

## DIREITO DISCIPLINAR COMO CIÊNCIA

O Direito Disciplinar, enquanto ramo científico, tal qual o Direito Penal, deve primar pela correção e justiça. A Administração não pode patrocinar violências. Não pode pretender retorquir uma eventual incorreção de conduta agindo, também, incorretamente; não pode ser elemento desagregador de valores, proferindo decisões injustas, que arrasam com a honra e aniquilam carreiras.

O atual sistema de controle da disciplina está falido. O mundo evoluiu em tecnologia e em necessidades, mas a Administração Pública continua presa a conceitos ultrapassados e a uma burocracia absolutamente descomprometida com a lógica e a eficiência. Esta, aliás, é uma praga que vem atacando os institutos jurídicos e o Direito como um todo. Extremamente conservadora, tradicional, a ciência jurídica continua presa a pensadores da Antigüidade, como se o raciocínio da era pré-cristã necessariamente pudesse ser transposto às relações da sociedade do século XXI.

Todas as ciências operam em direção ao futuro e, de alguma forma, contribuem para a melhoria da vida. O Direito – incluindo-se aqui o seu reflexo na Administração Pública – praticamente não evolui. Perceba-se o quanto a medicina prosperou nos últimos cem anos. No início do século XX morria-se de *nó nas tripas*; mas o século fechou com avanços fantásticos, indo de eficientes vacinas aos inimagináveis transplantes. A engenharia, em todos os seus segmentos, proporcionou também maravilhas. O ano 1900 começou com o homem viajando em lombo de burros; cinqüenta anos depois, viajava-se na velocidade da bala de um fuzil e, logo em seguida, assistia-se o desembarque de astronautas na Lua. Perceba-se o quanto a química e a bio-química prosperaram, oferecendo à coletividade qualidade de vida superior. Enfim, não é difícil perceber a extraordinária contribuição de diversos ramos da ciência para o desenvolvimento do Brasil e da humanidade. E o Direito? O Direito parou. Ficou estagnado em discussões estéreis. A ciência jurídica não tem logrado oferecer ao povo uma resposta à altura das exigências de um novo tempo.

O sistema Judiciário, ainda que contando com o concurso da tecnologia, é lerdo e ineficiente. Um processo judicial que, na época de Rui Barbosa, levava cinco anos, continua levando cinco, dez, quinze, vinte anos. Fala-se, nos Tribunais Superiores, uma linguagem de deuses, que nem Hermes, o deus-intérprete, consegue explicar à sociedade angustiada.

Qual é a resposta do Direito Penal ao crescimento do crime e da insegurança? Abre caminhos para privilegiar assassinos, em detrimento da vítima, da viúva e dos órfãos; é uma fórmula retardada quando se trata de

restabelecer a paz do cidadão de bem, mas é *lépida e faceira* para devolver às ruas toda espécie de bandidos.

O sistema de repreensão social não resiste à mínima avaliação sob o crivo da razoabilidade. Há 300 anos conhece-se a fórmula razoável de punir e de ressocializar o indivíduo, mas o sistema não funciona. É como se o Estado tivesse o antídoto, mas nunca o colocasse na ampola para injetar no braço do doente moribundo.

O Direito Civil é uma pérola. Precioso nos conceitos. Moderno no conteúdo. Até o instante em que um cidadão não precisar exercê-lo contra a vontade ilegítima de um terceiro. Porque se precisar afirmar o seu direito, perante um magistrado, no meio entrará o processo. E um processo, que deveria ser um instrumento para simplificar o que é complicado, habitualmente complica o que é simples.

O Direito Administrativo não organizou um Estado melhor. A máquina dos serviços públicos funciona por teimosia, porque se dependesse da eficácia dos seus instrumentos, ficaria esvaída em uma burocracia inútil.

O controle da disciplina entra nesse desarranjo jurídico, em meio a uma enxurrada de leis (federal, estaduais e municipais) que estão absolutamente divorciadas da razoabilidade, completamente descomprometidas com um resultado eficaz. Em nome de um Estado democrático e de valores como segurança jurídica e ampla defesa, inventou-se uma fórmula esquisita, que dificulta ao Poder Público restabelecer a ordem entre os servidores *perniciosos*; e, curiosamente, impõe reações desproporcionais, via processo, a funcionários que, pelos seus pequenos equívocos, poderiam ser corrigidos, de maneira rápida, sem exposição, sem violência psicológica e sem constrangimentos.

Um pouco de racionalidade, todavia, veio ao mundo jurídico com dois instrumentos: a *transação penal* e o *ajustamento de conduta*. O Direito continua em débito com a sociedade e com a história, mas, pelo menos, deu dois passos que podem significar que ainda está vivo. O presente trabalho, por conseguinte, entra na sombra desses institutos, aproveita o entusiasmo decorrente dos seus resultados, para semear a idéia de, na seara do controle da disciplina, também promover-se a inovação.

Ou o Direito Disciplinar sustenta-se com um mínimo de fundamento científico – e atende o seu compromisso com a boa Administração e com o povo -, ou entrega-se, de vez, à inutilidade dos carimbos.

2

## INTRODUÇÃO AO PODER PUNITIVO

### DIREITO E INTELIGÊNCIA

Cícero ensinava que *Direito é inteligência*, Ulpiano proclamava pela justiça, como principal objeto do Direito. E a Constituição Federal cobra eficiência nas ações do Estado. Logo, qualquer solução que não seja inteligente, eficaz e justa não é solução jurídica: é mero produto da burocracia sem alma.

### LA POTESTAD

O centro da matéria disciplinar está na idéia matriz da *potestade pública*, ou *la potestad*, como dito no Direito espanhol. De acordo com Juan C. Cossagne<sup>1</sup>, *la potestad* “consiste en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo com el ordenamiento jurídico, puede generar situaciones que obligan a otros sujetos”. Pode-se traduzir a *potestade* como o poder que o Estado tem de, seguindo a ordem legal, produzir efeitos jurídicos ou materiais sobre pessoas físicas ou jurídicas.

Dentro dessa acepção, brota, no Direito espanhol, EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. O Estado, por meio de processos administrativos, exerce a *jurisdição administrativa*, tal qual exerce a jurisdição por meio de tribunais. Na esfera administrativa, portanto, o Estado também exercita o *jus puniendi*. Isso acontece em diversas situações, como, por exemplo, no controle do trânsito, em matéria tributária, no cumprimento dos códigos de postura (edificações), na vigilância sanitária, nas entidades financeiras, na ordem econômica, nos contratos administrativos, na defesa ambiental. E, obviamente, no controle dos serviços públicos e verificação da conduta dos seus agentes. Marcelo Caetano, clássico do Direito Administrativo português, já dizia que a Administração Pública tem uma atividade essencialmente processante. Quase tudo na rotina administrativa acontece no meio de processos. Muitos deles, de natureza sancionadora.

Exercendo esse poder, a Administração tem legitimidade para conhecer situações irregulares e adotar medidas punitivas ou corretivas. São soluções que impõem efeitos *materiais* (demolição de obra irregular) ou *jurídicos* (rescisão de contrato público, interdição de obra ou serviço, demissão de funcionário, cassação de licença). Para tanto, o Poder Público deve agir dentro do devido processo legal – o *processo administrativo sancionador* correspondente.

<sup>1</sup> Juan C. Cassagne – *Derecho Administrativo*, 3ªed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

No gênero *proceso administrativo sancionador*, está o processo que trata de faltas cometidas por funcionários, no exercício das suas atribuições ou com reflexo nelas.

### **Método universal**

Esta não é uma invenção do Direito espanhol, espreada para os países de língua espanhola. Essa doutrina é universal. O Estado dispõe de um poder – a potestade –, que exercita com os instrumentos de Direito, ora na via judicial, ora na via administrativa. No Brasil, prevalece absolutamente o mesmo raciocínio. Tem-se, aqui, o gênero **proceso administrativo** (sancionador), subdividido em espécies, como processo de rescisão de contrato, processo administrativo fiscal, processo de tomada de contas especial, processo administrativo disciplinar.

### **A relevância de um trabalho verdadeiramente técnico**

Por muito tempo, no Brasil, conviveu-se com a idéia da diferença de importância entre as duas categorias de processos, *judiciais* e *administrativos*. Àqueles, atribuía-se seriedade; a estes, diminuía-se o seu valor. Assim, os processos judiciais ganharam códigos e eram (e são) instruídos por autoridades qualificadas, especialmente preparadas para o ofício processante (magistrados); os processos administrativos, por sua vez, eram tratados ao improviso, sem código de procedimentos. Cada ente da Administração com o seu regimento, e cada funcionário responsável pelo trabalho interpretando e aplicando do seu jeito.

Na Argentina, esse quadro passou a ser enfrentado por Daniel E. Maljar, professor da *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Nacional de La Plata* e responsável pela *Unidad Administrativa de Control de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. O especialista aprofundou o que chama de *teoría general sobre el derecho administrativo sancionador*, considerando a multiplicação de tribunais administrativos, o grau cada vez maior de intervenção do Poder Público no controle das atividades sociais e a presença do Judiciário, do qual não se pode afastar o exame das decisões administrativas.

