 dias. |
|  | XX    | - deixar de cumprir ou fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e os regulamentos;   | 02 a 06 dias. | 04 dias. |
|  | XXI   | - deixar de comunicar à autoridade competente, ou a quem a esteja substituindo, informação que tiver sobre iminente perturbação de ordem pública, ou da boa marcha do serviço, tão logo disso tenha conhecimento; | 01 a 05 dias. | 03 dias. |
|  | XXVI  | - aconselhar ou concorrer para não ser cumprida qualquer ordem de   | 02 a 10 dias. | 06 dias. |

|  |        |   |               |          |
|--|--------|---|---------------|----------|
|  |        | autoridade competente, ou para que seja retardada a sua execução;   |               |          |
|  | XXVII  | - simular doença para esquivar-se ao cumprimento de obrigação;  | 02 a 08 dias. | 05 dias. |
|  | XXIX   | - trabalhar mal, intencionalmente ou por negligência;   | 02 a 10 dias  | 06 dias. |
|  | XXX    | - faltar ou chegar atrasado ao serviço, ou deixar de participar, com antecedência, à autoridade a que estiver subordinado, a impossibilidade de comparecer à repartição, salvo motivo justo;                      | 01 a 05 dias  | 03 dias. |
|  | XXXI   | - permutar o serviço sem expressa permissão de autoridade competente;   | 01 a 03 dias. | 02 dias. |
|  | XXXII  | - abandonar o serviço para o qual tenha sido designado;   | 02 a 16 dias  | 09 dias. |
|  | XXXIII | - não se apresentar, sem motivo justo, ao fim de licença para trato de interesses particulares, férias ou dispensa de serviço, ou, ainda, depois de saber que qualquer delas foi interrompida por ordem superior; | 01 a 05 dias  | 03 dias. |

|  |            |  |               |          |
|--|------------|--|---------------|----------|
|  | XXXI<br>V  | - atribuir-se a qualidade de representante de qualquer repartição do Departamento de Polícia Federal de Segurança Pública e da Polícia do Distrito Federal, ou de seus dirigentes, sem estar expressamente autorizado; | 02 a 06 dias. | 04 dias. |
|  | XXXV       | - contrair dívida ou assumir compromisso superior à suas possibilidades financeiras, comprometendo o bom nome da repartição;   | 02 a 06 dias. | 04 dias. |
|  | XXXV<br>II | - fazer uso indevido de arma que lhe tenha sido confiada para o serviço;   | 02 a 10 dias. | 06 dias. |
|  | XXXI<br>X  | - permitir que presos conservem em seu poder instrumentos com que possam causar danos nas dependências a que estejam recolhidos, ou produzir lesões em terceiros;  | 02 a 14 dias. | 08 dias. |
|  | XLI        | - desrespeitar ou procrastinar o cumprimento de decisão ou ordem judicial, bem como criticá-la;  | 01 a 05 dias. | 03 dias. |
|  | XLII       | - dirigir-se ou referi-se a superior hierárquico de modo desrespeitoso;  | 04 a 16 dias. | 10 dias. |
|  | XLVI       | - deixar, sem justa causa, de  |               |          |

|  |       |   |               |          |
|--|-------|---|---------------|----------|
|  |       | submeter-se a inspeção médica determinada por lei ou pela autoridade competente;  | 02 a 06 dias. | 04 dias. |
|  | XLVII | - deixar de concluir nos prazos legais, sem motivo justo, inquéritos policiais ou disciplinares, ou Quanto a estes últimos, como membro da respectiva comissão, negligenciar no cumprimento das obrigações que lhe são inerentes; | 02 a 08 dias. | 05 dias. |
|  | LVI   | - impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, mesmo ocorrendo incomunicabilidade, a presença de seu advogado;                                       | 01 a 05 dias. | 03 dias. |
|  | LVII  | - ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais, ou com abuso de poder;  | 02 a 14 dias. | 08 dias. |
|  | LIX   | - deixar de comunicar imediatamente ao juiz competente a prisão em flagrante de qualquer pessoa;  | 01 a 05 dias. | 03 dias. |

|  |       |  |               |          |
|--|-------|--|---------------|----------|
|  | LX    | - levar à prisão e nela conservar quem quer que se proponha a prestar fiança permitida em lei;     | 02 a 06 dias. | 04 dias. |
|  | LXIII | - atentar, com abuso de autoridade ou prevalecendo-se dela, contra a inviolabilidade de Domicílio; | 04 a 20 dias. | 12 dias  |
|  | --    | - cometimento de falta de natureza leve, sendo o transgressor reincidente.                         | 01 a 03 dias. | 02 dias. |

TABELA DOSIMÉTRICA PARA PENAS DE SUSPENSÃO

LEI Nº 8.112/90

| ART | INC   | TRANSGRESSÃO   | PENA<br>"IN<br>ABSTRATO" | PENA-BASE |
|-----|-------|--|--------------------------|-----------|
| 117 | XVII  | - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias. | 01 a 05 dias             | 03 dias.  |
|     | XVIII | - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o   | 02 a 20 dias.            | 11 dias.  |

|     |      |   |               |          |
|-----|------|---|---------------|----------|
|     |      | exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.   |               |          |
| 130 | § 1º | - será punido com suspensão de até 15 (Quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido à inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação. | 01 a 15 dias. | 08 dias. |
|     | --   | - cometimento de falta de natureza leve, sendo o transgressor reincidente.  | 01 a 03 dias. | 02 dias. |

## **ANEXO II**

### **Anteprojeto de Lei Orgânica do Departamento de Polícia Federal enviado para consulta pública pelo Ministério da Justiça**

Projeto de Lei No , de de de 2004

Institui a Lei Orgânica da Polícia Federal, dispõe sobre normas gerais para sua organização, seu funcionamento e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte lei:

(...)

#### **TÍTULO VII DO REGIME DISCIPLINAR**

#### **CAPÍTULO I DAS RESPONSABILIDADES**

Art. 93. Pelo exercício irregular de suas atribuições, o Policial Federal responde civil, penal e administrativamente, ficando sujeito às respectivas sanções.

Art. 94. A responsabilidade civil decorre de conduta culposa ou dolosa que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

Art. 95. A responsabilidade administrativa resulta de ato ou omissão no desempenho do cargo ou função e por atos da vida privada que comprometam a função policial.

Art. 96. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 97. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

## **CAPÍTULO II**

### **DO COMPORTAMENTO**

Art. 98. Para fins disciplinares e para os demais efeitos legais, o comportamento do servidor da Polícia Federal será considerado:

I – excelente, quando, no período de sessenta meses, não tiver sofrido qualquer punição;

II – bom, quando, no período de quarenta e oito meses, não tiver sofrido pena de suspensão;

III – insuficiente, quando, no período de vinte e quatro meses, tiver sofrido até duas penas de suspensão; e

IV – mau, quando, no período de vinte e quatro meses, tiver sofrido mais de duas penas de suspensão.

§1º Para a reclassificação de comportamento, três advertências equivalerão a uma suspensão.

§2º A reclassificação do comportamento dar-se-á, anualmente, por ato do Diretor-Geral da Polícia Federal, de acordo com os prazos e critérios estabelecidos neste artigo.

§3º O conceito atribuído ao comportamento do servidor da Polícia Federal, nos termos do disposto neste artigo, será considerado para:

I – os fins dos artigos 117 e 118, desta Lei;

II – indicação na participação em cursos de aperfeiçoamento; e

III – participação em programa reeducativo, nas hipóteses dos incisos III e IV do **caput** deste artigo, se a soma das penalidades de suspensão aplicadas for superior a sessenta dias.

Art. 99. O Corregedor-Geral deverá elaborar relatório anual de avaliação disciplinar a ser enviado ao Diretor-Geral da Polícia Federal, que dará conhecimento ao Ministro da Justiça.

§1o Os critérios de avaliação terão por base a aplicação nesta Lei.

§2o A avaliação deverá considerar a totalidade das infrações, a tipificação e as sanções correspondentes, o cargo do infrator e a localidade do cometimento da falta disciplinar.

Art. 100. Da decisão de reclassificação caberá recurso, no prazo de cinco dias, contados a partir da ciência do servidor, com efeito suspensivo, dirigido ao Diretor-Geral, que se não a reconsiderar no mesmo prazo, encaminha-lo-á ao Conselho Superior de Polícia.

Art. 101. Ao ingressar na Carreira Policial Federal, o servidor será classificado no bom comportamento.

§1o Os atuais integrantes do Quadro da Polícia Federal que, na data da publicação desta lei, enquadrem-se na hipótese do inciso I do art. 98, serão classificados no comportamento excelente, os demais, no bom comportamento.

§2o Enquanto não sobrevier a imposição de penalidade disciplinar, aplica-se o disposto no parágrafo anterior aos servidores que estejam respondendo a procedimento administrativo disciplinar.

