

A ACUSAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DEVE SER CIRCUNSTANCIADA, OBJETIVA, DIRETA E TER PREVISÃO EM UM TIPO LEGAL – PRINCÍPIO DA TIPICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO.

I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo administrativo disciplinar é a forma jurídica prevista pela lei para investigar o servidor público que tenha transgredido os seus deveres funcionais.

Ele é instaurado sempre que a Autoridade administrativa, ou o particular devidamente identificado e qualificado, comuniquem a prática de uma conduta irregular por parte do servidor público, mesmo que em tese, e que guarde correlação com o cargo, emprego ou função pública do acusado.

Dessa forma, a conduta funcional tida como irregular deve se revestir de tipicidade e antijuridicidade bem como, deve haver indícios de autoria devidamente demonstrados e elementos suficientes que comprovem a materialidade, para que, desde a fase que antecede a instauração do processo administrativo disciplinar seja revelada uma justa causa, capaz de respaldar o início da investigação disciplinar.

É importante para toda a sociedade que as Autoridades públicas não engendrem atos dissociados do direito, ainda mais quando se verifica que eles são produzidos na esfera sancionatória do Estado.

Assim sendo, ao ser concretizado o *ius puniendi* do Estado, o mínimo que se exige é que a acusação seja perfeitamente descrita, através da exposição detalhada do fato a ser investigado, com todas as suas circunstâncias e a classificação do tipo legalmente previsto no ordenamento jurídico que foi infringido.

Se na instância criminal o artigo 41, do Código de Processo Penal exige que a denúncia ou a queixa sigam essa fórmula legal, no processo administrativo disciplinar também deverá haver a observância do mesmo modelo legal, pois a acusação não poderá ser ato de prepotência ou arbitrariedade da Administração Pública.

O tipo penal, segundo Miguel Reale Júnior,¹ é aquele que a sua estrutura não poderá ser uma construção arbitrária e livre, porquanto decorre do real, submetido a uma valoração. Por sua vez, o tipo disciplinar também segue o mesmo princípio da segurança jurídica, onde tanto a Portaria inaugural como o mandado de citação/intimação devem conter uma exposição narrativa, circunstanciada e demonstrativa da infração disciplinar que será investigada, com o tipo legalmente classificado, ou seja, com a qualificação jurídico-administrativa do mesmo. Narrativa, porque deve descrever o fato a ser investigado com todas as circunstâncias conhecidas, para que oportunize a defesa saber do que o servidor está sendo acusado e qual foi o ato funcional que foi praticado ou omitido, em tese, em

¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 135.

desconformidade com as obrigações assumidas pelo exercício do cargo, emprego ou função de confiança.

Demonstrativa, pois tal qual o direito penal, deve a peça acusatória descrever o fato e através de conhecida razão de convicção, fundamentada em prova direta da prática de uma infração disciplinar correlacionada com o *munus* público do servidor, explicitar os motivos da investigação

Tivemos² a oportunidade de deixar consignado que: “A Portaria inaugural, como especialmente o termo de indiciamento, devem corresponder, por exemplo, como já dito, a uma denúncia penal, onde a descrição dos fatos, fundamentos e a demonstração das provas, de forma explícita retiram a inépcia da acusação. Ou seja, o fato apurado é esclarecido exatamente nessa fase, onde o direito administrativo brasileiro saiu do inquisitório para o acusatório, passando o investigado a ter direitos impostergáveis e indelegáveis, sendo que um deles é tão fundamental tanto quanto os demais, consiste em saber do que é acusado e como demonstrará sua inocência, pois a presunção de inocência milita a seu favor e só uma acusação séria e concreta é que terá legitimidade de provar o contrário.”

No direito administrativo disciplinar, exige-se que a acusação seja certa, objetiva, circunstanciada e o fato imputado ao servidor público subsumido em um tipo legalmente previsto, decorrendo tais exigências dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Sucedem que apesar de não ter o mesmo formalismo³ e rigorismo do processo penal, o processo administrativo disciplinar não pode ser uma incógnita para o servidor público acusado.

Exatamente por não seguir a formalidade do processo penal, uma plêiade de ilustres juristas ergue-se na defesa que no processo administrativo disciplinar não é exigido o respeito e observância ao princípio da tipicidade, por entenderem que a esfera disciplinar se utiliza de fórmulas gerais que prevêm o cumprimento pelo servidor público de determinados deveres, sem adentrar na descrição pormenorizada da conduta.

Ou seja, essa corrente doutrinária, ultrapassada em nosso entendimento, pretende impor uma verdadeira norma em branco no âmbito disciplinar, sem a demonstração inequívoca da descrição de uma infração disciplinar praticada pelo servidor público.

A bem da verdade, esses posicionamentos construídos por ilustres juristas no passado, e que infelizmente não foram atualizados, são anteriores à promulgação da atual Constituição Federal (05 de outubro de 1988), que constitucionalizou o Direito Administrativo, por força do artigo 37,⁴ da CF, e partem do equívoco da lei para justificarem a aceitação de uma acusação genérica, vaga e aberta.

² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, 3. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 1030.

³ “El formalismo moderado determina la adopción de ritos y formas más simples. Sin embargo, es importante resguardar las formalidades necesarias a la seguridad jurídica, al cumplimiento de los derechos, principalmente a los principios del contradictorio y de la amplia defensa, atendimiento en todo momento al fin deseado” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *El Procedimiento y el Proceso Administrativo en el Sistema Jurídico Brasileño*, cit. ant., p. 44).

⁴ Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte: Fórum, 2007, ps. 12-13.

Ora, o Direito Administrativo sancionador contemporâneo exige que haja um ilícito administrativo previsto na lei, com a clara e certa descrição da conduta do servidor público tida, em tese, como infração disciplinar.

É a chamada reserva legal, onde o princípio da legalidade impõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” (art. 5º, II, da CF).

Nesse sentido, detectada a falha da Lei nº 8.112/90, que não traz em seus artigos, como deveria fazê-lo, dispositivo que estabeleça o princípio da tipicidade, a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e é utilizada supletivamente àquela, quando não colida com a mesma, em seu capítulo IX, estabelece a necessidade da descrição dos atos processuais, *v.g.*, art. 26.

A intimação/comunicação dos atos públicos deve indicar os fatos e fundamentos legais pertinentes (art. 26, VI, da Lei nº 9.784/99), sendo a mesma nula quando feita sem observância das prescrições legais previstas na referida Lei (§ 5º, do art. 26).

Esse intercâmbio processual equiparou juridicamente as intimações e as notificações, como ensina José dos Santos Carvalho Filho:⁵ “No direito processual anterior, fazia-se distinção entre intimações e notificações, mas o código vigente aboliu a distinção, mantendo apenas as intimações, e estas atualmente tanto podem referir-se à ciência de atos pretéritos como à dos futuros (...). Dentro do contexto da disciplina do processo administrativo, as intimações desempenham importante papel para os interessados, de modo que tanto para cientificá-los de atos praticados como para instá-los à prática de algum ato, possivelmente de seu próprio interesse, há inegável relação de causa e efeito com o princípio do contraditório e da ampla defesa. Sem tais garantias, os interessados não poderiam exercer, em toda a sua plenitude, a defesa de seus interesses e oferecer, quando necessário, elementos de contrariedade em relação a fatos e afirmações deduzidas no processo.”

Dessa forma, a intimação/notificação citatória do servidor público acusado, dentre outros, deverá conter os seguintes requisitos legais para a sua validade jurídica:

- identificação do servidor e nome do Órgão ou entidade administrativa;
- finalidade do ato;
- data e local onde está disponível o processo disciplinar, com o horário de funcionamento da Comissão Disciplinar;
- o servidor investigado poderá se defender pessoalmente ou fazer-se representar por seu defensor legalmente constituído;
- indicação (descrição) dos fatos e fundamentos legais pertinentes;
- a intimação deve observar a antecedência mínima de três dias úteis quando se tratar de diligências;

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ps.156-157.

- poderá ser levada a efeito pessoalmente, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

Assim sendo, a apuração disciplinar deverá ser feita de maneira ordenada e de forma pública e translúcida, não se tornando oculta e imprecisa para as partes, pois vigora no processo administrativo disciplinar o *fair play* (jogo limpo), onde o direito justo garante as mínimas condições para as partes demonstrarem o escopo fundamental da verdade real abrigada na defesa e na produção de todos os meios de provas admitidos, cotejadas com a acusação contida no ato inaugural do processo administrativo disciplinar.