Maljar constatou que "actualmente, em nuestro país, cuando se instruye un sumario administrativo, las partes de la relación jurídica no saben qué principios jurídicos son, como regla general, aplicables, ni tampoco conocen si existe una franja de seguridad garantística establecida por el art. 18 de la C.N. (Constituição).<sup>2</sup> A partir dessa premissa, o professor desenvolveu um primoroso estudo, que sinaliza para o correto exercício de *la potestad*, ou seja, como, efetivamente, a Administração deve exercer o seu poder e, por consequência, como devem ser tratados os processos sancionadores. Trouxe,

---

<sup>2</sup> Daniel E. Maljar – *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

para a Argentina, a ciência, no lugar do improviso; o resultado, no lugar da burocracia sem finalidade.

No Brasil, Luiz Vicente Cernicchiaro, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, já havia observado o fim da obscura era dos processos de primeira categoria (judiciais) e de segunda categoria (administrativos). Em memorável artigo, publicado em 1997, observou que a Constituição de 1988 equiparou os processos administrativos aos processos judiciais e que, por conseguinte, “não há diferença entre funcionário e réu”, para efeitos de segurança jurídica nos processos a que forem submetidos, em tribunais ou na Administração.<sup>3</sup>

O advogado de Coimbra Francisco Rodeiro, em interessante monografia sobre a prova no processo disciplinar, mostra, por sua vez, o nível de segurança jurídica que se exige nesses expedientes. Para o especialista em Direito Europeu, o fato de o processo ser administrativo não exclui respeito a “fundamentos basilares de todos os sistemas jurídico-criminais e disciplinares dos países desenvolvidos”.<sup>4</sup>

### **Processo como necessidade**

Como se vê, os processos administrativos não são expedientes instruídos aleatoriamente, sem luz e sem direção. Pode-se dizer que o processo administrativo, como regra, é uma **necessidade** para que a Administração Pública possa impor sanções e, assim, exercer a *potestade* - o poder de produzir efeitos, materiais ou jurídicos, em terceiros. Mas esses efeitos também podem ser alcançados sem caráter de sanção e, muitas vezes, sem a necessidade de processo.

## **DIREITO DISCIPLINAR E PROCESSO DISCIPLINAR**

O Direito não está restrito à lei. J. Cretella Jr. observa, com efeito, que o processo administrativo é formado por *princípios teóricos e regras de direito positivo*<sup>5</sup>. Quando tratamos de Direito Disciplinar, devemos compreender que o processo é apenas uma parte dele. O trato da matéria disciplinar é mais amplo. O Direito Penal, por exemplo, não fica restrito ao processo penal. Ao contrário, envereda por outras searas, como a Sociologia, a Psicologia, a Criminologia. E não se esgota nas normas positivadas (legislação). Recolhe, por exemplo, as contribuições da doutrina e dos princípios.

Assim, devemos, para a melhor compreensão da matéria, entender que o círculo em torno do qual laboramos é o do DIREITO DISCIPLINAR. Dentro

---

<sup>3</sup> Luiz Vicente Cernicchiaro - Caderno *Direito & Justiça* – Correio Braziliense, 29.03.99 pág. 01.

<sup>4</sup> Francisco Rodeiro – *Os meios de prova no procedimento disciplinar português*, publicado como parte especial no livro *A Prova no Processo Disciplinar* – Leo da Silva Alves, Ed. Lúmen Júris, 2003.

<sup>5</sup> J. Cretella Jr. – *Prática de Processo Administrativo*, 3ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

dele, está o processo disciplinar, no qual não precisamos, necessariamente, tocar. Ou então, com ele vamos trabalhar, mas sem tirá-lo de dentro do círculo que o protege.

O processo administrativo, como leciona Cretella Jr., tem *princípios teóricos*. O Direito (Disciplinar) além dos princípios específicos do processo administrativo, possui princípios próprios, que se sobrepõem aos princípios gerais do processo.

### **Os princípios**

Em 1999, a Administração Pública federal brasileira ganhou a Lei nº 9.784, conhecida como *Lei do Processo Administrativo*. Antes, o Estado de São Paulo viu editada a Lei estadual nº 10.177, à qual se seguiram leis similares em outros Estados, como Mato Grosso e Sergipe. No texto federal, estão firmados, entre os princípios relacionados no *caput* do art. 2º, a finalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a eficiência. Assim, na esfera disciplinar, pressupõe-se, com um processo, que:

- a) atenda ao fim, que é a garantia da ordem e da justiça (finalidade);
- b) os meios e o resultado não contrariem a lógica e o bom senso (razoabilidade);
- c) a reação do Poder Público não vá além da lesão sofrida (proporcionalidade);
- d) sejam usados os instrumentos legítimos do Direito (segurança jurídica);
- e) chegue a um resultado que efetivamente atenda ao interesse público (eficiência).

Desta forma, os processos disciplinares devem ser desencadeados e conduzidos dentro desse raciocínio. Por outro turno, como se verá no presente trabalho, é perfeitamente possível, em alguns casos, alcançar-se o mesmo efeito sem que seja necessária a instauração de um processo disciplinar. O Estado pode exercer o seu poder – potestade –, sem o emprego de processo e, obviamente, sem ferir garantias constitucionais de terceiros. Isso se dá pelo *ajustamento de conduta*.

O *ajustamento de conduta* pode, assim, atender tanto aos princípios do processo administrativo como satisfazer, o que é mais interessante, aos princípios que orientam o Direito Disciplinar.

### **A RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL**

O Direito Disciplinar é uma espécie do gênero Direito Penal. Em 1935, Gerhard Hübernagel, na Alemanha, sustentava a existência do chamado DIREITO PENAL NÃO-CRIMINAL. Enquanto o Direito Penal Criminal trata de

crimes e contravenções, o *Direito Penal Não-Criminal* divide-se, segundo o doutrinador alemão, em:

- **Direito Penal Administrativo** – quando o Poder Público aplica sanções, no exercício, por exemplo, do seu poder de polícia;
- **Direito Penal Disciplinar** – relacionado à aplicação de sanções pela autoridade administrativa aos agentes da Administração, face infrações cometidas no desempenho das suas atribuições.

No Brasil, juristas de peso, como Nelson Hungria, Heleno Fragoso e Magalhães Noronha seguiram essa linha. Magalhães Noronha trata a questão disciplinar dentro do que chama de *Direito Penal Especial*.

Observe-se que o Estatuto da Advocacia trata, expressamente, do uso subsidiário dos diplomas penal e processual penal nos processos disciplinares a que se sujeitam os advogados. O mesmo faz a legislação que cuida dos processos disciplinares a que estão sujeitos os membros do Ministério Público federal.

### **Referência do Tribunal de Contas da União**

O Tribunal de Contas da União, hoje, é uma referência idônea para pôr fim à celeuma. Em Sessão Reservada, de 10.06.98 - Ata nº 22/98, Decisão nº 358/98 -, a Corte, referido-se a matéria disciplinar submetida à Corregedoria do órgão, decidiu:

“... no caso de omissão da Lei nº 8.112/90 e de suas alterações, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições contidas nas normas do Poder Judiciário, em especial os Códigos Penal e de Processo Penal.”

### **Os princípios do Direito Penal**

O argentino Daniel E. Maljar<sup>6</sup> vê a questão disciplinar como *ramificacione del gênero comum (...) que es el poder punitivo do Estado*.

Chega um momento, segundo o professor da Universidade Nacional de La Plata, que a questão ou fica afeta a **el derecho administrativo sancionador** ou a **el derecho penal común**. Mesmo quando se resume ao *derecho administrativo sancionador* (disciplinar) *entiendo que deben aplicarse (...) los principios del derecho penal*, diz o jurista.

O Tribunal Constitucional espanhol<sup>7</sup>, a propósito, decidiu:

<sup>6</sup> Obra citada.

*"... aplicables, sin perjuicio de las oportunas modulaciones, los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador (...) en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de esse precepto y la seguridad jurídica (...)".*

O Tribunal, obviamente, teve cautela ao explicar que cada espécie (sancionador e penal) mantém regramento específico. O que se aproveita são *princípios que resulten compatibles con su propia naturaleza*.

O Judiciário espanhol também proferiu<sup>8</sup>:

*"Es la doctrina ya consolidada que los principios inspiradores de el derecho penal son aplicables con ciertas matizaciones a el derecho sancionador administrativo. La razón es clara: ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado (...)*

O Direito Disciplinar, portanto, muito mais amplo que o mero processo disciplinar, precisa beber na fonte dos princípios do Direito Penal, em razão da natureza similar de ambas as ramificações.

<sup>7</sup> Entre outras decisões: STC 18/81, 29/89, 22/90, 246/91, 145/93, 12/94, 197/95, 7/98,

<sup>8</sup> TSEE, Sala 3ª, en el Contencioso Administrativo – Sentencias del 14/11/85, 10/11/86 y 20/1/87.