§3o Salvo o disposto nos §§ 1o e 2o deste artigo, a classificação do comportamento, conforme tratado neste Capítulo, não surtirá efeitos retroativos.

### **CAPÍTULO III**

#### **DAS RECOMPENSAS**

Art. 102. As recompensas constituem-se em reconhecimento aos bons serviços, atos meritórios e trabalhos relevantes prestados pelo Policial Federal.

Art. 103. São recompensas da Polícia Federal:

- I – Prêmios de honra ao mérito;
- II – condecorações por serviços prestados; e
- II – elogios, louvores e referências elogiosas.

Parágrafo único - As recompensas serão concedidas de acordo com as normas estabelecidas em regulamento específico.

#### **CAPÍTULO IV**

#### **DOS DEVERES**

Art. 104. Cumpre ao servidor regido por esta lei atuar no sentido de promover a confiança e o prestígio da atividade policial, competindo-lhe, ainda, observar os deveres gerais de:

I – isenção;

II – zelo;

III – obediência;

IV – lealdade;

V – sigilo;

VI – urbanidade;

VII – assiduidade; e

VIII – pontualidade.

§1º O dever de isenção consiste em atuar com independência em relação aos interesses particulares de qualquer natureza.

§2º O dever de zelo consiste em exercer suas atribuições com presteza, cuidado, dedicação e rendimento funcional.

§3º O dever de obediência consiste em acatar e cumprir as ordens dos superiores hierárquicos, exceto as manifestamente ilegais.

§4º O dever de lealdade consiste em exercer suas atividades com respeito e fidelidade à Polícia Federal e aos demais órgãos e instituições a que servir.

§5º O dever de sigilo consiste em guardar segredo profissional relativamente aos fatos de que tenha conhecimento em virtude do exercício das suas funções e que não sejam de domínio público.

§6º O dever de urbanidade consiste no comportamento cortês, respeitoso e solidário para com os colegas, superiores hierárquicos, subordinados e para com o público em geral.

§7o O dever de assiduidade consiste em comparecer regular e continuamente ao serviço.

§8o O dever de pontualidade consiste em comparecer ao serviço dentro do horário designado.

Art. 105. São também deveres do Policial Federal aqueles cuja violação importe em transgressão disciplinar, nos termos da Seção III, do Capítulo V, deste Título.

## **CAPÍTULO V**

### **DAS PENAS DISCIPLINARES E SUA APLICAÇÃO**

#### **Seção I**

##### **Das Penas Disciplinares**

Art. 106. São penas disciplinares:

I – advertência;

II – multa;

III – suspensão;

IV – destituição de cargo em comissão ou função gratificada;

V – demissão; e

VI – cassação de aposentadoria ou de disponibilidade.

Art. 107. A advertência será aplicada por escrito, devendo constar dos assentamentos individuais do servidor e ser considerada para os efeitos do disposto no art. 98 desta Lei.

Art. 108. A pena de multa, descontada em folha nos termos da lei, poderá substituir a pena de suspensão quando esta não for superior a vinte dias, desde que, em razão do serviço, haja necessidade e seja conveniente a permanência do servidor na repartição.

§1o Na hipótese do **caput**, a conversão far-se-á na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou de remuneração.

§2o Os valores das multas aplicadas serão destinados exclusivamente ao implemento do programa reeducativo referido no inciso III, § 3º, do art. 98, desta Lei.

Art. 109. A pena de suspensão, considerada para os fins do disposto no art. 98 desta lei, determina o não exercício do cargo e a perda, para efeitos de remuneração, tempo de serviço, férias e aposentadoria, de tantos dias quantos tenham durado a suspensão.

§1o A pena de suspensão não excederá a noventa dias sendo que quando fixada acima de sessenta

dias sujeitará o infrator, compulsoriamente, à participação em programa reeducativo, estabelecido em regulamento.

§2o A pena de suspensão de trinta e um a sessenta dias retardará em um ano, contado do termo do cumprimento da pena, a promoção na carreira, podendo o servidor, no regresso à atividade, ser colocado, sempre que possível, em setor diverso do que se encontrava em exercício.

§3o A pena de suspensão de sessenta e um a noventa dias retardará em dois anos, contado do termo do cumprimento da pena, a promoção na carreira, podendo o servidor, no regresso à atividade, ser colocado, sempre que possível, em setor diverso do que se encontrava em exercício.

§4o Durante o cumprimento da pena de suspensão o servidor permanece sujeito ao regime disciplinar.

§5o A aplicação da pena de suspensão não prejudica o direito à assistência à saúde concedida pelo Departamento de Polícia Federal.

§ 6º As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de três e cinco anos de exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesses **períodos** praticado nova infração disciplinar.

Art. 110. A pena de demissão consiste na perda do vínculo funcional, impedindo o retorno do exservido ao Serviço Público Federal, nos termos desta Lei.

Art. 111. A pena de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade será aplicada ao servidor que, em atividade, praticar infração disciplinar sujeita à penalidade de demissão.

Parágrafo único. O servidor posto em disponibilidade que, convocado pela Administração, recusar-se sem justificativa a retornar ao serviço, terá sua disponibilidade cassada.

## **Seção II**

### **Da Aplicação das Penas Disciplinares**

#### **Subseção I**

##### **Disposições Gerais**

Art. 112. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Parágrafo único. Observado o disposto no Capítulo VI deste Título, a declaração de nulidade de penalidade, decorrente de processo findo, para substituí-la por outra mais gravosa, não importa em duplicidade de punição, quando anulada a primeira e ouvido previamente o interessado.

Art. 113. Na aplicação das penas disciplinares, a autoridade julgadora levará em consideração a natureza da infração, sua gravidade, as circunstâncias de tempo e lugar em que foi praticada e, também, as atenuantes e as agravantes, podendo abrandar ou agravar a pena sugerida pela Comissão Processante.

Parágrafo único. Na imposição da pena, a autoridade julgadora levará em consideração, ainda, e quando for o caso, se e em que medida o risco inerente à atividade policial contribuiu para o especial agravamento do resultado da conduta.

#### **Subseção II**

##### **Da Competência para a Aplicação de Penalidade**

Art. 114. São competentes para julgar e aplicar a sanção disciplinar:

I – o Presidente da República, nos casos de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

II – o Ministro da Justiça, no caso de suspensão até noventa dias;

III – o Corregedor-Geral, no caso de suspensão até sessenta dias; e

IV – os Corregedores Regionais, nos casos de advertência e de suspensão até trinta dias.

Parágrafo único. A competência prevista neste artigo não obsta a iniciativa das autoridades hierarquicamente superiores, conforme disposto em instrução normativa.

Art. 115. Após a publicação da decisão, o órgão de pessoal providenciará as anotações cabíveis nos assentamentos individuais do servidor, iniciando-se a partir de então o cumprimento da penalidade.

Art. 116. Após o decurso do prazo de efetivo exercício de três anos da aplicação da penalidade de advertência e, de cinco anos, da penalidade de suspensão, as respectivas anotações serão canceladas, se no período o servidor não houver praticado nova infração disciplinar.

Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

### **Subseção III**

#### **Das Circunstâncias Atenuantes e Agravantes**

Art. 117. São circunstâncias que atenuam a pena disciplinar:

I – excelente comportamento, nos termos do inciso I do art. 98, desta Lei;

II – ter o servidor, espontaneamente, procurado reparar, minimizar ou de alguma forma reduzir as conseqüências da infração praticada;

III – confissão espontânea;

IV – elogios ou referências elogiosas conferidos ao servidor em razão da prestação de relevantes serviços à Polícia Federal; e

V – colaboração espontânea do servidor para a elucidação do fato objeto de apuração, com indicação dos envolvidos e as circunstâncias em que foi praticada a infração disciplinar.

Art. 118. São circunstâncias que agravam a pena disciplinar:

I – mau comportamento, nos termos do inciso IV do art. 98 desta Lei;

II – dano ao serviço ou ao patrimônio público;

III – repercussão do fato de forma a comprometer a imagem da Polícia Federal;

IV – reincidência; e

V – concurso de pessoas.

Parágrafo único. Verifica-se a reincidência quando o servidor cometer nova infração após cumprimento de penalidade, observado o disposto no § 6º do art. 109.

Art. 119. Em infração disciplinar sujeita à pena de suspensão, a incidência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, consideradas primeiro aquelas e depois estas, em no máximo três cada uma, reduz ou eleva em um sexto a pena base, observados o mínimo e o máximo legais.

Art. 120. Não haverá compensação entre circunstâncias atenuantes e agravantes.

#### **Subseção IV**

##### **Das Causas Excludentes da Responsabilidade Disciplinar**

Art. 121. Não há infração disciplinar quando a conduta é praticada:

I – em legítima defesa, própria ou de outrem;

II – em estado de necessidade; e

III – em exercício regular de direito ou no estrito cumprimento de dever legal.