Nessas condições, o Poder Público é obrigado a oferecer o “libelo acusatório” (equivalente à Portaria inaugural), que além do ato de instauração deve conter outros requisitos, bem como descrições circunstanciadas e detalhadas dos fatos, com as definições jurídicas dos mesmos, ou seja, suas exatas qualificações jurídico-administrativas.

II – DA ACUSAÇÃO CERTA (NARRATIVA DETALHADA) NO DIREITO SANCIONATÓRIO

Como já foi referido nas considerações iniciais, o artigo 41, do Código de Processo Penal estabelece: “Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

Sobre a denúncia nunca é demais recordar-se as clássicas lições de João Mendes de Almeida Júnior:⁶ “É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque praticou (*ubi*), o tempo (*quando*). (Segundo enumeração de Aristóteles, na *Ética a Nicomac*, 1. III, as circunstâncias são resumidas pelas palavras *quis*, *quid*, *ubi*, *quibus auxiliis*, *cur*, *quomodo*, *quando*, assim referidas por Cícero (De Invent. I)). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes.” –[Itálico e parênteses no original]-

Em relação às expressões latinas acima referidas pronuncia-se Fernando da Costa Tourinho Filho, in “Código de Processo Penal Comentado”. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 114: “Estas expressões latinas correspondem às alemãs: Wer? Was? Wo? Womit? Warum? Wie? Wann?, ‘expressivamente designadas pelos sete W dourados da criminalística’.” –[Aspas no original]-

⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959, v. 2, p. 183.

A técnica da denúncia tem merecido especial atenção da doutrina e da jurisprudência, através de uma ampla reflexão no plano da dogmática constitucional, vinculada especialmente ao direito de defesa.

Não resta dúvida que essa proteção jurídica da ampla defesa do acusado, estabelece limites contra a violação dos seus direitos fundamentais, de não ter sua intimidade e honra violadas indevidamente, por ineptas e insubsistentes denúncias.

Para não se transformar em instrumento de injusta persecução estatal, deve a denúncia ter aptidão, através de uma necessária base empírica.

O recebimento de denúncia pelo Juiz, iniciando-se a ação penal (processo), como a instauração de processo administrativo disciplinar, supõem a existência de justa causa, que estará ausente quando o comportamento atribuído ao acusado “nem mesmo em tese constitui ilícito”, “ou quando, configurada uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação.”⁷

A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Sendo certo que essa narração, mesmo que não seja exaustiva, deve descrever com clareza e objetividade qual é o fato ilícito praticado pelo denunciado, como exigência do postulado constitucional que assegura ao mesmo o pleno e efetivo direito de defesa e do contraditório. Pois, inclusive, é dessa descrição/narração que é imputada ao denunciado que o mesmo se defende.

Nesse sentido, destacam-se as reflexões desenvolvidas pelo Ministro Celso de Mello, no HC nº 70.763/DF, 1ª T., do STF:⁸ “O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas, à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexó de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta.” –[Itálico no original]–

O presente tema é de grande relevância no campo dos direitos fundamentais dos acusados, em decorrência que pessoa alguma poderá se defender de acusações genéricas,

⁷ Rel. Min. Orozimbo Nonato. In: RF 150/393.

⁸ STF. Rel. Min. Celso de Mello, HC nº 70.763/DF, 1ª T., DJ de 23 set. 1994, p. 25.328.

vagas ou insubsistentes. Por isso é que sem um justo motivo jurídico, não há plausibilidade para a acusação penal ou disciplinar.

Melhor dizendo, o Ministro Gilmar Mendes, no HC nº 84.409/SP, 2ª T., do STF,⁹ de forma oportuna deixou bem explícito que: “Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. (...) quando se fazem imputações vagas, dando ensejo à persecução criminal injusta, está a se violar, também, o princípio da dignidade da pessoa humana que, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição.”

Ainda sob o prisma do direito penal, o saudoso professor Hélio Bastos Tornaghi,¹⁰ se posicionava quanto ao conteúdo da denúncia: “Refere-se o código à exposição minuciosa, não apenas do fato infringente da lei, como também de todos os fatos que cercaram; não somente de seus antecedentes, mas ainda das causas, efeitos, condições, ocasião, antecedentes e conseqüentes. A narrativa circunstanciada, não só encaminhada à atuação da autoridade policial, como até ministra ao juiz elementos para um juízo de valor.”

A denúncia conterà, portanto, “a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias”, como preleciona Julio Fabbrini Mirabete,¹¹ sendo: “(...) indispensável que na denúncia se descreva, ainda que sucintamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a inicial que contenha descrição vaga, imprecisa, de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato preciso está sendo acusado.”

Lapidar também é a lição do Ministro Celso de Mello, ainda na esfera da denúncia penal, em seu bem lançado voto no HC nº 84.409/SP, 2ª T., do STF:¹² “Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a análise de qualquer peça acusatória apresentada pelo Ministério Público impõe que nela se identifique, desde logo, a narração objetiva, individuada e precisa do fato delituoso, que deve ser especificado e descrito, em todos os seus elementos estruturais e circunstanciais, pelo órgão estatal da acusação penal. É preciso proclamar que a imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador (RTJ 168/896-897, Rel. Min. Celso de Mello). Este, para que possa validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que a acusação não se transforme, como advertia o saudoso Min. Orosimbo Nonato, em pura criação mental do acusador (RF 150/393). Uma das principais obrigações jurídicas do Ministério Público, no processo penal de condenação, consiste no dever de apresentar denúncia que veicule, de modo claro e objetivo, com todos os elementos estruturais, essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, a descrição do fato delituoso, em ordem a viabilizar o exercício legítimo da ação penal e a ensejar, a partir da estrita observância dos pressupostos estipulados no art. 41 do CPP, a possibilidade de efetiva atuação, em favor daquele que é acusado, da cláusula constitucional da plenitude de defesa.” –[Parênteses no original]–

⁹ STF. Rel. Min. Gilmar Mendes, HC nº 84.409/SP, 2ª T., DJ de 19 agos. 2005, p. 57.

¹⁰ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 15.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 171.

¹² STF. Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, HC nº 84.409/SP, 2ª T., DJ de 19 agos. 2005, p. 57.

Não se concebe mais o denunciamento irresponsável, pois o direito já conviveu por muito tempo com esse tipo de postura estatal. O curso da história revelou muitas opressões e injustiças, causadas pelo apenamento de pessoas idôneas e ilibadas, que caíram em desgraça por exporem os seus ideais de vida e políticos.

Quando o Estado desenvolve a sua atividade persecutória, têm-se duas situações jurídicas distintas, reveladas pelo conflito entre a pretensão punitiva estatal e a intenção de preservação da liberdade individual manifestada pelo acusado.

Por isso é que não poderá haver dúvida que a persecução penal é justificada pela suposta prática de um fato criminoso, devidamente exposto, em todas as suas circunstâncias e com sua qualificação jurídico-penal, de modo que haja uma causa justa e relevante para dar início ao processo penal, pois a *persecutio criminis* deve observar as condições que lhe impõe o ordenamento jurídico.

A peça acusatória, tem o dever de descrever com perfeição e clareza todas as circunstâncias do fato delituoso, a fim de que a hipótese jurídica nela contida seja apta perante o ordenamento legal, e nesse sentido Vicente Greco Filho,¹³ enaltece esses requisitos como forma de possibilitar a ampla defesa do acusado: “Outro requisito essencial à ampla defesa é a apresentação clara e completa da acusação, que deve ser formulada de modo que possa o réu contrapor-se a seus termos. É essencial, portanto, a descrição do fato delituoso em todas as suas circunstâncias. Uma descrição incompleta, dúbia ou que não seja de um fato típico penal gera a inépcia da denúncia e a nulidade do processo, com a possibilidade de trancamento através de *habeas corpus*, se o juiz não rejeitar desde logo a inicial. Para que alguém possa preparar e realizar sua defesa é preciso que esteja claramente descrito o fato de que deve defender-se.” -[Itálico no original]-

Será inepta a denúncia, quando demonstrada inequívoca deficiência técnica capaz de impedir a compreensão dos fatos típicos narrados/descritos na peça acusatória, em grave e inconcebível prejuízo à defesa do acusado. A formalidade e demais requisitos que devem constar da peça acusatória são uma obrigação legal imposta à acusação.