3

## CRIMINOLOGIA E POLÍTICA DE PREVENÇÃO DA INDISCIPLINA

Associado ao Direito Penal está a criminologia, que tem, no seu espectro de ação, o estudo dos meios de combater o crime depois de praticado. Entram aqui a compreensão do delito, os fatores externos que contribuíram para o resultado e a análise das possibilidades de redução de ocorrências. As medidas de prevenção podem ir da mudança da legislação ao desencadeamento de providências no âmbito social, como melhoria na educação, diminuição das desigualdades econômicas e campanhas de esclarecimento à sociedade.

Também se associa ao Direito Penal à Sociologia Criminal. E, nesta, ganha ênfase a *estatística criminal*. Por meios de dados numéricos, busca-se compreender os fatores internos e externos que mais contribuem para a incidência dos delitos.

O Direito Disciplinar deve se valer desse raciocínio de apoio. Não é razoável que todo o esforço se concentre unicamente no enfretamento dos casos concretos, desencadeando sindicâncias e processos disciplinares que se repetem, pelo mesmo motivo, mês após mês, ano após ano. O dinheiro público vai sendo, assim, consumido, sem que se desenvolva um trabalho que permita, pelo menos, manter sob controle as infrações.

Não se conseguiu, é verdade, combater por absoluto o crime. Ele aparece em sociedades miseráveis e em sociedades ricas; está entre pessoas incultas e entre cidadãos bem formados. Países com legislação rígida (como no mundo árabe) não eliminaram a praga. O crime faz parte da natureza humana. Todos os povos conviveram com ele e todos os povos, no correr dos séculos vindouros, por certo, continuarão a tê-lo na sua realidade. A diferença está na capacidade de controle. Quando o Estado perde o controle, um tipo de crime desencadeia outro e, assim, o fenômeno se alastra em proporção geométrica, invadindo as estruturas do próprio Estado. O mesmo acontece em relação às infrações disciplinares. Elas nunca desaparecerão por completo. Não há lei e não há regime que possa dar absoluta garantia de regularidade na ação dos agentes públicos. Mas é possível estabelecer mecanismos de controle. A exemplo da criminologia, propomos que a Administração desenvolva programas nesse sentido. Em especial, que:

- a) tenha um mapa real das ocorrências;
- b) realize estudos acerca das causas determinantes ou que, de alguma forma, influenciaram o resultado;
- c) proceda análise do perfil dos agentes infratores;
- d) execute uma avaliação crítica da legislação;
- e) examine os meios de controle;
- f) identifique mecanismos de correção e prevenção.

A estatística é necessária. A Psicologia, uma grande parceira.

Perceba-se que essa política não é devaneio. É uma exigência que pode ser identificada tanto no princípio da eficiência, que tem dignidade constitucional, quanto na *Lei de Responsabilidade Fiscal* – Lei Complementar nº 105/2000. Com efeito, enuncia o texto:

*Art. 1º - (...)*

*§ 1º - A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas...*

Vê-se, dessa maneira, que o gestor público tem o dever de desencadear ações de controle, que sejam planejadas e transparentes, com objetivo de prevenir riscos e corrigir desvios. Ao não fazê-lo, não só compromete o controle da disciplina em si, como abre espaço para gastos públicos com processos que poderiam ser evitados; com punições que, no fundo, punem o próprio serviço; com a obrigação de reintegrar por ordem judicial, anos depois, funcionários demitidos no bojo de expedientes juridicamente inseguros (o que representa pagar salários e vantagens ao longo do período em que esteve irregularmente afastado). São, enfim, somas de dinheiro público desperdiçadas.

O modelo de enfrentamento da indisciplina, hoje adotado no Brasil, faliu. Nada mais é do que um roteiro burocrático, desconectado de uma finalidade maior. A questão disciplinar não pode se limitar a formalidades, para satisfazer mecanismos formais de controle das obrigações de autoridades, temerosas por serem acionadas por prevaricação ou improbidade. A disciplina é um pilar importante na Administração Pública e, como tal, tem que ser tratada como seriedade. Para isso, existe o DIREITO DISCIPLINAR, que é ciência e não burocracia.

## **QUESTÃO CONCEITUAL**

Da essência do Direito Penal deve ser extraído o início do raciocínio para compreender o foco da matéria disciplinar. Veja-se:

*O Direito Penal é um segmento do ordenamento jurídico que possui a função de selecionar os comportamentos humanos graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco os valores fundamentais para a convivência social, descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.*

(FERNANDO CAPEZ – Curso de Direito Penal, Vol. 1 – Ed. Saraiva, 2003)

O Direito Disciplinar, por conseguinte, precisa ser visto como um segmento do ordenamento jurídico, com a função de selecionar os comportamentos de funcionários que sejam incompatíveis com os princípios que regem a Administração Pública ou que coloquem em risco a regularidade dos serviços públicos. Esses comportamentos são sinalizados como transgressões disciplinares, imputando-se aos seus agentes as respectivas sanções administrativas. É atribuição, ainda, desse ramo do Direito o estabelecimento de regras que levem à correta e justa avaliação dos comportamentos e, quando for o caso, aplicação das penalidades.

Pela relevância desse tópico, é conveniente desdobrar cada núcleo de raciocínio. Assim:

## **SEGMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

O Direito Disciplinar não existe em separado. Está integrado a um sistema jurídico. Portanto, as questões disciplinares precisam ser examinadas dentro de um contexto que é muito maior do que os estatutos funcionais.

## **SELECIONAR OS COMPORTAMENTOS**

A segurança jurídica impõe que os comportamentos *perniciosos* dos agentes públicos estejam selecionados em textos normativos (estatutos que regem os servidores públicos ou em legislação apartada). Embora seja princípio do Direito Disciplinar a atipicidade das faltas, isso não autoriza o Poder Público a avaliar as condutas dos seus funcionários de maneira aleatória. A legislação deve estabelecer objetivamente os deveres e as proibições, bem como identificar outras situações infracionais, que serão interpretadas, nos casos concretos, a partir de princípios informativos. A matéria que diz respeito ao Direito Disciplinar deve estar, necessariamente, associada a um *comportamento pernicioso*.

## **COMPORTAMENTOS PERNICIOSOS:**

***São incompatíveis com princípios que regem à Administração Pública.***

Entram aqui, especialmente, os comportamentos de funcionários que violam a legalidade (descumprimento injustificado da ordem jurídica); moralidade administrativa (valendo-se da função para uma satisfação ilegítima, própria ou de terceiro); agredem a impeccabilidade (quando o agente impõe critérios pessoais em desfavor de critérios técnicos); comprometem a eficiência (a partir da indolência, do desrespeito aos administrados, da indiferença com a real finalidade do serviço público).

Os crimes contra a Administração Pública e a improbidade administrativa estão dentro desse leque. A concussão, a corrupção, a prevaricação, por exemplo, antes de tudo, são flagrantes agressões aos princípios orientadores da ação pública, como inseridos no art 37, *caput*, da Constituição Federal.

### **Nem toda violação a princípio interessa à disciplina**

É preciso compreender que os agentes públicos em todos os níveis, inclusive o presidente da República, estão suscetíveis a arranhar um ou outro princípio que regula a Administração Pública. Nem toda violação, no entanto, é infracional sob a ótica da disciplina. Há meios administrativos e judiciais de retorsão. Entram, aqui, por exemplo, a Reclamação Administrativa, o Mandado de Segurança e a Ação Popular. Ou seja, a questão é retorquida, corrigida, por instrumentos que não passam pelo constrangimento do agente. Ataca-se o ato, não a pessoa. Esta será alcançada quando identificado o aspecto *pernicioso* da conduta.

#### **o Colocam em risco a regularidade dos serviços públicos.**

Ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização da chefia, a impontualidade e a inassiduidade, por exemplo, são situações de fato que comprometem o correto funcionamento do serviço, quer prejudicando a execução tempestiva de uma tarefa, quer abrindo espaço para uma situação desagregadora entre o conjunto de funcionários. A falta de urbanidade, por sua vez, é incompatível com o dever de cortesia; deixar de expedir tempestivamente certidões é um desrespeito aos direitos e aos interesses legítimos dos administrados; deixar de guardar sigilo sobre assuntos da repartição pode comprometer tanto a segurança quando o resultado de ações públicas.

### **Infração e pena**

Magalhães Noronha<sup>9</sup> explica que o delito é sempre uma ofensa à sociedade e a pena, conseqüentemente, deve atuar estritamente no sentido de defesa dessa sociedade. Pois na seara disciplinar, devemos observar que a infração, para ser compreendida como tal, deve estar associada a uma ofensa. No caso, ofensa aos princípios que são pilares da Administração ou à regularidade dos serviços. A reação da autoridade administrativa, em nome do Estado, precisa, por sua vez, levar em conta a defesa desses valores.

<sup>9</sup> E. Magalhães Noronha – *Direito Penal*, Vol. 1, Ed. Saraiva, 1977.