Art. 122. Não há culpa quando o servidor pratica o fato sob coação irresistível ou em estrito cumprimento de ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico.

Art. 123. A privação acidental e involuntária dos sentidos, no momento da prática da infração, devidamente comprovada em exame pericial, afasta a imputabilidade do servidor.

Art. 124. A prescrição e a morte extinguem a punibilidade.

Art. 125. Reconhecida incidência de causa de extinção de punibilidade, a autoridade competente deverá declará-la de ofício.

§1o Se o reconhecimento de qualquer causa de extinção da punibilidade ocorrer durante o curso do processo administrativo disciplinar ou da sindicância, a comissão deverá relatar essa circunstância e encaminhar os autos à autoridade instauradora.

§2o Recebidos os autos, a autoridade determinará o seu arquivamento ou, se discordar da comissão, o prosseguimento da apuração.

§3o Em qualquer hipótese de extinção de punibilidade a Administração poderá dar continuidade à instrução processual ou determinar o desarquivamento, em face de interesse público ou de requerimento do interessado.

§4o Constatando-se, no curso do procedimento, a existência de outras irregularidades, a autoridade determinará o seu desmembramento e a instauração do respectivo apuratório.

§5o A extinção da punibilidade não será objeto de registro nos assentamentos funcionais do servidor.

### **Seção III**

#### **Das Infrações Disciplinares**

Art. 126. São infrações disciplinares sujeitas à pena de advertência, aplicada por escrito, se o fato não ensejar aplicação de penalidade mais grave:

I – A inobservância dos deveres previstos no art. 104;

II – faltar à verdade no exercício de suas funções, por malícia ou má-fé;

III – negligenciar a guarda de objeto ou documento que, em decorrência da função ou para o seu exercício, tenha-lhe sido confiado, possibilitando que se danifique ou extravie;

IV – lançar, em livros oficiais de registro, anotações, queixas, reivindicações ou quaisquer outras matérias estranhas à finalidade deles;

V – chegar atrasado ao serviço, salvo por motivo justo, ou ausentar-se, sem autorização;

VI – dificultar ou deixar de levar ao conhecimento da autoridade competente, por via hierárquica e em vinte e quatro horas, salvo por motivo justo, queixa, representação, petição, recurso ou documento que houver recebido, se não estiver na sua alçada resolvê-lo;

VII – deixar de informar com presteza os processos que lhe forem encaminhados;

VIII – deixar de comunicar imediatamente, por escrito, à autoridade competente, faltas ou irregularidades que haja presenciado ou das quais tenha tido ciência;

IX - não se apresentar, sem motivo justo, ao fim dos afastamentos regulamentares;

X - deixar de cumprir ou fazer cumprir, na esfera de suas atribuições, as leis e os regulamentos; e

XI – apresentar-se para o serviço embriagado ou sob o efeito de substâncias químicas que causem dependência física ou provoquem alteração do desempenho intelectual ou motor.

Art. 127. São infrações disciplinares sujeitas à pena de suspensão não superior a quinze dias, se o fato não ensejar aplicação de penalidade mais grave:

I – negligenciar ou descumprir a execução de qualquer ordem legítima;

II – apresentar, maliciosamente, parte, queixa ou representação;

III – desrespeitar ou procrastinar o cumprimento de decisão ou ordem judicial;

IV – contrair ou deixar de saldar habitualmente dívidas, ou assumir compromisso superior as suas possibilidades financeiras, valendo-se do cargo ou função, comprometendo o bom nome da repartição;

V – referir-se de modo depreciativo às autoridades e a atos da Administração Pública, qualquer que seja o meio empregado para esse fim;

VI – propiciar ou divulgar, através da imprensa escrita, falada, televisionada ou da mídia eletrônica, fatos ocorridos na repartição, sem que esteja autorizado pela autoridade competente;

VII – retirar, sem prévia autorização da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

VIII – publicar, sem ordem expressa da autoridade competente, documentos oficiais, embora não reservados, ou ensejar a divulgação de seu conteúdo, no todo ou em parte;

IX – deixar de comunicar à autoridade competente, ou a quem a esteja substituindo, informação que tiver sobre iminente perturbação da ordem pública, tão logo disso tenha conhecimento;

X – faltar ao serviço, ou deixar de participar, com antecedência, à autoridade a que estiver subordinado, a impossibilidade de comparecer à repartição, salvo motivo justo;

XI – deixar de concluir, nos prazos legais, sem motivo justo, procedimentos policiais ou disciplinares, ou negligenciar no cumprimento das obrigações que lhe são inerentes;

XII – impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase de inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado a presença de seu advogado, salvo motivo justo;

XIII – fazer uso indevido da carteira funcional;

XIV – deixar de fazer as comunicações pertinentes à prisão de qualquer pessoa; e

XV – permutar o serviço sem expressa permissão da autoridade competente.

Art. 128. São infrações disciplinares sujeitas à pena de suspensão não superior a trinta dias, se o fato não ensejar aplicação de penalidade mais grave:

I – deixar, sem justa causa, de submeter-se à inspeção médica determinada por lei ou pela autoridade competente;

II – levar à prisão ou nela conservar quem quer que se proponha a prestar fiança permitida em lei;

III – simular doença para esquivar-se ao cumprimento de obrigação;

IV – atribuir-se, no intuito de obter proveito pessoal, a qualidade de representante de qualquer repartição da Polícia Federal, ou de seus dirigentes, sem estar autorizado;

V – impedir ou dificultar a apuração de falta disciplinar, ou frustrar de qualquer modo a aplicação da pena administrativa;

VI – dar causa, sem motivo justificado, à ocorrência da prescrição para a aplicação de penas disciplinares;

VII – aconselhar ou concorrer para não ser cumprida qualquer ordem de autoridade competente, ou para que seja retardada a sua execução;

VIII – promover manifestação contra atos da Administração ou movimentos de despreço a quaisquer autoridades;

IX - trabalhar mal, intencionalmente ou por negligência; e

X - freqüentar, de forma habitual, lugares incompatíveis com o decoro da função policial, salvo motivo justificado.

Art. 129. São infrações disciplinares sujeitas à pena de suspensão não superior a sessenta dias, se o fato não ensejar aplicação de penalidade mais grave:

I – fazer uso indevido de arma;

II – praticar, em serviço, vias de fato ou grave ameaça a servidor ou particular;

III – ordenar ou executar medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais, ou com abuso de poder;

IV – omitir-se ou faltar com a verdade em depoimentos prestados em procedimentos disciplinares e criminais, na condição de testemunha;

V – fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou interprete em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral;

VI – abandonar o serviço para o qual tenha sido designado;

VII – apresentar-se embriagado para o serviço ou embriagar-se durante a jornada de trabalho;

VIII – atentar, com abuso de autoridade, ou prevalecendo-se dela, contra a inviolabilidade do domicílio;

IX - exercer o direito de greve de modo abusivo, em afronta a dispositivo de lei ou a ordem judicial;

X - permitir, mediante negligência, que presos conservem em seu poder instrumentos com que possam causar danos nas dependências em que estejam recolhidos, ou produzir lesões em terceiros; e

XI – indispor funcionários contra os seus superiores hierárquicos ou provocar, velada ou ostensivamente, animosidade entre funcionários.

Art. 130. São infrações disciplinares sujeitas à pena de suspensão não superior a noventa dias, se o fato não ensejar aplicação de penalidade mais grave:

I – negligenciar o serviço de segurança para o qual tenha sido escalado, colocando em risco a vida ou a incolumidade física de pessoas, de dependências, de equipamentos ou de bens da repartição policial;

II – possibilitar, mediante negligência, a fuga de preso sob responsabilidade ou custódia da Polícia Federal;

III – insubordinação grave em serviço;

IV – cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de encargo que lhe competir ou a seus subordinados;

V – participar de gerência ou administração de empresa, qualquer que seja sua natureza;

VI – exercer comércio ou participar de sociedade comercial, salvo como acionista, cotista ou comanditário;

VII – praticar a usura em qualquer de suas formas;

VIII – pleitear, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de vencimentos, proventos, pensões ou vantagens de parentes até segundo grau civil;

IX - fazer uso indevido de arma;

X - dar causa, intencionalmente, ao extravio ou danificação de objetos ou documentos pertencentes à repartição;

XI – exercer, a qualquer título, atividade pública ou privada, profissional ou liberal, estranha a de seu cargo, ressalvadas as exceções previstas nesta lei e na Constituição Federal;

XII – indicar ou insinuar, no interesse pessoal, nome de advogado para assistir pessoa que se encontre respondendo a procedimento policial ou administrativo;

XIII – manter relações de amizade ou exibir-se em público com pessoas de notórios e desabonadores antecedentes criminais, sem razão de serviço; e

IX - praticar ato que importe em escândalo ou que concorra para comprometer a função policial, no exercício do cargo ou em razão dele.