Haverá ausência de justa causa para o prosseguimento da persecução penal, quando sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos e provas diretas, restar inequivocamente demonstrada a atipicidade da conduta do investigado/denunciado.

Essa justa causa para o prosseguimento da instrução criminal, como visto, vem devidamente estabelecida na peça inaugural da ação penal, que ao descrever precisamente a conduta delituosa do denunciado, com todas as circunstâncias, tipifica todos os elementos de definição legal do delito, o que será objeto de investigação.

Já no processo administrativo disciplinar, que possui natureza de direito penal geral, também há a obrigatoriedade de se fazer uma individualização dos fatos, com a descrição circunstanciada dos mesmos e a subsunção no tipo legal.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 64.

Dessa forma, a instauração do processo administrativo disciplinar é de competência da Autoridade Superior, estabelecida pela lei, que ao tomar conhecimento de infrações disciplinares praticadas pelo servidor público no exercício de sua função ou em decorrência dela, obriga-se a determinar a investigação mais detalhada dos fatos, mediante sindicância ou diretamente através da instauração de um processo administrativo disciplinar.

Se os elementos probantes forem insubsistentes, o mais recomendável é a instauração de sindicância, que possui tramitação mais célere e quando ela não é punitiva não existe a figura jurídica do acusado, porquanto é concebida para um aprofundamento mais detalhado dos fatos, a fim de verificar se será ou não promovida a instauração do processo administrativo disciplinar, ou haverá o seu arquivamento por insubsistência ou imaterialidade dos fatos.

Instaurado o processo administrativo disciplinar, a Portaria inaugural que lhe dá substância, deve conter a descrição e a qualificação dos fatos,¹⁴ a acusação imputada ao servidor público acusado e a sua subsunção em um tipo legal, além da indicação dos integrantes da Comissão Disciplinar, etc.

Como aduz Fábio Medina Osório,¹⁵ o direito sancionador exige a utilização da regra do *due process of law*, como garantia fundamental para sua validade jurídica, e para a certeza da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Aquela concepção de autoritarismo que existia no processo administrativo disciplinar já não se sustenta mais, pois o direito administrativo sancionador incorporou inúmeros princípios constitucionais que tomam assento em seu âmbito; também não se pode olvidar a aplicação de princípios penais nesse referido ramo.

Assim sendo, como é vedada uma decisão desarrazoada ou arbitrária, é também defesa uma acusação que não seja circunstanciada, revelando-se incompleta e insubsistente, sem substrato de legalidade, originada do excesso/abuso de poder da Autoridade administrativa superior.

Esses dispositivos legais, estabelecidos também para evitar o desvio de poder sancionatório do Estado, guardam íntima conexão com uma garantia fundamental outorgada pela Constituição Federal em favor daqueles que são vítimas, em juízo, ou administrativamente, da perseguição estatal sem a garantia de plenitude da defesa.

Nada pior do que “a vagareza absoluta, a indeterminação ilimitada, da acusação pela acusação.”¹⁶ –[Grifo no original]–

Nesse sentido, deve a peça acusatória, quer aquela consubstanciada pela denúncia penal, como a portaria inaugural/citação e a intimação do servidor público acusado no

¹⁴ “(...) o Inquérito administrativo disciplinar instaurado para apuração prática de ilícito administrativo mediante Portaria que não contém a descrição dos fatos imputados ao servidor público contém grave vício de nulidade, porque afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa. Recurso Ordinária provido.” (STJ. Rel. Min. Vicente Leal, ROMS nº 10.578/PA, 6ª T., DJ de 22 nov. 1999, p. 194).

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: RT, 2005, p.18-19.

¹⁶ STF. Voto do Min. Gilmar Mendes, no HC nº 84.409/SP, 2ª T., DJ de 19 agos. 2005, p. 57.

processo administrativo disciplinar conter a exposição do fato delituoso/infração, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias, devidamente classificado em um tipo legal (qualificação jurídico-penal-administrativa). Mesmo que sucinta, impõe-se ao Órgão acusador como exigência do plasmado constitucional que assegura aos acusados em geral a plenitude do direito de defesa com o contraditório, a correta e adequada descrição dos fatos à serem investigados no decorrer da instrução criminal e no processo administrativo disciplinar.

Assim, faltará justa causa para a acusação, se não for descrito na peça acusatória ou na Portaria inaugural, adequadamente e circunstanciadamente o fato tido como ilícito penal ou infração disciplinar.

III – DA CORRENTE DOUTRINÁRIA CONTRÁRIA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Nosso entendimento é no sentido de que o Estado Democrático de Direito não admite que o Poder Público puna os seus servidores disciplinarmente com base em norma em branco; contudo, grande parte da doutrina, representada por ilustres e cultos administrativistas, aos quais nutrimos o maior respeito e grande admiração, ainda recalçam em atualizar os seus ultrapassados posicionamentos, que não admitem a aplicação do princípio da tipicidade no Direito Administrativo Disciplinar.

Algumas das penalidades disciplinares, quando impostas, dado o seu caráter sancionatório, podem deixar seqüelas irreversíveis na vida do servidor público. Por essa razão, para evitar a imposição indiscriminada e arbitrária da sanção administrativa, por parte do administrador público, devem ser aplicados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica no processo administrativo disciplinar, para que o plasmado da justiça seja respeitado.

O objetivo do processo administrativo disciplinar é verificar se um fato típico, previsto no Estatuto dos Servidores Públicos ou em normas jurídicas afins, como infração disciplinar foi infringido, gerando responsabilidade para o seu infrator.

Por essa razão é que entendemos que quando da imposição de uma sanção disciplinar, deverá a mesma ser vinculada à tipificação prevista na lei, para que seja exteriorizado o direito justo, oriundo do somatório de todos os elementos que serviram de base para que fosse perquirida a verdade real, extraída do conjunto probatório. Por isso, no apuratório punitivo, o tipo disciplinar, capaz de respaldar a aplicação de penalidades leves, médias ou graves, deve ser detalhado, descrevendo de forma analítica a conduta tida como infração bem como a penalidade que deve ser aplicada.

A grande discussão doutrinária sobre o tema *sub oculis* é verificada pelo fato dos deveres, obrigações e proibições dos servidores públicos, estarem inseridos em seus Estatutos jurídicos, onde as condutas infrações são descritas em capítulos afetos ao regime disciplinar, “através de comandos normativos proibitivos ou impositivos que trazem

ora minudentes descrições, ora padrões vagos, para a definição do ilícito administrativo e do ilícito disciplinar, constituindo tipificações fluidas, abertas, flexíveis.”¹⁷

Para se ter a devida dimensão da falta de uma precisa descrição do tipo legal, o artigo 132, da Lei nº 8.112/90, estabelece que os casos de demissão se inserem nas seguintes situações legais:

- crime contra a Administração Pública;
- abandono de cargo;
- inassiduidade habitual;
- improbidade administrativa;
- incontinência pública e conduta escandalosa, verificadas no serviço público;
- insubordinação grave em serviço;
- ofensa física, em serviço, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- aplicação irregular de dinheiros públicos;
- revelação de segredo funcional;
- lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- corrupção;
- acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- transgressão dos incisos IX a XVI do artigo 117, da Lei nº 8.112/90 (violação à dignidade da função pública; gerência de empresa privada; advocacia administrativa; recebimento de propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão da função pública exercida; prática de usura e desídia).

Não resta dúvida que os tipos das penalidades administrativas disciplinares são abertos, diferentemente dos do direito penal, porquanto nessa última situação jurídica eles são fechados, com exceções.

Sucedem, que tal diferença ontológica não dá ensejo ao afastamento do princípio da tipicidade no direito administrativo sancionador, pois apesar de serem tipos legais abertos, eles devem ser conjugados com o disposto pelo artigo 128, da Lei nº 8.112/90, que estabelece 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. Ou seja, foram estabelecidos critérios objetivos, que complementam os tipos abertos declinados à guisa de exemplo.

Esse complemento determinado no artigo 128, da Lei nº 8.112/90, estabelece uma certa dose de proporcionalidade quando da aplicação dos tipos abertos previstos no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União Federal, pois o poder disciplinar não é irresponsável, tendo em vista que a sanção disciplinar deve conter um equilíbrio entre a infração cometida e a responsabilidade do servidor acusado, considerando-se o dano causado ao ente público.