Noronha observa, ainda, que incumbe ao Direito Penal “tutelar os valores mais elevados ou preciosos, ou, se se quiser, ele atua somente onde há transgressão de valores mais importantes ou fundamentais para a sociedade”. Devemos, daqui, extrair o entendimento que o Direito Disciplinar também precisa se deter em transgressões efetivas, em ocorrências que tenham, de alguma forma, repercussão. A Administração não pode desgastar a sua autoridade com ocorrências sem lesividade, desencadeando processos inócuos.

Grispigni<sup>10</sup> leciona: “Quando o Estado pode combater um mal com sanção menos grave (...) não irá lançar mão da mais severa”. O Direito Penal tem, antes de tudo, caráter finalista. Ou seja, ele não se esgota em si, mas num fim, objetivo, claro, de proteção. O Direito Disciplinar, por conseguinte, trilha o mesmo espaço. Não pode se esvaír em atos que ficam reduzidos a si mesmos; precisa alcançar um fim, aqui identificado como retorquir as condutas perniciosas, ofensivas aos princípios constitucionais e à ordem regular dos serviços, protegendo, de maneira efetiva, o interesse público.

Quando o interesse público não é o foco, quando a medida não representa retorsão, quando o resultado não é justo, está a Administração agindo de forma marginal, talvez cometendo lesões mais graves do que aquelas que tenta, burocraticamente, reparar.

### **Disciplina e recursos humanos**

Veja-se, portanto, que a matéria de interesse da disciplina não se esgota na visão burocrática, mas avança para um cotejo entre a conduta do agente com a finalidade do seu ofício e, em instância seguinte, com a finalidade da própria Administração. Interessa à disciplina aquilo que é lesivo ao grupo, ao serviço, à sociedade. Fora desse quadro, a matéria fica no terreno da administração de recursos humanos.

## **REGRAS PARA CORRETA E JUSTA AVALIAÇÃO DAS CONDUTAS E APLICAÇÃO DAS SANÇÕES**

O Direito Disciplinar, enquanto ramo **científico**, tal qual o Direito Penal, deve primar pela correção e justiça. O Estado não pode patrocinar violências. Não pode pretender retorquir uma incorreção de conduta agindo, também, incorretamente; não pode ser elemento desagregador de valores, proferindo decisões injustas, que arrasam com a honra e aniquilam carreiras.

---

<sup>10</sup> Filipo Grispigni – *Diritto Penale Italiano* – 2ª edição.

É princípio de Direito Penal de que a pena deve ser proporcional à gravidade do fato. Na esfera disciplinar não é diferente. O sentido de justiça, ditado há séculos por Ulpiano, prevalece indicando que justiça é *dar a cada um aquilo que lhe pertence*. Nem menos, nem mais. Nem mais, nem menos.

O Direito, como ciência, reconhece, que há casos que o que pertence à pessoa é o perdão (perdão judicial, art. 107, IX, do Código Penal); é a compreensão das causas e a correção; é a aplicação de uma medida reeducativa. O que a justiça, como tal, reclama, é a entrega ao indivíduo de algo que esteja na medida da sua conduta.

As condutas perniciosas precisam ser enfrentadas com a espada; as condutas irregulares sem caráter pernicioso, por sua vez, devem ser tratadas com instrumentos que restabeleçam a ordem sem produzir feridas.

F. Geny<sup>11</sup> ensina que “o direito não encontra seu conteúdo próprio e específico senão na noção do justo”. André Franco Montoro<sup>12</sup>, por sua vez, explica que “é a justiça que dá sentido à norma jurídica. Esta poderá ser mais justa ou menos justa, mas não será uma norma de direito se não estiver orientada no sentido da realização da justiça”. E o estudo dos fundamentos da ciência jurídica nos autoriza a dizer que a verdadeira justiça implica no equilíbrio entre a conduta do agente e a reação do Estado, bem como no alcance de um resultado eficaz, restabelecendo-se a ordem, mantendo-se a paz., preservando-se valores humanos. Não existe justiça fora dessas balizas.

Qualquer medida disciplinar que não esteja alinhada nesse horizonte não é uma ação jurídica, mas uma reação da burocracia, sem compromisso com resultado científico.

## **Sentido de proteção**

A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais, para a subsistência do corpo social. A missão do Direito Disciplinar é proteger, como vimos, os princípios norteadores da Administração Pública e a regularidade do serviço público. Este tem que ser o foco do resultado.

Na esfera penal, essa proteção é exercida da seguinte forma:

- Pela intimidação coletiva, ou prevenção geral – aqui, difunde-se o temor aos possíveis infratores, mostrando a todos o risco de incorrerem nas mesmas conseqüências.

<sup>11</sup> F. Geny – *Science et technique en droit privé positif*, Ed. Sirey, Paris.

<sup>12</sup> André Franco Montoro – *Introdução à ciência do Direito*, 5ª edição, Vol II, Ed. Itatiaia, 1971.

- Pela celebração de um compromisso ético entre o Estado e indivíduo, pelo qual se restabelece o respeito às normas e aos valores sociais, menos por receio de punição e mais pela compreensão da necessidade desse equilíbrio.

Historicamente, deu-se ênfase, na prática, à primeira modalidade. O Estado se apresenta semeando o medo, impondo o terror, como meio de intimidar aos possíveis infratores. Sabe-se, no entanto, que em relação às infrações de pequeno potencial ofensivo, o que surge realmente efeito é aquela medida pela qual o agente, posto na presença da autoridade, é levado a compreender o destempero do seu procedimento e a assumir um compromisso ético de reajustamento da conduta. Para alguns indivíduos, doentes morais ou desprovidos de caráter, essa providência pode ser inócua; no entanto, para aquele que transgrediu uma norma, sem intencionalidade perversa, é a intervenção do Estado que mais tem-se mostrado eficaz.

## A EVOLUÇÃO DAS PENAS

A aplicação de penalidade começou com o sistema de **vingança privada**. A família ou o grupo social da vítima revidavam a ofensa, geralmente de forma desproporcional à agressão sofrida. A delimitação veio com o Código de Hamurabi, Rei da Babilônia<sup>13</sup>. O excesso foi eliminado, a partir da idéia de que se alguém tirar o olho, perderá um olho também. Mas isso deu lugar para reações estranhas: se matasse um filho de terceiro, quem morreria, em vingança, seria o filho do assassino.

Veio em contrapartida a **composição**. O ofensor poderia comprar do ofendido o direito de vingança. Com isso, entregava bens, indenizava, e garantia a própria impunidade física.

A história registra, também, a **vingança divina**. Baseia-se no raciocínio de que o crime ofendia a divindade. Era preciso reagir com punição, geralmente cruel, à altura da grandeza do deus ofendido. É o Direito Penal religioso, sacerdotal, teocrático<sup>14</sup>. Empiricamente, vê-se algo parecido aplicado no campo disciplinar. Autoridades formadas na escola da hipocrisia e do sorriso falso, que confundem poder com privilégio, sentem-se pessoalmente ofendidas com procedimentos adotados por funcionários, muitas vezes agindo no estrito cumprimento do dever. Essas **divindades**, contrariadas nos seus interesses (geralmente ilegítimos), reagem, cobrando punição **exemplar**, que satisfaça o ego agredido.

A **vingança pública** chega depois. Sustenta-se na idéia de proteção, primeiro, dos príncipes, dos reis. Depois, na proteção da sociedade. E os crimes deixaram de ser examinados unicamente pelo resultado e ganharam uma análise acerca dos ingredientes que inseridos na conduta: o ímpeto, o acaso, o erro, a culpa leve, o dolo e o dolo agravado.

<sup>13</sup> Século XXIII a.C., gravado em caracteres cuneiformes e encontrado nas ruínas de Suza.

<sup>14</sup> Um dos principais códigos nesse sentido é o Código de Manu, da Índia. As penas eram aplicadas pelos sacerdotes.

Veja-se que o exame das peculiaridades da ação vem do velho Direito Romano. Roma consolidou-se, perante os outros povos, pela evolução no Direito Civil. Mas, também, emprestou contribuição ao Direito Penal ao provocar o exame das circunstâncias correlatas ao crime. No Direito Disciplinar, é preciso conhecer os componentes da ação. Avaliar-se unicamente o resultado é voltar às trevas da civilização.

Chega-se, por fim, ao **período humanitário**, que teve como precursor César Bonesana, Marquês de Beccaria<sup>15</sup>. Não era um jurista, mas um filósofo. Escreveu o clássico *Dei Delitti e delle Pene* (1764), obra que até hoje tem repercussão.

A primeira e curiosa contribuição foi no sentido de combater a forma como as leis eram escritas. Sustentou que as leis deveriam ser de compreensão do povo. Na época, eram escritas somente em latim e de conhecimento obviamente restrito. Hoje, sabe-se que uma das formas de combater o ilícito é exatamente o conhecimento da lei. O Estado deve produzir uma moldura legal, dentro da qual ajusta o comportamento dos cidadãos. Mas essa moldura precisa ser conhecida e compreendida, para que os seus limites sejam legitimamente exigidos.