Art. 131. Configuram infrações disciplinares sujeitas à pena de demissão e à de cassação de aposentadoria:

I – crime contra a administração pública;

II – crime hediondo;

III – improbidade administrativa;

IV – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

V – ofensa física grave e dolosa, em serviço, contra servidor ou particular;

VI – insubordinação grave;

VII – aplicação irregular de dinheiro público;

VIII – revelação de fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IX - abandono de cargo, como tal entendido a ausência do serviço, sem justa causa, por mais de trinta dias consecutivos;

X - falta ao serviço por sessenta dias intercalados, sem causa justificada, durante o período de doze meses;

- XI – corrupção, assim entendida os atos de solicitar, exigir ou receber propina, comissão, vantagem, ou aceitar promessa de vantagem, e proveitos pessoais de quaisquer espécies, em razão das atribuições que exerce, com ou sem violação de dever funcional;
- XII – Valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- XIII – praticar com habitualidade atos atentatórios à moral e aos bons costumes;
- XIV – praticar ato lesivo à honra ou ao patrimônio da pessoa, natural ou jurídica, com abuso ou desvio de poder, ou sem competência legal;
- XV – possibilitar a fuga de preso sob responsabilidade ou custódia da Polícia Federal;
- XVI – retardar ou deixar de praticar de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, em detrimento do interesse público;
- XVII – atribuir-se indevidamente a qualidade de representante de qualquer repartição da Polícia Federal, ou de seus dirigentes, para lograr vantagem ou satisfazer interesse pessoal, próprio ou de outrem;
- XVIII – omitir-se no zelo da integridade física ou moral dos presos sob a sua guarda;
- XIX – submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei;
- XX - maltratar preso sob sua guarda ou usar de violência desnecessária no exercício da função policial;
- XXI – acumular cargos, empregos ou funções públicas, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei e na Constituição Federal;
- XXII – cobrar carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa que não tenha apoio em lei;
- XXIII – prevalecer-se, abusivamente, da condição de policial.
- XXIV – ameaçar ou intimidar por quaisquer meio pessoas que venham a prestar esclarecimentos ou produzir prova em procedimentos administrativos ou criminais;
- XXV – permitir que presos conservem em seu poder instrumentos com que possam causar danos nas dependências em que estejam recolhidos, ou produzir lesões a terceiros; e

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

§1o Nas hipóteses dos incisos I e II, a demissão dependerá de decisão judicial transitada em julgado.

§2o Poderá, ainda, ser aplicada a pena de demissão, ocorrendo contumácia na prática de transgressões disciplinares.

§3o A contumácia consiste no cometimento de três ou mais infrações disciplinares, da mesma natureza ou não, punidas com pena de suspensão, no período de cinco anos, contados da primeira punição.

§4o A apuração das faltas previstas nos incisos IX, X e XXI do **caput** observará o rito sumário, nos termos desta Lei e, no que couber, o disposto no art. 133 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 132. O servidor demitido ou que teve cassada sua aposentadoria ou disponibilidade com fulcro nos incisos XII e XXVI do art. 131, fica incompatibilizado para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos.

Parágrafo único. O servidor demitido que teve cassada sua aposentadoria ou disponibilidade com fulcro nos incisos I, II, III, IV, VII, XI e XXIII, do art. 131, fica incompatibilizado para nova investidura em cargo na Carreira Policial Federal.

## **CAPÍTULO VI**

### **DA PRESCRIÇÃO**

Art. 133. Prescreve em cinco anos a aplicação de sanção disciplinar.

Art. 134. Quando a infração disciplinar configurar crime, observar-se-á o prazo de prescrição disposto na lei penal se este não for inferior a cinco anos.

Art. 135. A prescrição começará a correr da data em que a autoridade tomar conhecimento da existência de fato que possa ser caracterizada como infração disciplinar.

Art. 136. O prazo prescricional será interrompido com o ato que determinar a instauração do processo disciplinar, voltando a fluir com o termo dos prazos assinalado nesta Lei para conclusão do julgamento.

## **TÍTULO VIII**

### **DA SINDICÂNCIA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

#### **CAPÍTULO I**

##### **DA SINDICÂNCIA**

Art. 137. A autoridade que tiver ciência de irregularidade da qual possa resultar infração disciplinar promoverá a sua apuração imediata, por meio da instauração de sindicância.

§1º A autoridade promoverá desde logo a abertura de processo administrativo disciplinar, segundo o rito próprio, se presentes elementos probatórios suficientes à demonstração da autoria e da materialidade de fato passível de capitulação como transgressão disciplinar.

§2º Configurando-se fato que tipifique ilícito penal, será encaminhada, de imediato, cópia dos autos ao Ministério Público.

§3º Será competente para baixar o ato de instauração de sindicância o Diretor-Geral e o Corregedor-Geral da Polícia Federal, no âmbito dos Órgãos Centrais, o Superintendente Regional e o Corregedor-Regional de Polícia, no âmbito das Superintendências Regionais e de suas Delegacias subordinadas e o Chefe da Delegacia no âmbito das Delegacias de Polícia Federal.

Art. 138. A sindicância, conduzida por servidor estável, de nível hierárquico igual ou superior ao do servidor investigado, tem caráter inquisitório e será concluída no prazo de vinte dias, admitida a prorrogação por igual período.

§1º Observado o disposto no **caput**, a prorrogação do prazo far-se-á por ato da autoridade instauradora, à vista das razões expostas pelo sindicante.

§2º Salvo demonstração da efetiva ocorrência de prejuízo, a extrapolação do prazo de que trata o **caput** não acarretará nulidade.

§3o A contagem do prazo para a conclusão da sindicância terá início com a publicação da Portaria de instauração, que conterà a descrição resumida e objetiva dos fatos que constituem a irregularidade a ser apurada.

Art. 139. A instrução da sindicância compreenderá a realização de diligências necessárias a coligir elementos de convicção acerca da materialidade da infração e da sua autoria.

Parágrafo único. Para fins do **caput**, serão realizadas diligências, oitivas, acareações e investigações em geral, objetivando a coleta de provas.

Art. 140. Salvo se inconveniente à instrução, ao prestar depoimento, o sindicado poderá se fazer acompanhar de advogado, facultado o direito de formular perguntas, bem assim oferecer quesitos, tratando-se de prova pericial.

Art. 141. Constatando-se que da publicidade dos atos investigatórios poderá decorrer prejuízo à apuração dos fatos, a autoridade instauradora, mediante representação do sindicante, decretará, em decisão fundamentada, o sigilo do procedimento.

§1o Os atos de instauração, de prorrogação e de conclusão da sindicância serão publicados em boletim interno.

§2o Os autos da sindicância não poderão ser retirados da repartição e, desde que não subsistam razões de sigilo, o servidor investigado, ou seu procurador legalmente constituído, poderá compulsá-los e deles requerer e obter cópias.

Art. 142. Sempre que necessário e indispensável à investigação, o sindicante representará à autoridade instauradora quanto ao afastamento dos envolvidos nos fatos em apuração.

Parágrafo único. Na fase da sindicância, o afastamento não excederá o prazo necessário à realização dos atos investigatórios, em face dos quais se reputou necessária a decretação da medida.

Art. 143. Ao fim da apuração, cumpre ao sindicante elaborar relatório circunstanciado e conclusivo sobre os fatos objeto da apuração, encaminhando os autos à autoridade instauradora,

sugerindo:

I – o arquivamento da sindicância:

a) se inexistente o fato;

- b) se existindo o fato, este não configurar infração disciplinar; e
- c) se demonstrada de forma inequívoca a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade disciplinar, prevista no art. 121.

II – abertura de processo administrativo disciplinar.

Parágrafo único. Quando se concluir pela abertura de processo administrativo disciplinar, no relatório constará a tipificação da conduta, a indicação dos dispositivos violados e a autoria do fato.

Art. 144. Recebidos os autos da sindicância a autoridade instauradora poderá determinar o arquivamento ou a instauração do processo administrativo disciplinar, conforme relatório final.

Art. 145. A autoridade poderá discordar do relatório apresentado e, quando for o caso, determinar a realização das diligências que entender necessárias, assinalando prazo para sua realização.

Art. 146. A sindicância será registrada em livro próprio, a cargo:

- I – da Corregedoria-Geral da Polícia Federal, no Órgão central;
- II – da Corregedoria Regional de Polícia, nas Superintendências Regionais; e
- III – do responsável pelo cartório, nas Delegacias de Polícia Federal.