¹⁷ DEZAN, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imposição subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 55, 14 jan. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6154>>. Acesso em: 22 de jul. 2007, p. 3.

Destarte, os padrões vagos e abertos dos tipos disciplinares, revelados por uma descrição sumária no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União Federal, sem a mínima densidade jurídica, exige uma justificada motivação do trio processante, bem como da Autoridade Julgadora, que devem se ater a análise de todo o conjunto probatório constante do processo administrativo disciplinar, para exteriorizarem o plasmado do direito justo.

Infelizmente, esses padrões vagos e abertos de descrição das infrações disciplinares possibilitaram que grande parte da refinada doutrina administrativa defendesse o princípio da atipicidade da conduta do servidor público, ficando ao livre alvedrio da Autoridade administrativa, preencher a lacuna do direito disciplinar, como bem lhe aprouver.

Por essa visão jurídica, a infração disciplinar descrita, como por exemplo “falta grave”, ficaria a cargo da Autoridade Julgadora, para desenvolver a sua fundamentação objetivando respaldar a aplicação do ato punitivo e teria a ampla discricionariedade de afastar o princípio da legalidade.

Defendendo a atipicidade como regente do processo administrativo disciplinar, José Cretella Júnior,¹⁸ adunou: “A falta disciplinar é atípica; a infração penal é típica. (...) O poder disciplinar é, em tese, discricionário. Não vinculam os pressupostos de antecedência da lei na determinação da falta ou da sanção. Não se aplica à instância administrativa o princípio da reserva legal que domina, regularmente, a doutrina em lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Não há, em matéria disciplinar, a exigência de verificação legal da falta que se caracteriza, *in genere*, como violação dos deveres funcionais, a serem explicitados em atos regulamentares ou administrativos.” -[Itálico e parênteses no original]-

Por esse entendimento do professor J. Cretella Júnior¹⁹ simplesmente a atipicidade da conduta disciplinar, teria o condão de afastar o princípio da legalidade da infração disciplinar, bem como a análise dos elementos objetivos, subjetivos e normativos do tipo, conferindo uma ampla, geral e irrestrita discricionariedade ao julgador do processo administrativo disciplinar e aplicador da penalidade.

A ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁰ também se perfilha a essa corrente doutrinária, quando afirma 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 do serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas no modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim deve ser levado em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.” -[Aspas no original]-

¹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *A prática do Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p.79-80.

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Id.*

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 515.

Esse posicionamento foi defendido amplamente pela corrente francesa do início do século XX, onde renomados tratadistas, entre eles Gaston Jéze,²¹ afirmaram que constituía erro fundamental confundir a infração disciplinar com a penal: “La falta disciplinaria y la infracción penal no tiene, pues, la misma naturaleza; no nos hallamos ante una cuestión de gravedad de la falta. Confundir la falta de servicio y el delito del agente público, sería un error capital, en el que muchas veces se ha incurrido. Olvidar esta idea fundamental, es correr el riesgo de dar al poder disciplinario una significación jurídica que no tiene. La represión disciplinaria de los agentes públicos que cometen faltas y la represión penal de los agentes públicos delincuentes son dos casos totalmente diferentes.”

Duez et Debeyre,²² também sustentou a diversidade fundamental do delito penal com o disciplinar, em face da diferença de seus tipos legais, tendo em vista que as infrações disciplinares não necessitavam de previsão legal sendo desnecessária, via de consequência, a exigência de tipicidade, tão fundamental para o direito francês; todos os servidores públicos poderiam ser punidos quando eles infringissem deveres funcionais em sentido lato, sem que houvesse a necessidade do contexto descritivo do rol de penalidades cabíveis.

Esses posicionamentos jurídicos de doutrinadores franceses foram suficientes para influenciar A. Gonçalves de Oliveira,²³ ex-Consultor Geral da República, ao proferir alentado parecer, em 1956, como se infere: “Para aplicação da pena disciplinar, não é necessário esteja a mesma expressamente prevista na lei, não se sujeitando à idéia da prévia tipicidade.”

Odete Medauar²⁴ também defende a atipicidade das infrações disciplinares, por dois fundamentos: dificuldade de se catalogar com exatidão todas as condutas infracionais e discricionariedade do administrador público: “Cabem algumas ressalvas a respeito da atipicidade das infrações. Dois argumentos aparecem amiúde para justificar essa atipicidade ou a não aplicação do adágio *nullum crime sine lege*: a) dificuldade de catalogar com exatidão todas as condutas que possam desatender deveres e proibições funcionais; b) discricionariedade do poder disciplinar.”-[Itálico no original]-

No mesmo sentido, o ilustre mestre José dos Santos Carvalho Filho²⁵ aduz: “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.” -[Itálico no original]-

Pedimos venia aos ilustres doutrinadores que entendem não haver a subsunção da conduta infracional disciplinar em um tipo legalmente previsto num dispositivo instituído pelo ordenamento jurídico, no sentido de que a tipicidade da infração disciplinar fere os princípios da legalidade, proporcionalidade, segurança jurídica e deixa de atender ao ideal de justiça.

²¹ JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho*..., op. cit. ant., v. III, p. 92-93.

²² DEBEYRE, Duez et. *Traité de Droit Administratif*. Paris: s.ed., 1927, p. 677.

²³ OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Parecer de 20 de agosto de 1956. In: *RDA*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 46, p. 479, outubro-Dezembro de 1956.

²⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 358.

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 576.

IV - DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

Para se instituir o princípio do devido processo legal na instância disciplinar, em primeiro lugar, faz-se necessário a existência de um processo justo, onde o acusado tenha a devida ciência da descrição/narração circunstanciada do fato tido como infração disciplinar, devidamente tipificado em um dispositivo legal, cuja prática lhe é imputada.

Ou seja, como averbava Heleno Cláudio Fragoso,²⁶ “o elemento essencial de garantia para o acusado, a narração minuciosa do fato fundamenta o pedido, demonstra a convicção da acusação pública’, sendo justificado tanto a ação penal, como o procedimento administrativo disciplinar, porquanto é afastado ‘o arbítrio e o abuso de poder’.” –[Aspas no original]-

Enfatizamos, ainda por necessário, que no atual sistema jurídico brasileiro, não existe a menor possibilidade de ser permitido aos poderes públicos, com fundamento somente em provas indiretas, reconhecer, em sede disciplinar, a responsabilidade funcional do servidor público.

Na realidade, a constitucionalização do direito administrativo, introduzida pela Carta Política de 1988, repele qualquer ato estatal que viole o dogma de que não haverá culpa penal ou administrativa por presunção ou por uma mera suspeita desacompanhadas de provas diretas ou de outros elementos legais de convicção. Pois, “meras conjecturas sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação estatal.”²⁷

Não se admite a imposição de uma penalidade disciplinar ao servidor público, a qual por óbvio pressupõe uma condenação, sem a descrição circunstanciada e detalhada da conduta infracional praticada e da classificação do tipo legal tido como infringido, pois o princípio da legalidade estabelece essa mínima obrigatoriedade para a acusação.

Ou em outras palavras, “os agentes administrativos não são meros objetos da repressão disciplinar, antes assumindo um papel ativo no desenvolvimento do respectivo procedimento, que lhes concede importantes garantias de defesa, de modo a poderem influenciar o seu resultado. Aliás, só assim o procedimento disciplinar pode cumprir a sua função legitimadora do ato administrativo disciplinar.”²⁸

Aproxima-se o direito disciplinar e as suas respectivas sanções do ponto de vista teórico do direito penal e de suas penas, conforme lição de Jorge de Figueiredo Dias.²⁹ Essa aproximação é de consequência do “Estado, estritamente subordinado ao princípio da legalidade da Administração.”³⁰

²⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ilegalidade e Abuso de Poder na Denúncia e na Prisão Preventiva. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, São Paulo, nº 13-63, p. 15.

²⁷ STF. Voto do Min. Celso de Mello, HC nº 84.409/SP, 2ª T., DJ de 19 agos. 2005, p. 57.

²⁸ ABREU, Luís Vasconcelos. *Para o Estudo do Procedimento Disciplinar no Direito Administrativo Português Vigente: As relações com o Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 72-73.

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal : Parte Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, t. I, p. 157.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ibid.*, p. 158.