Quantos servidores conhecem, com nitidez, os seus direitos? Poucos. E quantos conhecem com segurança os seus deveres? Raros. O fato de os direitos e deveres estarem em estatutos não dá garantia do conhecimento e da compreensão. Até porque, muitos textos, são como escritos "em latim". Muitas vezes, levados ao Supremo Tribunal Federal, os próprios ministros da mais alta Corte não conseguem uma interpretação unânime.

Deve-se extrair de Beccaria o ensinamento de que "as penas não podem passar dos imperativos da salvação pública". Ao se aplicar uma punição, é preciso ter em vista, portanto, no quê, objetivamente ela irá contribuir para o resguardo da sociedade, para a segurança do interesse coletivo. A idéia da vingança, privada ou pública, deve ser substituída pela idéia da proteção do interesse maior.

A idéia da rapidez na aplicação da pena também deve ser considerada. Beccaria ensinou que "quanto mais pronta for a pena e mais de perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será". A resposta do Estado deve ser breve, para que se atenda, com efeito, todo o sentido útil da aplicação de uma pena. O retardamento da sentença penal e a demora na decisão de um processo disciplinar tendem a transformar o acusado em, vítima, afastam o aspecto didático junto à sociedade e, muitas vezes, causam ao pequeno infrator uma punição além da devida, na medida em que a espera pela decisão transforma-se numa tortura psicológica, num desgaste emocional extremo, numa penalidade mais grave do que a sanção finalmente determinada em julgamento.

---

<sup>15</sup> Nascido em Milão, em 1738.

As medidas alternativas de compor o incidente, quando determinadas com imediatez, causam um impacto muito mais favorável do que uma punição meramente formal, proferida dois, três, quatro anos depois.

4

## O CONTROLE DA DISCIPLINA A PARTIR DA FINALIDADE

A consciência do ato é elemento fundamental do delito. Cristo sabia disso. No alto do partíbulo, vendo a massa delirante exigindo o seu sacrifício, Jesus disse: "Perdoa, Pai. Eles *não sabem o que fazem*".

### O OBJETIVO DO CONTROLE DA DISCIPLINA

O processo disciplinar é o instrumento jurídico de que se vale a autoridade administrativa, na busca da verdade real, quando necessita aferir a responsabilidade de agente público e, se for o caso, aplicar a respectiva sanção. Mas o processo não existe fora de uma finalidade. Tudo gira em torno dos fundamentos da disciplina.

Manuel Leal-Henriques, juiz do Tribunal Superior de Justiça de Macau<sup>16</sup>, cita A. Monteiro Martins para explicar que o que justifica o controle da disciplina "é a necessidade de garantir a correta integração dos servidores na orgânica dos serviços públicos através do cumprimento dos deveres que lhes são impostos, com vista à realização das tarefas e ao preenchimento dos objectivos que lhe foram cometidos". E interessante é a ênfase da conclusão:

*"O seu fim (grifo original) é conseguir a ordem e a justiça nos serviços públicos, dando aos trabalhadores a segurança indispensável contra os abusos dos chefes hierárquicos e a estes os meios de se defenderem contra a falta daqueles."*

*"O moderno procedimento disciplinar afastou-se, pois – e bem da sua tradicional filosofia, traduzida no exclusivo direito de punir os servidores públicos pelos desvios cometidos. Deixou, assim, de ser um instrumento unicamente ao serviço do poder para constituir também um meio de defesa dos servidores perante eventuais abusos desse mesmo poder."*

O processo disciplinar, portanto, está associado à **ordem** e à **justiça**, que são deveres dos dois lados: dos servidores e do Poder. A Administração não pode servir-se desse instrumento de forma leviana ou abusiva, causando desordem maior e semeando a injustiça que a todos ameaça. Neste sentido, á

<sup>16</sup> Manuel Leal-Henriques – *Procedimento Disciplinar*, 3ª edição, Ed. Rei dos Livros, Porto, 1997.

oportuna a sentença de Montesquieu: "A injustiça feita a um é uma ameaça feita a todos".

Marcelo Caetano, na obra *Do Poder Disciplinar*, leciona que "o poder disciplinar consiste na possibilidade de aplicar sanções corretivas aos agentes que pelo seu procedimento embarquem ou de qualquer modo prejudiquem o perfeito funcionamento dos serviços, expulsando-os até se for o caso disso.". Vê-se, assim, o pressuposto fundamental para a punição: embaraço ou prejuízo à regularidade do serviço. E observa-se, na lição, o **fim** a ser alcançado: a **correção**. A partir disso, sustentamos que, sempre que possível, deve-se **corrigir o funcionário**, devolvendo ao serviço um profissional melhor. Quando não é possível, face a gravidade, **corrige-se o serviço**, expulsando a célula cancerígena, cuja presença, não sendo extirpada, possa se multiplicar a todo tecido, a todos os órgãos.

### **A oportunidade**

Os princípios jurídicos da *razoabilidade* e da *eficiência* podem indicar o alcance do fim por outros mecanismos que não passem pela punição estrita. A questão foi muito bem examinada a partir do Direito alemão, ao introduzir na matéria disciplinar o **princípio da oportunidade**.

O *princípio da oportunidade* corresponde, na Alemanha, à discricionariedade da ação – *Handlungsermessen*. O modelo, idealizado por Mayer, em Berlim, em 1963, tratava, com efeito, da oportunidade da ação disciplinar, flexibilizando a obrigação de punir o funcionário. O poder disciplinar, no que diz respeito a aplicação de penas, nesse contexto, ganha caráter de faculdade, não é um poder-dever. A Administração teria um juízo discricionário, podendo discernir sobre a conveniência ou não de aplicar punição ao agente, identificando, no exame de casos concretos, outras soluções que alcancem a finalidade corretiva do controle disciplinar.

A primeira leitura poderia identificar a inviabilidade dessa medida no Brasil, face a legislação aparentemente engessada. É uma ordem, repetida nos estatutos da União, Distrito Federal, Estados e Municípios: que a *autoridade que tiver conhecimento de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a imediata apuração*. Se não o fizer, poderia incorrer em improbidade administrativa, como está na Lei nº 8.429, art. 11, II. E, dependendo da causa do ato omissivo, ter-se-ia os crimes de *prevaricação* ou *condescendência criminosa*. O interesse público, portanto, seria indisponível por absoluto.

Entretanto, essa é uma leitura sem lentes. O que a lei manda é *apurar* (o que não significa necessariamente aplicar sanções). A autoridade não pode ser omissa; não pode deixar de tomar conhecimento e adotar as medidas identificadas no universo jurídico.

É preciso, assim, ler o que está nas entrelinhas ou nas notas explicativas do verdadeiro Direito Disciplinar. O *princípio da oportunidade*, com efeito, não pode ser confundido com renúncia de poder, com disponibilidade do interesse

público. Pelo contrário, incorpora mais um poder que se dá ao agente: o poder-dever de corrigir com eficiência. E, nesta linha, tem-se como referência, sempre, a devolução da ordem e a garantia de uma solução justa. Isso atende ao interesse público muito além de medidas meramente formais, inócuas no resultado.

Vê-se, portanto, que compete à autoridade administrativa promover a apuração de todas as infrações. Não significa necessariamente a instauração de processo disciplinar em todos os casos. Uma mera **averiguação** pode esclarecer o fato e, identificando os pressupostos, que vamos apontar neste trabalho como "demarcadores de conduta", é possível realizar o ajustamento de conduta do agente infrator.

Nos jogos desportivos há regras e há árbitros. Não basta estabelecer as regras, sem que um terceiro, neutro, se ponha a fiscalizar. É o papel, por exemplo, do árbitro no futebol.

O árbitro, por sua vez, não retira de campo o jogador que, por descuido ou inabilidade, toca com a mão na bola. Marca a falta, sem necessariamente estabelecer punição. Deixa para advertir, com cartão amarelo, se perceber esperteza; e expulsa o atleta, se ele repetir o ato ou o cometer pela primeira vez com a consciência de prejudicar terceiro.

Isso é controle de disciplina. Por que a Administração Pública não aprende com esse raciocínio, que é compreendido por qualquer moleque em futebol de várzea?

## **AJUSTAMENTO DE CONDUTA E TRANSAÇÃO**

### **Transação penal**

A Lei nº 9.099/95 é considerada por grande parte da doutrina como um marco no Direito Penal-Processual brasileiro. A nova legislação, que criou os Juizados Especiais Criminais, realmente introduziu um novo paradigma na ordem jurídico-penal nacional: o da justiça criminal consensual. Um dos institutos *despenalizadores* regulados pela lei é a transação penal.

O art.76 da Lei nº 9.099/95 enuncia:

"Art. 76 - Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta."