## **CAPÍTULO II**

### **DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

#### **Seção I**

##### **Das Disposições Gerais**

Art. 147. O processo administrativo disciplinar é instrumento destinado a determinar a responsabilidade de servidor por infração disciplinar, ainda que cometida fora da função ou no seu efetivo exercício.

§1º Observada a competência para imposição da respectiva pena disciplinar, nos termos do art. 114, o processo será instaurado no local do fato ou naquele em que for mais conveniente à realização da instrução.

§2o O processo disciplinar será instaurado pelos titulares das Corregedorias da Polícia Federal mediante requisição dos Superintendentes Regionais ou determinação do Diretor-Geral da Polícia Federal.

§3o Far-se-á a instauração do processo mediante portaria que conterà a constituição da comissão processante, a designação dos seus membros e de seu presidente, o nome do acusado e o resumo dos fatos que lhe são imputados.

§4o Ao editar a portaria, a autoridade instauradora disporá, quando for o caso, acerca do afastamento do servidor.

§ 5º É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por seu defensor.

Art. 148. O processo administrativo disciplinar observará o rito ordinário, conforme disposto nesta Lei.

§1o Será, no entanto, observado o rito sumário quando a pena a ser aplicada não for, em tese, superior à suspensão de até trinta dias.

§2o Concluindo-se **in concreto** pela imposição de pena superior a trinta dias de suspensão, converter-se-á o rito sumário em ordinário, reabrindo-se a instrução com aproveitamento dos atos já praticados.

Art. 149. A comissão manter-se-á designada enquanto não publicada a decisão de imposição da pena disciplinar.

Art. 150. Os autos da sindicância serão considerados peça de instrução do processo administrativo disciplinar, independentemente do rito adotado, podendo embasar decisão condenatória quando as provas nela colhidas se harmonizarem com outros elementos probatórios produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Art. 151. Ante a superveniência, na instrução, de fatos não contemplados no ato de instauração do processo em curso, conexos com o objeto da apuração e que tipifiquem transgressão disciplinar, a

autoridade instauradora, por iniciativa do presidente da comissão processante, procederá ao respectivo aditamento da portaria inaugural.

Parágrafo único. Apresentada a defesa, a autoridade instauradora, ante a superveniência de novos fatos passíveis de configurar transgressão disciplinar, procederá nos termos do art. 137.

## **Seção II**

### **Do Rito Sumário**

Art. 152. Instaurar-se-á processo administrativo disciplinar sob o rito sumário mediante portaria da autoridade competente, que nomeará comissão processante constituída de dois ou três integrantes, todos estáveis, sendo o seu presidente de nível hierárquico igual ou superior ao do servidor acusado.

§1º Publicada a portaria de que trata o **caput**, a comissão se reunirá no primeiro dia útil seguinte, cumprindo ao seu presidente lavrar termo em que contenha:

I – descrição articulada da falta atribuída ao servidor;

II – designação de data, hora e local para o interrogatório;

III – designação de data, hora e local para a realização da audiência concentrada de instrução no prazo de dez dias após a citação do acusado;

IV – intimação para que o servidor apresente, na audiência concentrada de instrução, toda prova documental que possuir e a faculdade de indicar até cinco testemunhas; e

V – notificação de que, na mesma audiência, serão produzidas as provas da Comissão.

§2º O termo de que trata o §1º deste artigo instruirá mandado de citação e intimação expedido ao servidor para ciência e acompanhamento dos termos do processo administrativo disciplinar.

§3º O presidente da comissão poderá ouvir testemunhas em número superior ao indicado no inciso IV do §1º deste artigo, se necessário à formação da convicção acerca dos fatos.

§4º A audiência, em que serão realizados todos os atos de instrução, é una e contínua; não sendo possível concluí-la no mesmo dia, prosseguirá no dia seguinte, até sua conclusão.

Art. 153. Concluída a instrução, a comissão designará data, hora e local para o interrogatório do acusado, após o qual, será aberta vista para defesa escrita, com prazo de cinco dias.

Art. 154. Observadas as disposições dos arts. 235 e 236, apresentada a defesa escrita, a Comissão se reunirá no dia útil seguinte para elaboração de relatório conclusivo, nos termos do art. 237.

Art. 155. Após o relatório, o servidor será intimado para apresentar suas alegações finais.

Art. 156. Recebidos os autos, a autoridade competente emitirá decisão no prazo de quinze dias.

Art. 157. O prazo para conclusão dos trabalhos da comissão será de trinta dias, prorrogáveis por igual período, se necessário, mediante justificativas nos autos.

### **Seção III**

#### **Do Rito Ordinário**

Art. 158. Instaurar-se-á processo administrativo disciplinar sob o rito ordinário quando a falta disciplinar, por sua natureza, puder determinar suspensão acima de trinta dias, demissão ou cassação de aposentadoria ou de disponibilidade.

Parágrafo único. O Processo Administrativo Disciplinar sob o rito ordinário será concluído no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, a critério da autoridade instauradora mediante justificativa fundamentada.

Art. 159. O rito ordinário compreenderá:

I – elaboração de termo conforme o disposto no art. 161;

II – citação;

III – instrução, que compreende a produção da prova e o interrogatório;

IV – defesa escrita;

V – relatório final conclusivo;

VI – alegações finais; e

VII – decisão.

Art. 160. Sob o rito ordinário, o processo administrativo disciplinar será conduzido por comissão processante composta por três servidores estáveis, preferencialmente bacharéis em Direito, sendo o seu presidente de hierarquia igual ou superior ao acusado.

Art. 161. Publicada a portaria de instauração, a comissão instalará os trabalhos e elaborará termo que deverá conter:

I – a indicação da autoria;

II – a classificação da conduta, mediante indicação dos dispositivos legais violados e aqueles que prevêm a penalidade aplicável; e

III – o resumo articulado dos fatos.

Parágrafo único. O termo de que trata o **caput** instruirá o respectivo mandado de citação e intimação expedido ao servidor.

Art. 162. A Comissão Processante promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova e, quando necessário, recorrerá a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Art. 163. O acusado será intimado da produção de provas e da realização de diligências com antecedência mínima de quarenta e oito horas, sendo-lhe facultado arrolar testemunhas, no máximo de oito, formular quesitos e indicar demais provas que pretende produzir.

Art. 164. Concluída a fase inicial da instrução, com a produção das provas indicadas, o presidente da comissão marcará data, hora e local para a realização do interrogatório do acusado, ao fim do qual abrir-se-lhe-á vista para, no prazo de dez dias, apresentar defesa escrita.

Art. 165. Apresentadas as razões de defesa, a Comissão Processante elaborará relatório conclusivo, nos termos do art. 237.

Art. 166. Ultimado o relatório, a comissão intimará o servidor para apresentar suas alegações finais, encaminhando os autos, em seguida, para julgamento.

Art. 167. Recebidos os autos a autoridade competente promoverá o julgamento.

### **CAPÍTULO III**

## **DOS ATOS PROCESSUAIS**

### **Seção I**

#### **Das Disposições Gerais**

Art. 168. Os atos da sindicância e os do processo administrativo disciplinar não dependem de forma específica, salvo quando o exigir a lei, considerando-se válidos aqueles que, embora praticados de forma diversa, tenham alcançado sua finalidade.

Art. 169. No processo administrativo disciplinar a publicidade dos atos, o direito de consultar os autos e obter certidões restringe-se às autoridades nele oficiantes, aos envolvidos na apuração e aos seus representantes legalmente constituídos.

Art. 170. Salvo disposição expressa de lei em sentido contrário, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida fundada de sua autenticidade.

Art. 171. A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita administrativamente.

Art. 172. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar no processo administrativo disciplinar; poderá, todavia, em nome do interessado, praticar atos reputados urgentes. Neste caso, o advogado se obrigará a exibir o instrumento de mandato, no prazo de cinco dias.

Art. 173. Os atos do processo administrativo disciplinar serão realizados em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição por onde tramitar o processo ou no daquela em que o ato deva ser realizado.

Parágrafo único. Serão concluídos depois do horário normal de expediente os atos já iniciados, cujo adiamento prejudique o curso regular do processo.

Art. 174. Os atos do processo administrativo disciplinar serão praticados na sede da unidade onde o fato ocorreu ou no local onde o servidor tiver seu exercício, conforme melhor consultar ao interesse da apuração.

### **Seção II**

#### **Da Comunicação dos atos processuais**

## **Subseção I**

### **Das Citações**

Art. 175. O servidor acusado da prática de infração disciplinar será citado para participar do processo e se defender, pessoalmente ou por defensor constituído.

§1o Constará do mandado de citação que o acusado poderá fazer todas as provas admitidas em Direito e que o seu não comparecimento ou a não constituição de defensor, implicará a nomeação de defensor dativo pela comissão processante.

§2o O comparecimento espontâneo do servidor supre a irregularidade ou a falta de citação.