O citado penalista lusitano, Jorge de Figueiredo Dias,³¹ fiel aos direitos constitucionais fundamentais dos acusados em geral e também a benéfica influência do direito penal, defende a aplicação do princípio da tipicidade no direito administrativo disciplinar, nos seguintes termos: “o que estaria ligado sobretudo à circunstância de as exigências da tipicidade das infrações – em consequência também da culpa – se encontrarem no direito disciplinar extremamente amortecidas relativamente ao que sucede, por força do estrito princípio da legalidade, no direito penal. Não deve ser assim, e não é assim segundo o direito disciplinar português vigente. Sem prejuízo de dever conhecer-se que o direito disciplinar é, em maior medida que o direito penal, orientado para o agente, não pode esquecer-se que se trata aqui de direito sancionatório e que por isso uma consistente defesa dos direitos dos argüidos impõe que sejam respeitados no essencial os princípios garantísticos que presidem o direito penal. Por isso o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local (DL 24/84, de 16-1), se não tipificou as infracções – os tipos de factos – que dão origem à responsabilidade disciplinar, descreveu em todo o caso o dever geral dos funcionários e agentes aos seus concretos deveres, de isenção, de zelo, de obediência, de lealdade, de sigilo, de correção, de assiduidade e de pontualidade, cuja violação sujeita os funcionários e agentes ao poder disciplinar (art. 3º do DL 24/84).” –[Parênteses no original]-

As infracções disciplinares no direito português a que alude Jorge de Figueiredo Dias, são aquelas que estão previstas no Decreto-Lei nº 24/84, que atualizou o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local.

O artigo 3º, do citado Decreto-Lei nº 24/84, estabelece como infração disciplinar: “3.1. – Considera-se infração disciplinar o facto, ainda que meramente culposos, praticado pelo funcionário ou agente com violação de algum dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce. 3.2.– Os funcionários e agentes no exercício das suas funções estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração. 3.3. – É dever geral dos funcionários e agentes actuar no sentido de criar no público confiança na ação da Administração Pública, em especial no que à sua imparcialidade diz respeito. 3.4. – Consideram-se ainda deveres gerais: *a)* o dever de isenção; *b)* o dever de zelo; *c)* o dever de obediência; *d)* o dever de lealdade; *e)* o dever de sigilo; *f)* o dever de correção; *g)* o dever de assiduidade; *h)* o dever de pontualidade.”

Sendo que a jurisprudência portuguesa identifica os elementos constitutivos da infração disciplinar, como: “São elementos essenciais da infração disciplinar: *a)* uma conduta do funcionário ou agente; *b)* o carácter ilícito desta, decorrente da inobservância de algum dos deveres gerais ou especiais inerentes à função exercida; *c)* o nexo de imputação, que se traduz na censurabilidade da conduta, a título de dolo ou culpa. Enferma de violação de lei, a punição por conduta a que falta alguns desses elementos.”³²

Em outro aresto, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal estabeleceu posição sólida sobre os elementos essenciais para a tipificação de uma infração disciplinar, como se verifica da seguinte ementa: “-São elementos essenciais constitutivos de infração

³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Ibid.*, p.159-160.

³² AC. STA. de 89-10-24, AP. DR 94-12-30, 5944.

disciplinar: *a)* uma conduta do funcionário; *b)* a violação de algum dos deveres gerais ou específicos; *c)* a censurabilidade desta, por imputação ao agente a título de dolo ou de mera culpa. A culpa envolve, por natureza, um complexo juízo de censura ou reprovabilidade que assenta sobre o nexó existente entre o facto ilícito e a vontade do agente.”³³

De igual modo, verifica-se que a Corte Superior Portuguesa não tem dúvida da necessidade jurídica de se tipificar a infração disciplinar em relação aos fatos que possam ser objeto de ilicitude, quando confrontados com a norma legal: “- Nos termos do disposto no artigo 3º, nº 1, do Estatuto Disciplinar do Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovada pelo art. 1º, do DL nº 24/84, de 16 de janeiro, só são disciplinarmente relevantes os fatos que possam ser objecto de um juízo de ilicitude face à norma ou princípio jurídico que impõe ao funcionário argüido um dever funcional geral ou especial.”³⁴

Como visto, o direito português exterioriza a necessidade de se identificar uma conduta ilícita por parte do servidor público responsável perante o ordenamento jurídico, através de um tipo estabelecido previamente pela lei.

Tal qual em nosso direito, mesmo que vagos ou indeterminados os conceitos dos ilícitos disciplinares de Portugal, o Poder Judiciário estabeleceu firme jurisprudência que a responsabilidade administrativa decorre, por força do princípio da legalidade, da conduta dos servidores públicos que configuram infrações, previstas em normas do Estatuto dos funcionários públicos daquele país.

Na Espanha, o artigo 25.1 da Constituição estabelece que ninguém será punido, condenado ou sancionado por falta ou infração disciplinar, sem que haja previsão na legislação vigente: “25.1 – Nadie debe ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

Conferindo efetividade ao citado comando constitucional, a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e Procedimento Administrativo Comum (Lei 30/1992, de 26 de novembro), em seu artigo 129, estabelece explicitamente a necessidade do princípio da tipicidade nas infrações administrativas: “Art. 129.1 – Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Las infracciones administrativas se classificarán por la Ley em leves, graves y muy graves. 2 – Únicamente por la Comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley. 3 – Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podían introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin construir nuevas infracciones o sanciones, no alterar la naturaleza o limites de los que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones

³³ AC. STA. de 92-04-28, Proc. nº 28.667.

³⁴ AC. STA de 9 dez. 2004, Ap. DR 95-0322, 7268.

correspondientes. 4 – Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

Jesús Gonzáles Pérez e Francisco Gonzáles Navarro,³⁵ ao comentarem o artigo 129, da LRJPA aduzem: “La infracción administrativa es por lo punto una acción previamente descrita por la ley, precisamente por una ley en el sentido formal, que haya sido emanada del Parlamento. Tipificación y reserva legal son así los dos primeros rasgos que sirven para empezar a perfilar el concepto de infracción administrativa.”

Por sua vez, José María Quirós Lobo,³⁶ sobre o tema assinala que os preceitos sancionadores “em branco” são os primeiros inimigos do princípio da tipicidade disciplinar.

No mesmo sentido, em obra específica sobre o princípio da tipicidade nas infrações disciplinares qual seja, “La Tipicidad de las Infracciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador”, Joaquim Meseguer Yebra, afirmou:³⁷ “La descripción de la infracción administrativa, referida a actos u omisiones aislados y concretos, no es una facultad discrecional de la Administración o autoridad sancionadora, sino propiamente una actividad jurídica de aplicación de las normas, que exige como presupuesto objetivo el encuadre o la subsunción de la infracción en el tipo predeterminado legalmente, rechazándose criterios de interpretación extensiva o analógica. A efectos de revisión jurisdiccional la tipicidad de la infracción, supone la coincidencia de una conducta con el supuesto de hecho de la norma tipificante.”

Por fim, José Manuel Serrano Alberca,³⁸ ao comentar a Constituição da Espanha em magistral obra organizada por Fernando Garrido Falla, também se perfilha aos posicionamentos doutrinários citados alhures: “El principio da tipicidad, como aplicación y concreción del principio de legalidad y reserva de ley exige también la delimitación concreta de las conductas en la ley prohibiendo, con carácter general, las remisiones en blanco a preceptos de rango inferior y su interpretación analógica.”

Também o Tribunal Supremo Espanhol teve a oportunidade de se manifestar no seguinte sentido: “El derecho fundamental así enunciado (de acuerdo con el tenor literal del art. 25.1 CE) incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo y comprende una doble garantía. La primeira, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predefinición normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.”³⁹ -[Itálico e parênteses no original]-

O Tribunal Constitucional Espanhol em outro expressivo julgado deixou explícita a necessidade da aplicação do princípio da legalidade no âmbito do direito sancionador

³⁵ PÉREZ, Jesús Gonzáles ; NAVARRO, Francisco Gonzáles. *Comentarios a la Ley...* op. cit. ant., t. II, p. 2794.

³⁶ LOBO, José María Quirós. *Principios de Derecho Sancionador*. Granada: Editorial Comares, S. L., 1996, p. 32.

³⁷ YEBRA, Joaquim Meseguer. *La Tipicidad de las Infracciones en el Procedimiento Administrativo Sancionador*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 13.

³⁸ ALBERCA, José Manuel Serrano. *Comentarios a la Constitución*. In: FALLA, Fernando Garrido (Org.). 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 2001, p. 587.