Para a Escola Paulista do Ministério Público,

*"A transação penal é instituto jurídico novo, que atribui ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, a faculdade de dela dispor, desde que atendidas as condições previstas na Lei, propondo ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação, sem denúncia e instauração de processo, de pena não privativa de liberdade."*

Ada Pellegrini Grinover comenta:

*"Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro. Abrindo-se às tendências (...) cunhou um sistema próprio de Justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado."*

*Assim, a aplicação imediata de pena não privativa da liberdade antes mesmo do oferecimento da acusação, não só rompe o sistema tradicional do nulla poena sine iudicio, como até possibilita a aplicação da pena sem antes discutir a questão da culpabilidade. A aceitação da proposta do Ministério Público não significa reconhecimento da culpabilidade penal, como, de resto, tampouco implica reconhecimento da responsabilidade civil".*

A transação penal, assim, é um verdadeiro mitigador do princípio da obrigatoriedade da ação penal, visando permitir a realização de política criminal mais eficaz. O objetivo maior principal em vista é a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, mas que efetivamente leve o indivíduo a uma reflexão.

Como em toda matéria jurídica, há controvérsias acerca da interpretação das intenções do legislador e dos reais efeitos da própria lei. Há doutrinadores que entendem que a sentença proferida nos autos onde é formulada a proposta de transação penal é não somente homologatória como também condenatória, tanto que pode ser executada. E a *Teoria Geral do Processo* ensina que só as sentenças condenatórias podem ser executadas.

O que interessa ao presente estudo é compreender que:

- O Direito Penal está evoluindo, para dar respostas rápidas e justas.
- Mesmo em matéria criminal, o Estado pode abrir mão de penas convencionais, buscando outras soluções (multa ou privação de direitos), de forma a alcançar um melhor resultado, dentro da finalidade da pena e dentro do espírito de proteção social.
- O Direito Disciplinar, que tem natureza similar, não pode ficar engessado, preso a procedimentos ineficazes. Precisa, também, arejar.

Um preso, no sistema carcerário, custa cerca de R\$ 800,00; a fiscalização de quem cumpre pena alternativa custa R\$ 60,00. O índice de reincidência de um presidiário é de 70% a 80%; no caso de penas alternativas, cai para 12%. Mas ainda se prefere mandar para cadeia, com estupradores e assassinos, quem furtou um frasco de xampu.

O mesmo tem acontecido na esfera disciplinar. Um processo simples, sem delongas e incidentes, custa em torno de R\$ 60 mil para a Administração Pública federal. E as corregedorias estão cheias de ocorrências que poderiam resolver em 24h, a custo pouco acima de zero, com alto grau de probabilidade de recuperar o funcionário e melhorar o serviço.

### **Ajustamento de conduta**

O ajustamento de conduta é medida adotada administrativamente pelo Ministério Público, com larga aplicação em questões ambientais e em defesa das relações de consumo. O *Parquet*, tomando ciência dos fatos, tem a faculdade de compor com a parte (pessoa física ou jurídica), revertendo a ação que vinha sendo intentada. A finalidade de proteção da sociedade ou de interesses difusos é plenamente atendida pelo cumprimento das obrigações assumidas em termo de ajustamento.

### **Qual medida a adotar em matéria disciplinar: transação ou ajustamento de conduta?**

De um lado, poderia parecer que o instituto da transação, face a natureza penal a que corresponde o Direito Disciplinar seria a mais ajustada.

No entanto, não nos parece a que efetivamente deva ser adotada nas composições em termos de disciplina.

Com efeito, a transação é uma pena aplicada com o consenso da parte. O que se quer, no entanto, é redesenhar o comportamento do funcionário, corrigindo objetivamente aquela conduta que se apresentou inadequada. Neste particular, o ajustamento de conduta é o caminho que mais se aproxima desse resultado.

A transação, também, é feita perante uma autoridade julgadora e firmada no corpo de um processo. Tanto que pode ser executada, embora alguns doutrinadores questionem a constitucionalidade dessa execução. O ajustamento de conduta, por sua vez, é procedida em nível administrativo. Logo, um procedimento que melhor corresponde à prática de controle da disciplina, quando se quer, com efeito, recuperar o indivíduo.

### **Há necessidade de expressa previsão em lei?**

Já se viu que a *Lei do Processo Administrativo* determina uma atuação de acordo com a lei e o Direito. E o Direito contempla, entre os seus pilares, o *princípio da oportunidade*, pelo qual a autoridade tem um espaço discricionário para encontrar uma solução, que não seja aplicação de pena. Mas há que ser uma medida que melhor atenda a finalidade e a eficiência.

O fato de dispor dessa discricionariedade, não dá ao gestor o poder de inventar soluções. Deve recolher modelos referenciais do próprio Direito. No caso, o ajustamento de conduta, por tudo o que aqui se disse, mostra-se a fórmula ideal, tanto no que diz respeito ao alcance do resultado quanto na consistência jurídica.

No entanto, para dar maior segurança aos aplicadores da disciplina, é conveniente que uma Instrução Normativa (Governador, Secretário, Ministro) ou Recomendação (Corregedor-Geral) discipline, internamente, o emprego dessa medida<sup>17</sup>. Válidas para sustentá-la juridicamente as razões postas no presente estudo.

### **Perfeito delineamento dos fatos e da autoria**

O ajustamento de conduta exige, em primeiro lugar, que a autoria e a materialidade estejam perfeitamente delineadas. Não se pode, por óbvio, pensar na medida diante a uma autoria desconhecida.. Também é fundamental que o fato, em toda a sua extensão, esteja perfeitamente mapeado. Quando um ou outro não estiver esclarecido, impõe-se a sindicância, como instrumento de investigação.

---

<sup>17</sup> Ver modelo no presente trabalho.

A hipótese mais provável de aplicação de novo instituto é quando o funcionário admite a ocorrência. Ele, informalmente, confessa. Neste caso, cabe à Administração examinar os pontos seguintes, que vamos chamar de **demarcadores da conduta**:

- a) Identifica-se, na conduta do agente, algum nível de *perversidade* (má-fé, desvio de caráter, má índole, desprezo com direito de terceiros)?
- b) O fato foi praticado contra administrado, com consciente afronta aos direitos da cidadania?
- c) O fato foi praticado com ofensa a autoridade?
- d) A ocorrência gerou, objetivamente, comprometimento à regularidade dos serviços?

Diante as respostas negativas às questões acima, pode-se entender como possível a medida alternativa de ajustamento de conduta. Neste caso, não se está a frente de um criminoso, de um indivíduo de personalidade disforme; o fato não representou lesão expressiva no tecido social; o serviço não foi comprometido no seu resultado final; a autoridade está preservada, na medida em que o funcionário não a colocou em xeque. Então, a resposta do Estado deve ser:

- pelo conhecimento da ocorrência,
- pela identificação do real espectro da conduta;
- pela adoção de uma medida que atenda a eficiência, restabelecendo a correção nos procedimentos do funcionário, fazendo-o entender e adotar, doravante, uma conduta regular.

### **Histórico funcional**

Deve-se considerar, ainda, o histórico funcional, o que não significa apenas o formal exame da ficha funcional. Esta, muitas vezes, é uma peça de ficção, que não reproduz a realidade da vida do servidor. A manifestação informal de chefias pode ser uma boa referência.

Na medida em que o próprio funcionário admite a falta que cometeu, está, com isso, demonstrando o seu caráter. A confissão é, por si só, uma auto-punição. Os psicólogos dizem que toda a vez que o indivíduo assume uma culpa, de fato realmente cometido, está inconsciente estabelecendo o seu próprio castigo. Uma culpa na consciência pesa, tanto quanto uma cruz de madeira maciça arrastada sobre os ombros, como no martírio de Cristo.

O grande castigo para o funcionário não é a eventual aplicação da pena formal. O castigo real, penoso, é o processo, desgastante, humilhante, juridicamente inseguro. Se o funcionário não for um

indivíduo perverso, mau-caráter, doente moral, passará por um aniquilamento físico e psicológico de seqüelas irreversíveis. E se esse processo não for precedido de pressupostos reais, será uma violência descabida Ou, tecnicamente, um *constrangimento ilegal*.

O processo disciplinar, portanto, é um constrangimento que, para ser legal, precisa estar revestido de um pré-levantamento de um fato grave, com autoria identificada em sindicância ou outro meio de investigação. Não sendo assim, será uma violência que, não raro, agride a dignidade humana. Vale, nesse sentido, a advertência de Dalmo de Abreu Dalari, que ensina que respeitar a dignidade da pessoa não é uma recomendação: é uma norma jurídica, posta na Constituição Federal. “Qualquer medida que contrarie o princípio da dignidade humana é inconstitucional”, diz o jurista. O respeito à dignidade, portanto, não é um conteúdo programático da Carta, mas uma norma de aplicação eficaz.

O ajustamento de conduta, no plano disciplinar, portanto, contempla esse princípio, na medida em que oferece uma solução que atende ao interesse público, sem agredir levemente a dignidade da pessoa.

### **O anestesista e o cão**

Um médico anestesista, de 32 Anos, funcionário da Prefeitura de um Município no interior do Paraná atendeu, no hospital público, o seu cachorro de estimação, da raça rottweiler, que havia machucado uma pata. Um auxiliar do serviço de raio X o ajudou.