Art. 176. A citação far-se-á:

I – por entrega pessoal do mandado;

II – por carta precatória; ou,

III – por edital.

§1o A citação por entrega pessoal do mandado far-se-á por ato da comissão.

§2o Far-se-á a citação por carta precatória quando o servidor estiver em exercício em localidade diversa daquela por onde tramita o processo.

§3o Encontrando-se o acusado em lugar incerto ou não sabido, ou, ainda, verificando-se, após três tentativas, que se oculta para dificultar a citação, será esta realizada por edital, com prazo de quinze dias.

§4o O edital será publicado uma vez no Diário Oficial da União e no Boletim de Serviço, contando-se do dia útil imediato à sua publicação o início do prazo nele destinado ao conhecimento da citação.

## **Subseção II**

### **Das Intimações**

Art. 177. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência ao interessado dos atos e termos do procedimento disciplinar, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.

Art. 178. A intimação será feita pessoalmente ao servidor ou ao defensor dativo, ou mediante correspondência ao seu advogado.

Parágrafo único. Dos atos realizados em audiência reputam-se intimados, desde logo, o servidor e o seu respectivo defensor.

Art. 179. O servidor será intimado de todos os atos que resultem deveres, ônus, sanções ou restrição à sua defesa.

§1o O comparecimento do servidor supre a irregularidade ou a falta da intimação.

§2o As intimações consideram-se realizadas no dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente na Unidade onde o ato deva ser praticado.

### **Subseção III**

#### **Da Carta Precatória**

Art. 180. Ressalvado o interrogatório do servidor acusado, os atos da sindicância e os do processo administrativo disciplinar que devam ser praticados fora da Unidade por onde tramita a apuração do fato poderão ser objeto de carta precatória.

§1o Formalizada a carta, será esta encaminhada por intermédio da autoridade instauradora e cumprida pelas Corregedorias da Polícia Federal, conforme se dispuser em regulamento.

Art. 181. São requisitos da carta precatória:

I – a indicação das autoridades deprecante e deprecada;

II – a indicação do lugar onde se encontra instalada a comissão processante, o nome e a matrícula dos seus membros; e

III – a menção do ato e o prazo de seu cumprimento;

Parágrafo único. A carta será instruída com os documentos necessários ao seu cumprimento, fazendo-se acompanhar de quesitos quando necessário à compreensão do ato deprecado.

Art. 182. Havendo urgência, transmitir-se-á a carta precatória por telefone, fac-símile ou outro meio de comunicação de dados.

Parágrafo único. O servidor será intimado da expedição da carta, ficando ao seu encargo o acompanhamento do seu cumprimento.

Art. 183. A carta precatória tem caráter itinerante, podendo ser cumprida em Unidade diversa para a qual foi remetida, se assim for necessário à realização do ato deprecado.

### **Seção III**

#### **Dos Prazos**

Art. 184. Os prazos são contínuos, não se interrompendo nos feriados e serão computados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

Parágrafo único. Consideram-se prorrogados, até o primeiro dia útil seguinte, o início e o término dos prazos quando recaírem em feriado ou dia em que não haja expediente regular na repartição.

Art. 185. Decorrido o prazo, extingue-se para o servidor o direito de praticar o ato, salvo se provar que não o realizou por evento imprevisto, alheio à sua vontade ou à de seu procurador, hipótese em que o Presidente da Comissão Processante reabrir-lhe-á o prazo.

Art. 186. No silêncio da lei e não havendo designação pelo Presidente da Comissão Processante, o prazo para a prática dos atos no processo disciplinar, a cargo do servidor, será de quarenta e oito horas.

Parágrafo único. O servidor poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor.

Art. 187. Em caso de pluralidade de servidores acusados, os prazos contar-se-ão em dobro para apresentação da defesa escrita, das razões finais e dos recursos cabíveis.

Parágrafo único. Para fins do **caput**, a vista dos autos será realizada na repartição.

### **Seção IV**

#### **Das Nulidades**

Art. 188. Alcançada a finalidade do ato, ainda que irregular a forma adotada, não se lhe declarará a nulidade.

Art. 189. Salvo hipótese de vício insanável, a nulidade não será declarada em favor do servidor se a ela tiver dado causa.

§1o O servidor deverá argüir a nulidade na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão.

§2o Tratando-se de vício insanável a nulidade poderá ser declarada a qualquer tempo, a requerimento do servidor, ou de ofício, por ato da Comissão Processante, da autoridade instauradora ou da autoridade julgadora.

Art. 190. Ao ser pronunciada a nulidade, serão apontados os atos atingidos, adotando-se as providências necessárias a fim de que sejam saneados.

Parágrafo único. O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta se dele não resultar prejuízo.

Art. 191. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.

Art. 192. A autoridade julgadora, mediante decisão fundamentada, poderá convalidar os atos do procedimento que apresentem defeitos sanáveis, desde que não implique lesão ao interesse público nem prejuízo à defesa do acusado.

## **CAPÍTULO IV DAS PROVAS**

### **Seção I**

#### **Disposições Gerais**

Art. 193. Todos os meios de prova admitidos em direito e moralmente legítimos são hábeis a demonstrar a veracidade dos fatos.

Art. 194. Fazem também prova da infração disciplinar os indícios e as provas regularmente produzidas em processo judicial.

§1o Consideram-se indícios o conjunto de circunstâncias capazes de formar a convicção da existência do fato e de sua autoria.

§2o Para fins do **caput**, a produção da prova emprestada será precedida de autorização da autoridade judiciária competente.

Art. 195. O Presidente da Comissão Processante poderá limitar e excluir, mediante despacho fundamentado, as diligências e as provas que considerar excessivas, impertinentes, protelatórias ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Art. 196 Quando o servidor, ativo ou inativo, for convocado para prestar esclarecimentos em procedimento administrativo disciplinar e encontrar-se em local diverso daquele onde estiverem instalados os trabalhos de apuração, terá direito ao pagamento de passagens e diárias.

## **Seção II**

### **Da Prova Documental**

Art. 197. Fazem a mesma prova que o original as certidões de processos judiciais e as reproduções de documentos, autenticadas por oficial público, ou conferidas e autenticadas por servidor público para tanto competente.

Art. 198. Servem também à prova dos fatos o telegrama, o radiograma, a fotografia, o fonograma, a fita de vídeo e outros meios lícitos, inclusive os eletrônicos.

Art. 199. Compete ao acusado instruir sua defesa inscrita com todos os documentos necessários à prova de suas alegações.

§1o A qualquer tempo, até que sobrevenha o julgamento, com prolação de decisão, pela autoridade competente, novos documentos poderão ser juntados.

§2o Sempre que vier aos autos documento de que não se deu publicidade, será aberto vista ao servidor no prazo de quarenta e oito horas.

## **Seção III**

### **Da Prova Testemunhal**

Art. 200. A prova testemunhal é sempre admissível, podendo ser indeferida pelo Presidente da

Comissão Processante:

I – se os fatos, sobre os quais serão as testemunhas inquiridas, já foram provados por documentos ou confissão da parte; e

II – quando os fatos só puderem ser provados por documentos ou por perícia.

Art. 201. Ninguém poderá recusar-se a prestar depoimento, ser acareado ou executar trabalhos de sua competência solicitados pela comissão, salvo impossibilidade devidamente comprovada.

Art. 202. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via ser anexada aos autos, intimando-se o acusado da diligência com antecedência mínima de quarenta e oito horas.

§1o O mandado conterá data, hora e local de inquirição da testemunha.

§2o Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde se encontrar lotado, com indicação de data, hora e local marcados para a inquirição.

§3o Incumbe ao servidor apresentar rol de testemunhas à comissão no prazo de três dias após a citação.

Art. 203. Antes de depor, a testemunha será qualificada, indicando nome, idade, profissão, local e função de trabalho, número da cédula de identidade, residência, estado civil, bem como se tem parentesco com a parte e, se for servidor, o número de sua matrícula funcional.

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito, podendo, entretanto, fazer breves consultas a apontamentos.

Art. 205. As testemunhas serão inquiridas individualmente, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o presidente da comissão adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Art. 206. Na redação do depoimento, o presidente da comissão deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas.

Art. 207. As testemunhas serão inquiridas pelo presidente da comissão e, em seguida, pelos demais membros, que consignarão diretamente as respostas.

Art. 208. O acusado, seu defensor constituído, dativo ou **ad hoc** poderão reinquirir as testemunhas por intermédio do presidente da comissão.

Art. 209. Se a testemunha, por motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer à audiência, mas não de prestar depoimento, o presidente da comissão processante poderá designar data, hora e local para inquiri-la.

Art. 210. Sendo necessária a oitiva de servidor que estiver preso, o Presidente da Comissão Processante solicitará à autoridade competente que apresente o acusado em dia e hora designados para a realização da audiência.