³⁹ STC 42/1987.

estatal: “implica, por lo menos, estas três exigências: La existência de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionador (lex previa), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un se chazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como limite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador.”⁴⁰

O mesmo Tribunal Supremo Espanhol enfrentou os conceitos de legalidade e de tipicidade nas infrações e sanções disciplinares, da seguinte forma: “Los conceptos de legalidad y de tipicidad no se identifican, sino que el segundo tiene un próprio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de la seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la existencia de una lex previa, a la de una lex certa.”⁴¹

Após as lições doutrinárias e jurisprudenciais do direito comparado, não resta dúvida que o princípio da legalidade encontra-se encravado no processo administrativo disciplinar em seu todo, sendo que a tipicidade é uma consequência da sua salutar influência. Por essa concepção, quando se tratar de investigação, onde se apura a prática de ilícito criminal ou infração disciplinar, com a aplicação de penalidade, têm-se, como exigência do princípio da legalidade, as seguintes providências:⁴²

- irretroatividade da lei;
- proibição de criação de ilícitos administrativos e penalidades pelos costumes ou que não estejam legalmente estabelecidos em ordenamento legal;
- impossibilidade de se utilizar o princípio da analogia para definir infrações disciplinares ou agravar/fundamentar as penalidades;
- tipicidade;
- descrição precisa e circunstanciada dos fatos, sendo vedada a acusação vaga e indeterminada.

Sobre o princípio da tipicidade no direito administrativo disciplinar, deixamos registrado em nossa Obra intitulada “Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada : Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União”:⁴³ “Apesar de ilustres administrativistas defenderem que o princípio da tipicidade (*tatbestand*) não se aplica ao processo disciplinar, após o advento da Constituição de 1988, onde o direito administrativo foi constitucionalizado, o princípio da legalidade (art. 37, CF e o art. 5º, II, CF) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) não permitem uma acusação genérica, sem

⁴⁰ STC 133/1987.

⁴¹ STC 20/1989.

⁴² DEZAN, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imposição subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 55, 14 jan. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6154>>. Acesso em: 22 de jul. 2007, p. 8.

⁴³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada*, 3. ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 1037.

ponto de apoio em uma norma legal descritiva que reprima a conduta tida como ilícita. Na atual fase do direito constitucional administrativo não mais vigora a visão de que a acusação no processo disciplinar pode ser ampla e dissociada de um tipo legal.”-[Itálico e parênteses no original]-

No mesmo sentido, o ilustre doutrinador lusitano Manoel Afonso Vaz,⁴⁴ autor da consagrada obra “Lei e Reserva de Lei”, averbou: “A idéia fundamental, ou ponto de partida, é estabelecer, uma conexão adequada entre uma concepção particular da pessoa e os primeiros princípios de justiça, através de um procedimento de construção. Ou dito de outro modo, procura-se estabelecer um certo procedimento de construção que responda a certas exigências de razoabilidade e, dentro desse procedimento, explicitar um modo de as pessoas racionais, caracterizadas como ‘agentes de construção’, especificarem, mediante os seus acordos, os princípios de justiça.” –[Aspas no original]-

Fábio Medina Osório,⁴⁵ representando a corrente doutrinária moderna, não teve dúvida em confirmar a necessidade da aplicação da teoria da tipicidade no direito administrativo: “Sem embargo, a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a idéia de tipos penais. Daí porque, naturalmente, os tipos entram no campo administrativo, desempenhando determinadas funções. (...) O princípio da tipicidade das infrações administrativas, decorre genericamente, do princípio da legalidade, vale dizer, da garantia de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II, da CF/88), sendo que a Administração Pública, ademais, está submetida a exigência de legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de contas proibidas e sancioná-los. Além disso, a garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais.” –[Aspas, itálico e parênteses no original]-

Em igual diapasão, Paulo Otero,⁴⁶ eminente administrativista português, filiado à modernidade do Direito Público, não teve dúvida em adunar: “O princípio da legalidade de ser mero limite da actividade administrativa para passar a ser igualmente, seu fundamento. A extensão do princípio da legalidade determina a evolução do princípio da reserva de lei para o princípio da reserva total de lei, através do qual todas as tarefas administrativas e o conteúdo da sua própria actividade exige a existência de um fundamento legal.”

Outro grande expoente do direito administrativo brasileiro, Romeu Felipe Bacellar Filho,⁴⁷ amparado pela Constituição Federal de 1988, não teve dúvida em inadmitir a possibilidade jurídica da atipicidade da infração no âmbito disciplinar: “A Constituição de 1988 não se compatibiliza com afirmações do tipo ‘no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção,

⁴⁴ VAZ, Manoel Afonso. *Lei e Reserva de Lei*. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1992, p. 264.

⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo...*, op. cit. ant., p. 207-208.

⁴⁶ OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 89.

⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 173-174.

que é renunciável pela Administração, possibilidades inconcebíveis em Direito Penal'. Afinal, o princípio da reserva legal absoluta em matéria penal (5º, XXXIX, da Constituição Federal) – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – estende-se ao direito administrativo sancionar.” –[Aspas, itálico e parênteses no original]-

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho:⁴⁸ “Inexiste discricionariedade para imposição de sanções, inclusive quando se tratar de responsabilidade administrativa. A ausência de discricionariedade se refere, especialmente, aos pressupostos de imposição da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da ‘hipótese de incidência’ da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto da aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através da lei (...).” –[Aspas no original]-

Sem o nexo entre a conduta descrita no “libelo acusatório”, (equivalente a portaria inaugural e mandado de citação do processo administrativo disciplinar) e o tipo legalmente estabelecido em lei para uma futura punição, não haverá legitimidade a aplicação de uma sanção disciplinar, porquanto o Estado Democrático de Direito não permite a existência de normas incriminadoras em branco.

Os elementos descritivos do tipo, segundo Hans Heinrich Jescheck e Thomas Weingend,⁴⁹ “son conceptos que pueden ser tomados tanto del cotidiano como del uso de lenguaje jurídico y que describe objetos del mundo real. Son susceptibles de una verificación fática y, por este motivo, también pueden ser concebidos como componentes ‘descriptivos’ aún cuando la determinación de su más exacto contenido sólo se consiga a través de la referencia a una norma, mostrando así en cierta medida un contenido jurídico.” –[Aspas no original]-

Sobre a taxatividade no direito penal, da lei ser a única fonte definidora de crimes, extrai-se as brilhantes lições de Celso Delmanto:⁵⁰ “(...) as leis que definem crimes devem ser precisas, marcando, exatamente a conduta que objetivam punir. Assim, em nome do princípio da legalidade, não podem ser aceitas leis vagas ou imprecisas, que não deixem perfeitamente delimitado o comportamento que pretendem incriminar os clamados tipos penais abertos... Por outro lado, ao juiz que vai aplicar leis penais é proibido o emprego da analogia ou da interpretação com efeitos extensivos para incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição. As eventuais falhas da lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, pois é vedado a este completar o trabalho do legislador, para punir alguém.”

Exige, também, o direito administrativo disciplinar uma descrição legal do tipo subsumido a uma conduta específica, conjugada ou imbricada com uma correspondente penalidade.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 621-622.

⁴⁹ JESCHECK, Hans Heinrich ; WEINGEND, Thomas. *Tratado de Derecho...*, op. cit. ant., p. 289.

⁵⁰ DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.

Esse tipo legal proibitivo, vinculado a uma sanção disciplinar, é suficiente para afastar o princípio da atipicidade da conduta do servidor público, em decorrência de que a infração disciplinar não pode ser fundamentada/embasada por preceitos fluidos ou discricionários da Administração Pública, para que ela “possa entender violado determinado preceito primário (tipo), independentemente de perfeita subsunção.”⁵¹

V - DA APLICAÇÃO PERMANENTE DO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Não há como obstar a aplicação subsidiária dos princípios e das normas do Direito Penal ao processo administrativo disciplinar, tendo em vista que eles atuam supletivamente às normas administrativas. Essas garantias penais regulam e aplicam-se ao direito sancionatório do Estado, que foi constitucionalizado exatamente para estabelecer uma ampla atuação no ordenamento jurídico, sem obstáculos formais.