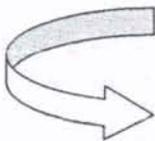
Segundo consta em autos de processo disciplinar, o médico teria chamado o auxiliar, numa manhã de domingo, porque um portão caíra sobre o animal. Os dois foram ao hospital e estavam na sala de raio X quando uma enfermeira abriu a porta e estranhou a presença do cachorro. Acionou a direção, o local foi interditado, passou por uma desinfecção e, logo, voltou a prestar atendimento normal aos pacientes *comuns*. O médico, chamado à responsabilidade, admitiu ter errado ao levar o cão para o hospital. Mas, no bojo de um processo, o profissional foi demitido. Junto, foi punido o auxiliar, com 60 dias de suspensão.

Não haveria solução mais inteligente? Apesar do inusitado da situação, não se tem notícia de dano real a terceiro; o fato não teria repercussão, se a Administração o tratasse com a devida cautela, ajustando a conduta do servidor. E, principalmente, não se teria privado o Município do trabalho de um profissional, ainda jovem, que muito poderia ascender na medicina e contribuir com a sociedade. Da forma como o fato foi tratado, jogou-se uma pessoa ao ridículo, marcando com ferro em brasa a sua carreira para o resto da vida. E não significa que, com isso, o serviço público tenha ficado melhor. (Sem contar a possibilidade real de o processo disciplinar ser anulado, anos depois, com a reintegração do médico e a obrigação de a Prefeitura pagar todos os salários e vantagens durante o tempo em que ficou afastado.)

### **Limpeza do carro**

O servidor parou o automóvel particular na rampa de lavagem de veículos da repartição e usou o serviço no carro. É incorreto? Sem dúvida. Mas, pela simplicidade do fato, seria fácil fazer com que esse agente compreendesse, numa conversa, o erro cometido; não seria difícil passar-lhe a idéia da separação entre a coisa pública e o interesse particular. Qualquer pessoa de mediana inteligência absorveria uma lição acerca da moralidade no exercício das suas funções e, partir dali, em compromisso formal, seguramente se tornaria um funcionário melhor.

Ou será que instaurar um processo daria resultado melhor? Qual a punição a ser aplicada na espécie? Quanto a Administração gastaria para resolver a causa? Quantos outros servidores seriam envolvidos na desgastante tarefa de processar? E – o que é mais importante – o que resultaria de proveitoso em tudo isso? O Poder Público, a partir de uma punição, pós constrangedor processo, poderia contar com um funcionário melhor, mais disposto e mais capacitado para o seu ofício?



Não é a gravidade da pena que desencoraja a infração. O que desestimula o ilícito, penal ou administrativo, é a presteza da resposta.

## **QUESTÕES ESPECIAIS**

### **Cabe ajustamento de conduta após sindicância?**

Podemos encontrar situação na qual o fato tem autoria desconhecida; ou, conhecida, o servidor a nega. Negar, por si só, não é necessariamente um desvio de personalidade. É uma defesa natural. Como se viu acima, assumir culpa é aplicar uma auto-punição. E nem todas as pessoas, pela sua estrutura emocional, agem nessa linha. Ademais, os funcionários têm medo, muitas vezes, da burocracia desumana, que faz desencadear medidas de

constrangimento que representam, por si mesmas, uma violência muito maior do que a penalidade a que poderiam estar sujeitos em face da ilicitude da conduta. Nessa linha de raciocínio, a Administração é levada, em muitas ocasiões, a buscar provas (inclusive via sindicância), deixando o funcionário inquestionavelmente frente à sua própria culpa. Neste caso, não está prejudicada a análise dos pontos que chamamos de **demarcadores da conduta**. Ou seja, procede-se igualmente a análise daqueles itens que podem identificar, como solução, o ajustamento de conduta.

### **Cabe ajustamento de conduta após a instrução do processo?**

Os fundamentos postos na questão anterior podem ser trazidos para o processo disciplinar. Uma vez instaurado processo, é possível que a autoridade processante, ao examinar os **demarcadores da conduta** identifique um quadro que, ao leigo, poderia parecer meramente benigno ao acusado; ao profissional, com responsabilidade científica, surgiria, no entanto, como solução justa e eficiente, atendendo aos reais valores que o Direito tutela. No caso, o **restabelecimento da ordem**, agindo **diretamente na consciência do infrator**.

Contra essa posição, poderia vir o argumento de que a lei não prevê a medida. Ou seja, de que não há previsão no estatuto a autorizar que se substitua a aplicação de penalidades por um termo de ajustamento de conduta. Equívoco! A *Lei do Processo Administrativo* (Lei federal nº 9.784/99), ao tratar dos critérios que orientam os processos administrativos em geral, estabelece, como primeiro deles, a *atuação de acordo com a lei e o Direito*. Vê-se, portanto, que a lei (estatuto) não esgota o raciocínio jurídico. O Direito, como ciência, é muito mais amplo, incorporando, além da lei, a doutrina, a jurisprudência, os costumes, a analogia e os princípios. É nesse cenário, amplo e verdadeiramente científico, que devemos buscar soluções. Restringir esse leque é desconhecer o que o próprio legislador quis; é limitar a ação do Estado à práticas burocráticas, sem lógica jurídica e sem resultado eficiente.

Então, o Relatório da comissão processante, presentes os pressupostos, pode, sob fundamentação, recomendar que se adote a medida alternativa. Um dos elementos a serem considerados, no cotejo com os *demarcadores da conduta*, é a confissão. Afinal, não pode haver ajustamento de conduta sem que o servidor concorde. E, para tanto, ele precisa expressamente reconhecer a sua falta ao ser interrogado.

O desembargador José Renato Nalini, do Tribunal de Justiça de São Paulo, em entrevista a publicações do grupo editorial Consulex, disse: “Juiz que só lê Direito, só enxerga processo e só vive nesse ambiente é uma pobre criatura.”

De fato, o raciocínio de quem examina a conduta alheia precisa estar arejado. É preciso ler psicologia, sociologia e tudo o que disser respeito às humanidades. Só assim, trabalhar-se-á com a ciência jurídica, que é ciência humana. O mundo não se esgota nas leis fictícias, mutáveis e falíveis criadas pelo homem. Estas, precisam ser interpretadas em harmonia com as leis do Universo.

Portanto, quem trabalha com controle da disciplina também precisa compreender que há vida além do *túmulo* (há vida além dos autos de um processo).

### **A medida não pode ser imposta**

O termo de ajustamento de conduta não pode ser imposto. Enquanto a aplicação de penalidade é uma *imposição*, o ajustamento é uma *composição*.

A punição só pode decorrer do devido processo legal, presentes os elementos indicativos da responsabilidade e exercidos o contraditório e a ampla defesa. Ou de uma transação, na qual a parte aceita uma pena (mesmo assim, esse ponto da Lei que trata das transações é seriamente questionado por juristas de escol). Em regra, a pena é imposta, como resultado de um julgamento.

No caso de processo, com punição, o julgamento resulta do convencimento da autoridade, que impõe, no exercício da potestade do Estado, o castigo previsto para aquela infração disciplinar. O ajustamento de conduta, por seu turno, é uma solução que decorre do encontro da vontade do agente com o interesse da Administração. O funcionário quer evitar um processo disciplinar; a Administração quer recompor a ordem. O funcionário admite o seu erro; e a Administração o ganha de volta, mais consciente dos seus deveres e mais apto para o ofício.

### **Possibilidade de sobrestar o processo**

É perfeitamente possível que, instaurado processo, vislumbre-se, no seu bojo, todos os elementos sinalizadores de um ajustamento de conduta. Nesse caso, é lícito à Administração adotar a medida, sobrestando o processo por determinado tempo sob a condição do efetivo cumprimento do compromisso assumido pelo servidor acusado.

## MILITARES

O ajustamento de conduta é medida que, como vimos, presentes os requisitos, pode ser adotada para servidores, funcionários estáveis, regidos por estatutos próprios. Entram, aqui, os militares.

O militar das Forças Armadas e o policial militar (e Corpo de Bombeiros militar) tem uma rigidez maior nas normas disciplinares e na exigência da resposta diante às infrações que comete. Os tribunais, no entanto, têm estendido a esses agentes as mesmas garantias que se dá aos acusados em geral. A Constituição não limita, a esses profissionais, o exercício da defesa. Toda punição deve ser precedida do devido processo legal; e nenhuma delas escapa do crivo do Poder Judiciário. Assim, aplicar punições, como regra inflexível, não é exercício do melhor Direito e não significa necessariamente o atendimento do interesse público. É preciso manter os olhos no norte, na finalidade. Enfrentar os indivíduos de condutas perniciosas; prestigiar os princípios da Administração e a regularidade dos serviços. De outro turno, compreender determinadas condutas, que podem ser revertidas pela reflexão do agente.

## EMPREGADOS PÚBLICOS

Os empregados públicos, celetistas, têm as garantias do processo, como decidido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no clássico Enunciado nº 77:

*Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa, por norma regulamentar.*

Vê-se, portanto, que, se a empresa possui norma interna prevendo que os seus empregados públicos somente serão punidos após uma apuração regular, essa garantia se incorpora ao contrato de trabalho. Logo, ninguém poderá ser punido sem, antes, passar pelo expediente apuratório.