Parágrafo único. O Presidente da Comissão Processante poderá, ao invés de realizar a audiência mencionada no **caput**, fazer a inquirição por escrito, na forma de quesitos, dirigindo correspondência à autoridade competente.

Art. 211. Incumbirá ao servidor levar à audiência, independentemente de intimação, as testemunhas por ela indicadas que não sejam servidores da Polícia Federal, decaindo do direito de ouvidas, caso não compareçam.

Art. 212. O Presidente da Comissão Processante poderá determinar, de ofício ou a requerimento:

I – a oitiva de testemunhas referidas nos depoimentos; e

II – a acareação de duas ou mais testemunhas, ou de alguma delas com o servidor acusado, quando houver divergência essencial entre as declarações sobre fato que possa ser determinante na conclusão do procedimento.

Art. 213. O policiamento das audiências é exercido pelo presidente da comissão, que usará dos meios necessários para impedir que sejam tumultuados os trabalhos, determinando a retirada do recinto daqueles que se comportem inconvenientemente.

Art. 214. Se o presidente da comissão verificar que a presença do acusado, em razão da sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença de defensor designado para o ato, devendo constar do termo a ocorrência e os motivos que determinaram a providência.

## **Seção IV**

### **Da Prova Pericial**

Art. 215. A prova pericial consistirá em exames, vistorias e avaliações e será indeferida pelo presidente da comissão processante, quando dela não depender a prova do fato.

Parágrafo único. Nomeado perito, a comissão processante e o acusado apresentarão quesitos no prazo de quarenta e oito horas, sobre os pontos relevantes acerca da matéria objeto da prova.

Art. 216. Se o exame tiver por objeto a autenticidade ou falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, a Comissão Processante requisitará elementos junto às autoridades policiais ou judiciais, quando em curso investigação criminal ou processo judicial.

Art. 217. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade de letra ou firma, o Presidente da Comissão Processante poderá solicitar documentos existentes em repartição pública e determinar, a quem se atribui a autoria do documento, que copie ou escreva, sob ditado, em folha de papel, dizeres diferentes, para fins de comparação e posterior perícia.

Art. 218. Ocorrendo necessidade de perícia médica do servidor, o órgão pericial dará à solicitação caráter urgente e preferencial.

Art. 219. Quando não houver possibilidade de obtenção de elementos junto às autoridades policiais ou judiciais e a perícia for indispensável para a conclusão do processo, o Presidente da Comissão solicitará à autoridade instauradora a contratação de perito para esse fim.

## **CAPÍTULO V**

### **DO INTERROGATÓRIO**

Art. 220. O interrogatório do acusado, que será notificado com antecedência mínima de quarenta e oito horas, deverá ser realizado de modo que possibilite à comissão o mais amplo conhecimento do fato e, ao servidor, o exercício de sua autodefesa.

§1o O silêncio do servidor não importa em confissão nem será interpretado em seu desfavor.

§2o Após as perguntas da comissão, o presidente indagará ao acusado ou a seu defensor se restou algum fato ou questão a serem esclarecidos, formulando as perguntas correspondentes, se assim entender pertinente e relevante.

Art. 221. Se o servidor confessar a autoria da infração, será perguntado sobre os motivos e as circunstâncias do fato e se outras pessoas contribuíram para a sua prática, e quais sejam.

Art. 222. Havendo mais de um acusado, cada um deles será interrogado separadamente, e, sempre que divergirem em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias, será efetuada a respectiva acareação.

Art. 223. O acusado será interrogado na forma prevista para a inquirição de testemunhas, vedada

a presença de terceiros, exceto a de seu defensor.

Art. 224. O termo de audiência será lavrado, rubricado e assinado pelos membros da comissão, pelo servidor e, se for o caso, por seu defensor.

Art. 225. A ausência do servidor ao seu interrogatório não obsta o julgamento, todavia, comparecendo, até que se ultime o relatório da comissão processante, poderá ele ser interrogado.

Parágrafo único. A autoridade julgadora poderá baixar os autos em diligência para realização de novo interrogatório, se assim entender indispensável à formação de sua convicção.

## **CAPÍTULO VI DOS INCIDENTES PROCESSUAIS**

Art. 226. É impedido de exercer suas funções em procedimentos disciplinares o servidor ou autoridade que:

I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II – tenha participado ou venha participar como perito, testemunha ou representante do acusado;

III – quando o acusado for seu cônjuge, parente consangüíneo ou afim em linha reta, ou na colateral até o terceiro grau; e

IV – esteja litigando judicial ou administrativamente com o acusado ou o seu cônjuge ou companheiro.

Art. 227. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar, sob pena de responsabilização pelo retardamento a que der causa na conclusão do julgamento.

Art. 228. A argüição de suspeição de parcialidade de alguns ou de todos os membros da Comissão Processante, do defensor ou da autoridade far-se-á nas hipóteses de amizade íntima ou inimizade notória e capital com o acusado, seu cônjuge, parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau.

Art. 229. Autuada na forma de incidente, a argüição de impedimento ou de suspeição será feita mediante declaração escrita e motivada, na primeira oportunidade em que o membro da comissão, o servidor ou a autoridade couber falar nos autos.

§1o Sobre a suspeição argüida, a autoridade instauradora do procedimento:

I – se a acolher, tomará as medidas cabíveis, necessárias à substituição do suspeito, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto na Seção IV do Capítulo III, deste Título; e

II – se a rejeitar, motivará a decisão e devolverá o processo ao Presidente da Comissão Processante, para prosseguimento.

§2o Quando a argüição for formulada pela autoridade instauradora ou contra ela deduzida, o incidente será encaminhado à autoridade superior.

Art. 230. Quando houver dúvida sobre a sanidade mental do acusado, a comissão proporá à autoridade competente que ele seja submetido a exame por junta médica oficial, na qual participe médico psiquiatra.

§1o Na hipótese deste artigo, a autoridade instauradora nomeará curador ao acusado, de preferência bacharel em direito.

§2o O incidente de sanidade mental será autuado em apartado e apenso ao processo principal, após a expedição do laudo pericial.

## **CAPÍTULO VII**

### **DA SUSPENSÃO DO PROCESSO DISCIPLINAR**

Art. 231. Suspende-se o processo disciplinar:

I – por motivo de força maior;

II – até que sobrevenha laudo técnico em incidente de sanidade mental do servidor;

III – quando a realização do julgamento dependa de pronunciamento sobre questão prejudicial objeto de decisão noutro processo, administrativo ou judicial;

IV – no caso de morte ou de incapacidade do defensor constituído; e

V – em face de argüição de impedimento ou de suspeição, nos termos dos arts. 226 e 228.

§1o Na hipótese do inciso IV, do **caput** deste artigo, o Presidente da Comissão Processante assinalará prazo de cinco dias para a substituição, ao fim do qual, se for o caso, nomeará defensor dativo.

§2o A suspensão do processo disciplinar implica a suspensão do curso da prescrição.

Art. 232. A pendência de cumprimento de carta precatória não obsta a conclusão do procedimento disciplinar, salvo se se tratar da realização de ato essencial à apuração do fato.

Art. 233. Durante a suspensão do processo, o presidente da comissão poderá determinar a realização de diligências que, se adiadas, possam ser prejudicadas.

Art. 234. Havendo pluralidade de acusados e incidindo causa de suspensão em face de um deles, o presidente da comissão determinará, quanto a este, o desmembramento do processo, que prosseguirá quanto aos demais em seus ulteriores termos.

## **CAPÍTULO VIII**

### **DA DEFESA ESCRITA**

Art. 235. A defesa será sempre escrita, podendo o acusado, antes de apresentá-la, encaminhar à comissão requerimento protestando pela realização de diligências, fundamentando a necessidade de sua realização.

§1o O presidente da comissão, dentro de quarenta e oito horas e em despacho fundamentado, poderá indeferir o requerimento, desde que as diligências sejam desnecessárias ao esclarecimento do fato ou que se apresentem com objetivo evidentemente protelatório.

§2o Deferido o pedido e cumpridas as diligências ou indeferidas as consideradas protelatórias, o prazo de defesa será reaberto.

Art. 236. Nenhum servidor acusado da prática de infração disciplinar será julgado sem a respectiva defesa escrita.

Parágrafo único. Certificada nos autos a ausência de defesa, o presidente da comissão processante nomeará defensor dativo, com formação jurídica, para, fundamentadamente, elaborar a defesa do servidor.

## **CAPÍTULO IX**

### **DO RELATÓRIO DA COMISSAO PROCESSANTE**

Art. 237. Apresentada e apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório circunstanciado, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará, expressamente, as provas em que se baseou para formar a sua convicção, fazendo constar em relação a cada servidor:

I – a síntese das acusações inicialmente formuladas;

II – os fatos apurados durante a instrução;

III – a síntese das razões de defesa e sua apreciação; e

IV – a conclusão, na qual se pronunciará pela inocência ou pela responsabilidade do servidor, indicando, se a hipótese for esta última, a disposição legal ou regulamentar correspondente.