Todos os ramos do direito se comunicam objetivando trazer paz e segurança jurídica para os cidadãos, por isso é que os referidos ramos tiveram os seus princípios constitucionalizados, em grande parte, para estabelecer direitos fundamentais a toda sociedade. Desse modo, o direito penal cumpre importante papel no âmbito do direito sancionatório, incluindo o disciplinar, pois exterioriza muitas garantias aos acusados, para estabelecer a certeza na repressão a prática de uma infração disciplinar legalmente prevista e tipificada em lei.

Por isso é que muitos dos princípios legais que regem o direito penal estão também presentes no direito administrativo disciplinar, tais como os princípios da tipicidade, prescrição intercorrente, isonomia, proporcionalidade, proibição da *reformatio in pejus*, *non bis in idem*, presunção de inocência, inversão do ônus da prova, direito à ampla defesa e ao contraditório, legalidade, dentre outros.

O direito administrativo sancionador/disciplinar é apenas mais uma das condições jurídicas de manifestação do *ius puniendi* do Estado. Sua diferença para o direito penal é apenas de grau ou, em algumas situações, mera opção legislativa.⁵²

Nelson Hungria,⁵³ que compôs as Comissões responsáveis pela elaboração dos Ante-Projetos dos Códigos Penal, Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, pronunciou-se no sentido a seguir transcrito, reforçando o que foi aduzido anteriormente: “A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas ‘sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi’. Assim, não há como falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência

⁵¹ DEZAN, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imposição subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 55, 14 jan. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6154>>. Acesso em: 22 de jul. 2007, p. 13.

⁵² Cf. NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

⁵³ HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. In: *Seleção Histórica da RDA (Matérias Doutrinárias Publicadas em Números Antigos de 1 a 150)*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 15, 1945-1995.

ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau, está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de ‘estéril especulação’, idêntica à demonstração da quadratura do círculo.” –[Aspas e itálico no original]-

Não há razão jurídica para rejeitar-se o sistema de semelhança do processo administrativo disciplinar para a estrutura do processo penal: “A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal.”⁵⁴

Por isso é que a tipificação de um ilícito passa a assumir papel de grande relevância também na esfera disciplinar/sancionatória, pois nesse ramo do direito, apesar de ser representado por uma instância administrativa, ela é responsável pela aplicação de severas penas, que possuem o efeito de estabelecer um permanente dano psicológico, com reflexos financeiros, familiares e sociais, na vida do servidor público condenado disciplinarmente.

Dessa forma, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández,⁵⁵ fiéis ao desenvolvimento da jurisprudência constitucional espanhola, ressaltam a aplicabilidade de princípios constitucionais do direito penal no âmbito do direito administrativo disciplinar, destacando: “*a*) legalidade (exigência de que as condutas sancionáveis sejam previamente tipificadas pela lei formal e não por simples regulamento); *b*) injusto típico (imperativo de determinação prévia na lei das condutas, isto é, ações ou omissões, que constituem infrações administrativas, excluindo-se cláusulas abertas ou indeterminadas ou ainda as condutas de qualificação genérica ou subjetiva); *c*) *nulla poena sine culpa* (exclusão da responsabilidade objetiva, exigindo-se que qualquer sancionamento administrativo seja fundado quer em culpa quer em dolo); *d*) prescrição (limitação temporal da faculdade punitiva da Administração, de forma a pacificar as relações sociais e efetivar o valor segurança); *e*) prova verificada da realidade da conduta reprovável (afastamento das presunções desfavoráveis contra os administrados, princípio compreendido por aquele da presunção de inocência e pelo *due process of law*, a exigir um procedimento que assegure a possibilidade de ampla defesa, de contraditório e de produção probatória aos administrados.” –[Itálico e parênteses no original]-

Essas condições legais descritas pelos ilustres mestres espanhóis retratam a perfeita adaptação com a atual constitucionalização da ordem jurídica brasileira.

Na situação jurídica do processo administrativo disciplinar, onde os tipos legais são vagos e abertos, o administrador público terá que descrever circunstanciadamente e detalhadamente os fatos e indicar os fundamentos legais (tipos) –classificação/qualificação jurídico disciplinar- pertinentes (art. 26, VI, da Lei nº 9.784/99), capazes de demonstrar a prática de infrações disciplinares, em tese, por parte do servidor público.

⁵⁴ STJ. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, REsp nº 19560/RJ, 1ª T., DJ de 18 out. 1993, p. 21.841.

⁵⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de ; FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Direito...* op. cit. ant., p. 543.

Essa base fática e jurídica completam o binômio exigido pelo princípio da legalidade (ou da reserva legal) capaz de conferir uma segurança legal para a investigação.

A propósito do princípio da legalidade Damásio E. de Jesus, em sua Obra “Direito Penal : Parte Geral”. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v.1, p. 54, pronuncia-se no seguinte sentido: “Ensina José Frederico Marques que, além de seu significado político, possui o princípio um aspecto jurídico, uma vez que ‘fixa o conteúdo das normas incriminadoras, não permitindo que o ilícito penal seja estabelecido genericamente sem definição prévia da conduta punível e determinações da *sanctio juris* aplicável’.” –[Aspas e itálico no original]-

Sem as exigências legais anteriormente referidas, o mandado de citação⁵⁶ ou a portaria inaugural⁵⁷ que, além de outros requisitos determina a instauração do processo administrativo disciplinar, possuem grave vício capaz de violar o devido processo legal, impedindo que haja ampla defesa e que seja instituído o contraditório.

Sendo certo que, tanto o Regulamento como qualquer outro ato administrativo⁵⁸ não poderão estabelecer um tipo legal, pelo fato do mesmo, em termos de definição/descrição/sanção, ser sempre fixado por uma lei formal, que só poderá ser aplicada ao caso concreto, se for sancionada e entrar em vigor anteriormente a prática da conduta infracional pelo servidor público.

Oportuna é a lição da eminente administrativista Lúcia Valle Figueiredo, quando em exercício no TRF – 3ª Região, ao julgar o Mandado de Segurança nº 142.666, da 2ª T., em 22 de jun. de 1994: “Impende saber se o princípio da tipicidade, uma vez que trata de procedimento sancionatório, poderia ser postergado e, de seu turno, dar-se pela implicitude do controle sobre as cópias para vídeo-cassete. O procedimento administrativo sancionatório segue o devido processo legal e, na hipótese, o penal, do mesmo modo que o procedimento sancionatório tributário. O princípio da tipicidade é importantíssimo para preservação do princípio da legalidade. Deve estar descrita na lei a infração com a devida conseqüência. Se determinadas formas de ‘infrações’ ainda não tiverem sido tipificadas, possível é que passem a sê-lo, modificando-se a lei. Possível não é, entretanto, que em matéria de infração utilize-se da analogia. (...) transpondo para o nosso texto constitucional, mesmo o anterior, o princípio da legalidade geral (‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei’) e da legalidade administrativa, exclui qualquer possibilidade de aplicar sanções, mesmo administrativas, que não se sediêm diretamente na lei. Na Constituição anterior já estava garantido o devido processo legal para as infrações

⁵⁶ “Mandado de Segurança - Processo Administrativo Disciplinar - Revelia - Edital de Citação - Ausência de Descrição e Tipificação da Conduta - Cerceamento de defesa. 1. O mandado de citação não cumpre sua destinação específica quando não se reporta à base fática ou jurídica que sirva para dar ciência ao investigado das imputações feitas contra si, impossibilitando o exercício do amplo direito de defesa, impondo-se reconhecer, em casos que tais, a ilegitimidade da atividade disciplinar, e, por conseguinte, a nulidade do processo administrativo. 2. Precedente do Tribunal. 3. Segurança concedida.” (STJ. Rel. Min. Anselmo Santiago, MS nº 5612/DF, 3ª S., DJ de 1º dez. 1999, p.103).

⁵⁷ “Administrativo. Recurso em Mandado de Segurança. Processo Disciplinar. Omissão dos fatos imputados ao acusado. Nulidade. Provimento. 1. A Portaria inaugural e o mandado de citação, no processo administrativo, devem explicitar os atos ilícitos atribuídos ao acusado. 2. Ninguém pode defender-se eficazmente sem pleno conhecimento das acusações que lhe são imputadas. 3. Apesar de informal, o processo administrativo deve obedecer às regras do devido processo legal. 4. Recurso conhecido e provido.” (STJ. Rel. Min. Peçanha Martins, ROMS nº 1074/ES, 2ª T., DJ de 30 set. 1992, p. 3.968).