Muitas vezes não há normas internas, mas um acordo coletivo estabelece a garantia. Assim, os empregados públicos também são submetidos a expedientes processuais, cuja denominação varia (sem critério técnico) de instituição para instituição. Assim, ora esses expedientes são nominados como *inquéritos administrativos*, ora como *sindicâncias*. Às vezes até aparecem como deveriam ser: *processos disciplinares*. Por outro turno, a eles se aplica o mesmo raciocínio defendido nesse trabalho. A Administração pode vislumbrar, no ajustamento de conduta, a medida que mais se ajusta ao restabelecimento da ordem. Sempre, evidentemente, examinando, como referência segura, os pontos que sugerimos como *demarcadores da conduta*.

## PARLAMENTARES, MAGISTRADOS E PROFISSIONAIS LIBERAIS

Nas Casas parlamentares também são levados a efeito processos disciplinares, normalmente por violação ao chamado “decoro parlamentar”. Essa, a propósito, é uma figura aberta, que dá ensejo a interpretações elásticas. A interpretação, no entanto, ainda que permita elasticidade, não deve abrigar arbitrariedade ou não dispensa critérios objetivos e razoáveis. A possível falta de decoro deve ser avaliada *in* caso concreto, levando em conta a preservação de princípios, como legalidade, moralidade e impessoalidade, assentados com relevo na Constituição Federal. E examinando-se sempre a questão da *perversidade*.

Os mesmos pontos demarcadores de conduta podem ser considerados nos processos ético-disciplinares a que são submetidos os membros de Parlamentos – Câmaras Municipais, Câmara Distrital (Distrito Federal), Assembléias Legislativas e as duas Casas que compõem o Congresso Nacional.

Na mesma linha, podem atuar os Conselhos de Classe (Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Odontologia, Conselho Federal de Enfermagem, Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia etc). A aplicação é válida, ainda, para o controle da disciplina na magistratura e de agentes do Ministério Público, ampliando as possibilidades (e eficácia) do controle da regularidade dos ofícios.

Entenda-se, definitivamente, que não se defende, com essa proposta, a impunidade. O que se sustenta é a necessidade de uma resposta rápida do Estado, que atenda **segurança jurídica** e **eficiência**. Resultado justo para o infrator, associado ao restabelecimento da ordem, que é o que efetivamente interessa à sociedade.

## O AJUSTAMENTO DE CONDUTA E AS COMISSÕES DE ÉTICA

A Comissão de Ética Pública do Governo Federal, com absoluto acerto, vê no ajustamento de conduta uma forma de compor incidentes. Em outubro de 2007, a Comissão precisou enfrentar a situação de um ministro de Estado que insistia em se manter na presidência do Diretório Nacional do seu partido político. Ao solicitar esclarecimentos do ministro, a Comissão tinha três alternativas:

- a) censurar;
- b) fazer ajustamento de conduta;
- c) recomendar ao presidente da República a exoneração do ministro.

O ajustamento de conduta, portanto, era visto aqui, pela Comissão de Ética Pública como uma possibilidade, uma vez que o seu papel é, antes de tudo, pedagógico.

### **Quem pode propor e produzir o ajustamento de conduta?**

Não havendo previsão em norma interna, entendemos que a proposta da conduta ajustada – e a elaboração do respectivo termo – pode ser feita a partir das recomendações seguintes:

- a) Pelo Corregedor-Geral, tomando conhecimento de ofício da ocorrência. Neste caso, produzirá diretamente o termo ou determinará que corregedores da equipe o façam.
- b) Por corregedores, que podem recomendar a medida ao Corregedor-Geral; ou produzi-la diretamente, encaminhando ao Corregedor-Geral para homologação.
- c) Pelo serviço jurídico, antes da instauração do processo, quando identificados os sinalizadores que permitem o ajustamento de conduta. Neste caso, sob Parecer, recomenda-se à autoridade que determine a elaboração de termo, o que pode ser feito pelo próprio serviço jurídico, pela Corregedoria, por comissões permanentes de disciplina ou pelo órgão de RH.
- d) Pelas comissões, em Relatório, recomendando à autoridade a adoção da medida.
- e) Pela própria autoridade, de ofício, antes da instauração do processo; ou após o Relatório, quando identificar na prova os elementos que autorizam e recomendam essa solução.

### **A Corregedoria pode buscar assessoramento de psicólogos?**

Nenhuma atividade é estanque. É preciso arejar com a busca de conhecimentos especializados em áreas que têm relação com o comportamento humano. Assim, a Corregedoria moderna deve valer-se de profissionais da psicologia e do serviço social, que são capazes de subsidiar com informações que ajudam a explicar as ações e reações de pessoas envolvidas em incidentes funcionais.

Vimos que o enfrentamento, ao nível de processo, deve levar em conta o caráter pernicioso do agente. Logo, psicólogos e assistentes sociais são úteis ao auxiliarem na avaliação da personalidade do agente e no exame de fatores externos que, de alguma forma, contribuíram para o comportamento do servidor.

Obviamente, isso deve ser feito de uma forma desburocratizada. O ajustamento de conduta é uma resposta célere. Será tão mais eficaz quanto mais rápido acontecer. Logo, não se pode desencadear procedimentos

complexos, demorados, formais, que acabam por produzir estresse, constrangimentos, e, por conseguinte, esvaziar o sentido dessa medida.

### **Qual é o procedimento ideal?**

Tomando conhecimento da ocorrência e, nela percebendo que, a princípio, estão presentes os pressupostos da medida, a autoridade poderá adotar os seguintes procedimentos:

- a) determinará a profissional do serviço de controle da disciplina que faça uma instrução sumária;
- b) essa instrução constituirá em ouvir o autor da acusação e, logo depois, o funcionário argüido e o seu chefe imediato;
- c) o instrutor providenciará, ato seguinte, na requisição do histórico funcional e, se for o caso, consultará psicólogo e/ou assistente social, que podem apresentar informações técnicas, redigidas ou tomadas a termo<sup>18</sup>.
- d) Confirmando os *demarcadores de conduta*, dos quais tratamos no presente trabalho, o instrutor lavrará o termo de ajustamento de conduta, que será, depois, encaminhado para a homologação da autoridade com poder disciplinar.

Insistimos que essa instrução seja breve e simplificada. A princípio, numa estrutura bem organizada, toda a tramitação, da ciência do ocorrido até a lavratura do termo, pode acontecer em um prazo de dois dias.

### **A defesa pode requerer?**

O direito de postular é legítimo e está dentro da amplitude da defesa. A defesa, por conseguinte pode, no curso da instrução de um processo disciplinar, sustentar e requerer a adoção dessa medida como solução para a causa.

A adoção do ajustamento de conduta, no entanto, não é um direito líquido e certo do funcionário acusado, mas ele tem interesse legítimo em pleitear e a Administração tem elementos jurídicos para aplicar, uma vez presentes os seus sinalizadores. Desta forma, os argumentos da defesa devem ser examinados e, se procedentes, a comissão processante poderá orientar a autoridade instauradora nesse sentido. Esta, acolhendo a proposta, determinará, por sua vez, que seja lavrado o respectivo termo.

---

<sup>18</sup> Essa informação deve ser prestada em curtíssimo prazo. Não se trata de Laudo Pericial, mas de informação que oriente o instrutor especialmente na avaliação da personalidade do agente ou sobre fatores externos que contribuíram para a conduta do servidor.

## PREÇO DO RIDÍCULO

O método de controle da disciplina precisa evoluir, assim como evoluem outros segmentos do Direito e da mesma forma como se modificam hábitos e práticas na própria sociedade. Enforçar condenados em praça pública foi procedimento penal. Um dia, a escravidão foi legal. O voto proibido às mulheres e o trabalho sem garantia de salário eram situações ajustadas ao ordenamento jurídico. Mas o mundo e as suas necessidades mudaram.

Assim, um dia alguém terá dificuldade para compreender como, para corrigir uma pequena falha de funcionário, era preciso desencadear um aparelho burocrático oneroso, complexo, que, ao fim, revoltava o homem e prejudicava o serviço.

Será difícil explicar como, na efervescência do século XXI, diante a uma ocorrência que exigisse um processo, a Administração ainda constituía comissão especial, a semelhança dos tribunais de exceção.

Não será fácil sustentar, diante às novas gerações um formato de desproporção entre servidores e bandidos. Como justificar que os réus, criminosos de larga folha e grosso calibre, gozavam de prerrogativas na defesa e no cumprimento de penas, enquanto aos argüidos em processo disciplinar não se lhes dava o mesmo tratamento? Processados antes da formação de uma culpa, eram, muitas vezes, humilhados, moralmente massacrados, para, ao final, serem absolvidos, ficando com a honra destruída e a alma em frangalhos...

Difícilmente alguém conseguirá entender, 50 anos à frente, porque servidores que cometeram pequenos erros eram submetidos a constrangimentos e penas, enquanto verdadeiras quadrilhas, dentro do serviço público, não eram alcançadas pelas pernas curtas da lei.

Ou o sistema evolui, saindo da miopia e da mediocridade, ou pagará, diahte a história, o preço do ridículo.