Parágrafo único. A Comissão poderá, ainda, sugerir a desclassificação da infração ou quaisquer providências que se apresentem adequadas ou de interesse para o serviço, apontando fatos que, tendo chegado ao seu conhecimento, devam ser apurados em outro processo.

## **CAPÍTULO X**

### **DAS ALEGAÇÕES FINAIS**

Art. 238. Após a conclusão do relatório, a comissão processante, por ato de seu presidente, abrirá vista ao acusado para, no prazo de cinco dias, apresentar suas alegações finais em forma de memoriais.

Art. 239. Salvo motivo justificado, é vedada a argüição de matéria nova a que por força da preclusão cumpria ao acusado deduzir ao tempo de sua defesa escrita.

Art. 240. Decorrido o prazo sem manifestação, o presidente da comissão certificará o fato nos autos, encaminhando-os em seguida à autoridade instauradora.

## **CAPÍTULO XI**

### **DO JULGAMENTO**

Art. 241. A autoridade julgadora não fica vinculada ao relatório da Comissão Processante, podendo, ainda, converter o julgamento em diligência a fim de complementar as provas produzidas, sanar eventuais irregularidades ou colher esclarecimento que reputar necessário.

Parágrafo único. A autoridade julgará decidindo:

- I – pela absolvição do acusado;
- II – pela punição do acusado; e
- III – pelo arquivamento, quando extinta a punibilidade.

Art. 242. O acusado será absolvido, quando reconhecido:

- I – estar provada a inexistência do fato;
- II – não haver prova da existência do fato;
- III – não constituir o fato infração disciplinar;
- IV – não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração disciplinar;
- V – não existir prova suficiente para a condenação; e
- VI – a existência de quaisquer das causas de que tratam os arts. 121 a 125.

Art. 243. Antes do julgamento, os autos do processo administrativo disciplinar serão analisados pelo setor disciplinar respectivo, que emitirá parecer fundamentado, acerca da forma e do mérito, e proporá a sanção cabível.

Art. 244. Recebido o processo, a autoridade competente proferirá a decisão no prazo de vinte dias, formando e fundamentando sua convicção de acordo com a livre apreciação das provas.

§1o Quando as sanções e as providências cabíveis excederem à alçada da autoridade julgadora, esta deverá propô-las, dentro do prazo para julgamento, à autoridade competente.

§2o Havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para imposição da pena mais grave.

Art. 245. O julgamento fora do prazo legal, embora não implique em nulidade do processo, sujeita a autoridade julgadora à responsabilidade administrativa, quando der causa à prescrição.

Art. 246. O servidor acusado de abandono de cargo só poderá reassumir o exercício após o término do respectivo processo disciplinar, e se provada a sua inocência.

Art. 247. Se, antes de decidido na esfera administrativa, for o processo requisitado por autoridade judicial ou pelo Ministério Público, ser-lhe-á remetida uma das vias, permanecendo o original com a comissão.

Art. 248. O servidor só poderá ser exonerado a pedido após a conclusão do processo disciplinar a que responder, e desde que reconhecida sua inocência.

## **CAPÍTULO XII**

### **DO RECURSO E DA REVISÃO ADMINISTRATIVA**

#### **Seção I**

##### **Das Disposições Gerais**

Art. 249. As decisões proferidas em sede de recurso ou de revisão administrativa não agravarão a punição do servidor, serão sempre motivadas e indicarão, no caso de

provimento, as retificações necessárias e as providências quanto ao passado, dispondo sobre os efeitos retroativos à data do ato ou da decisão impugnada.

Art. 250. O recorrente poderá, a qualquer tempo, desistir do recurso interposto.

Art. 251. O servidor, que aceitar expressa ou tacitamente a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

Art. 252. Tratando-se de infração disciplinar cometida em concurso de pessoas, a decisão do recurso interposto por um dos servidores, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais.

Art. 253. O ingresso do recorrente na via judicial, ainda que para discussão de fatos objeto do recurso interposto, não prejudica o respectivo julgamento na instância administrativa.

## **Seção II**

### **Do Recurso Administrativo Disciplinar**

Art. 254. Da decisão que aplica penalidade disciplinar e daquelas que a mantêm, cabe recurso administrativo disciplinar.

Art. 255. O recurso administrativo disciplinar será interposto perante a autoridade prolatora da decisão, que, se não a retratar, encaminhará os autos àquela que lhe for hierarquicamente superior, observada a competência fixada no art. 114.

Art. 256. O recurso será interposto uma única vez perante a mesma autoridade e recebido no efeito meramente devolutivo.

Art. 257. O prazo para interposição do recurso administrativo disciplinar é de 30 (trinta) dias, contados da data da publicação oficial da decisão ou da ciência do interessado nos autos.

Parágrafo único. O recurso será processado em apartado, devendo o processo originário segui-lo para instrução.

Art. 258. O recurso não será conhecido quando interposto:

I – fora do prazo;

II – perante órgão incompetente;

III – por quem não seja legitimado; e

IV – após exaurida a esfera administrativa.

§1o Na hipótese do inciso II do **caput**, a autoridade fará o encaminhamento àquela que for competente.

§2o Considera-se exaurida a esfera administrativa tanto que prolatada, no âmbito da Presidência da República, a decisão acerca do recurso interposto.

§3o O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.

Art. 259. O recurso devolverá à autoridade superior o conhecimento da matéria impugnada; serão, porém, objeto de apreciação e julgamento todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a decisão não as tenha julgado por inteiro.

### **Seção III**

#### **Da Revisão do Processo**

Art. 260. A qualquer tempo poderá ser promovida, a pedido ou de ofício, a revisão do processo administrativo disciplinar do qual resultou aplicação de pena, desde que surjam fatos novos que justifiquem a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada.

§1o Tratando-se de servidor falecido ou considerado ausente, a revisão poderá ser requerida por parente em primeiro grau ou por qualquer das pessoas constantes dos seus assentamentos funcionais.

§2o A revisão correrá em apenso ao processo originário.

Art. 261. No processo revisional, o ônus da prova cabe ao requerente.

Art. 262. A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos ainda não apreciados no processo originário.

Art. 263. O requerimento da revisão do processo será dirigido ao Ministro da Justiça que, se o deferir, encaminhará o pedido ao Corregedor-Geral da Polícia Federal para que providencie a constituição da comissão revisora.

Parágrafo único. A constituição da comissão e o procedimento da revisão observarão as formalidades adotadas no processo de que resultou a sanção disciplinar.

Art. 264. O requerente solicitará que sejam designados dia e hora para a produção das provas e inquirição das testemunhas que arrolar.

Art. 265. Concluídos os trabalhos da comissão, em prazo não superior a sessenta dias, contados da data da publicação do ato de designação, será o processo, com o respectivo relatório, encaminhado ao Ministro da Justiça, que o julgará.

§1o Caberá ao Presidente da República o julgamento do processo revisto, cujo resultado tenha sido a pena de demissão ou a de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade.

§2o O prazo para o julgamento será de trinta dias, podendo ser renovado por igual período, após concluídas eventuais diligências determinadas pela autoridade julgadora.

Art. 266. A revisão poderá resultar no reexame da responsabilidade de todos os servidores punidos em virtude de um mesmo processo, ainda que requerida apenas por um deles.

Art. 267. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada restabelecendo-se todos os direitos por esta atingidos.

Parágrafo único. A procedência da revisão não prejudica, quando for o caso, a aplicação da penalidade cabível.

## **CAPÍTULO XIII**

### **DAS MEDIDAS ACAUTELATÓRIAS**

Art. 268. O servidor objeto de investigação em sindicância ou citado em processo administrativo disciplinar poderá participar de concurso de remoção.

Parágrafo único. Em razão de solicitação fundamentada da autoridade instauradora, no interesse da instrução, os efeitos da remoção poderão ser suspensos mediante decisão do Diretor-Geral.

Art. 269. O Corregedor-Geral da Polícia Federal poderá determinar a suspensão preventiva do servidor em qualquer fase do processo disciplinar, mediante despacho

fundamentado, desde que o afastamento seja necessário para a regular apuração da transgressão disciplinar.

§1o Nas faltas puníveis com a pena de demissão, a suspensão preventiva, mediante despacho fundamentado, poderá ser mantida até a decisão final do processo.

§2o Quando suficiente à normalidade do serviço e à regularidade dos trabalhos apuratórios, a suspensão preventiva do servidor limitar-se-á à sua remoção no âmbito da Unidade onde se encontre em exercício.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)