⁵⁸ “Ato administrativo não pode tipificar infração administrativa nem cominar penalidade, sob forma de violar o princípio da legalidade. A garantia constitucional do devido processo legal alcança procedimentos administrativos sancionatórios.” (TRF – 3ª Região. Rel. Des. Fed. Lúcia Valle Figueiredo, MS nº 142.666, 2ª T., julgado em 22 de jun.1994. In: *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 789-790, dezembro de 1995).

penais. O texto atual é expreso garantindo-o também, para os procedimentos administrativos, que devem ter as mesmas garantias do procedimento judicial. É claro que o procedimento administrativo sancionatório deve seguir a trilha do processo penal. Massimo Severo Giannini, em seu *Instituzione de Diritto Amministrativo*, p. 396, também afirma que os procedimentos administrativos, devem ser modelados segundo o esquema geral do processo penal.” -[Aspas e parênteses no original; grifo nosso]-

Não fosse essa efetiva influência do direito penal constitucionalizado, o princípio da publicidade administrativa, previsto no *caput*, do art. 37, da CF, já seria suficiente para impor a necessidade de se estabelecer a obrigatoriedade da descrição certa, precisa e circunstanciada do fato investigado, com a sua adequação em um tipo legal, estabelecido pelo texto normativo.

Todavia, como muito bem averbaram Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,⁵⁹ “na seara dos processos administrativos pertinentes à aplicação de sanções não deve o agente decisório deixar de levar em consideração a rica trama principiológica do direito penal. Cabendo-lhe, em suma, levantar as pontes conceituais antes por nós exaltadas, a fim de evitar que o processo realize não a justiça, mas a suma injustiça.”

Mais a frente, os ilustres tratadistas,⁶⁰ com o devido acerto, peculiar aos seus posicionamentos jurídicos, deixam bem lançadas razões sobre os princípios da reserva legal e da tipicidade normativa da sanção administrativa, *verbis*: “Em primeiro lugar, impõem-se bradar em altas vozes: não há sanção administrativa admissível sem prévia capitulação legal (lei em senso estrito). Nem é preciso, no particular, recorrer ao inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal, assim evitando a polemica. Com aqueles que pretendem a aplicabilidade desse comando exclusivamente ao crime (também em sentido estrito); bastará nos afinarmos ao inciso II do mesmo art. 5º, consagrador do princípio da legalidade, marca fundamental da atividade administrativa de qualquer natureza. Em definitivo: sanção administrativa só pode decorrer de lei anterior, e lei em cunho formal (não bastando simples medida provisória, que não passa de lei sob condição, lei a título precário – o que, a toda evidência, não se presta a definir infrações e respectivas sanções: a repercussão e a profundidade do enquadramento infracional e da decorrente submissão sancionatória são incompatíveis com um juízo de validade definitiva dependendo da hipotética conversão da medida em lei). Decorrencia inafastável das precedentes considerações estampa-se na inaceitação, de nossa parte, da afirmação, até aqui correntia, de não existir no direito administrativo, a exigência da tipicidade. Ou seja, em suas atuações sancionatórias bastaria à Administração referir, abertamente, o fato punível, dispensando-se do enquadramento normativo correspondente. Não há como compatibilizar tal afirmação com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, desde 1988 expressamente conferidas também ao processo administrativo.” -[Parênteses no original; grifo nosso]-

Portanto, deve o Administrador público, quando investido do poder disciplinar, primar pelo cumprimento da regular investigação, através de uma apuração justa, sendo a conduta infracional praticada pelo servidor público prevista em um tipo legal, com a sua descrição detalhada e circunstanciada.

⁵⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 1. ed., 2. Tiragem. p. 154.

⁶⁰ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Ibid.*, p. 154-155.

Averbe-se, nesse sentido, o magistral julgado da 5ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, no ROMS nº 16.264/GO,⁶¹ que teve a relatoria da eminente Ministra Laurita Vaz, assim ementado o aresto: “Administrativo. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Processo Administrativo Disciplinar. Infração Administrativa tipificada no art. 303, inciso LVI, da Lei nº. 10.460/88. Ausência da elementar do tipo “em serviço”. Nulidade do Decreto Demissório. Direito líquido e certo. 1. *In casu*, em nenhum momento restou efetivamente evidenciado que o Recorrente estivesse no exercício de seu mister (“em serviço”). Isso porque, uma vez que os fatos se deram em local diverso do ambiente do trabalho, ainda que próximo, como consta do Relatório Final, somente seria cabível a imputação acaso ficasse demonstrado que o Recorrente estava, ao menos, no cumprimento das atribuições do cargo no momento do ocorrido, o que não ocorrera na espécie. 2. O fato de cuidar-se da vítima de funcionário público, colega de serviço do Recorrente, e de existir uma animosidade entre eles em razão do serviço, segundo consta dos autos, não se mostra suficiente para tipificar o ilícito administrativo. 3. No campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direta ao princípio da reserva legal. 4. Ressalte-se que a utilização de analogias ou de interpretações ampliativas, em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio da tipicidade, corolário do princípio da legalidade, segundo as máximas: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa*, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido para anular a pena demissória aplicada ao Recorrente.” –[Aspas, itálico e parênteses no original]-

Em seu voto condutor, no ROMS nº 16.264/GO a Ministra Laurita Vaz, ao estabelecer a similitude do direito disciplinar ao direito penal, vinculou a discricionariedade do administrador público ao princípio da legalidade: “É que, no campo do direito disciplinar, assim como ocorre na esfera penal, interpretações ampliativas ou analógicas não são, de espécie alguma, admitidas, sob pena de incorrer-se em ofensa direito ao princípio da reserva legal. Não se pode admitir-se que a discricionariedade do administrador atue de forma derogatória do princípio da legalidade, em especial nos casos cujos preceitos secundários cominem penalidades graves ou gravíssimas, como no caso da demissão, na medida em que importa em ferimento aos direitos fundamentais do servidor ante à inegável inconstitucionalidade de que se reveste o ato punitivo quando pautado em padrões fluidos, oriundos de conceitos indeterminados. (...) Ressalte-se que a utilização de analogia ou de interpretações ampliativas em matéria de punição disciplinar, longe de conferir ao administrado uma acusação transparente, pública, e legalmente justa, afronta o princípio a tipicidade, corolário do princípio da legalidade, à luz das máximas: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta e nullum crimen nulla poena sine lege certa*, postura incompatível com o Estado Democrático de Direito.” –[Itálico no original]-

A propósito, seguem outros importantes julgados do STJ que foram construídos com a finalidade de fiscalizar a aplicação indiscriminada da pena de demissão do servidor público, que apesar de estarem previstas no tipo legal descritivo de uma infração disciplinar, a desproporcionalidade da sanção foi identificada pela insubsistência das

⁶¹ STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, ROMS nº 16.264/GO, 5ª T., DJ de 2 mai. 2006, p. 336.

condutas investigadas, *verbis*: 1)- “Administrativo. Mandado de Segurança. Policial Rodoviário Federal. Processo Administrativo Disciplinar. Controle Jurisdicional. Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade. Demissão. Ilegalidade. Concessão da Segurança. 1. O controle jurisdicional em mandado de segurança é exercido para apreciar a legalidade do ato demissório e a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, bem como proporcionalidade da sanção aplicada com o fato apurado. Precedentes. 2. A conduta do Impetrante não se ajusta à descrição da proibição contida no art. 117, inciso XI, da Lei n.º 8.112/90, tendo em vista que a Comissão Processante não logrou demonstrar que o servidor tenha usado das prerrogativas e facilidades resultantes do cargo que ocupava para patrocinar ou intermediar interesses alheios perante a Administração. 3. Ordem concedida, para determinar a reintegração do Impetrante ao cargo público, sem prejuízo de eventual imposição de pena menos severa, pelas infrações disciplinares porventura detectadas, a partir do procedimento administrativo disciplinar em questão.”⁶² 2)- “Mandado de Segurança. Ministro da Justiça. Administrativo. Servidor Público. Demissão. Processo Disciplinar. Prática da usura não configurada. O impetrante se volta contra a sua demissão, calcada em processo disciplinar no qual teria sido caracterizada a prática da usura por parte do respectivo policial. Não compreendida, no conceito legal de usura, a conduta do servidor, o ato de demissão é ilegal e arbitrário. Segurança concedida para determinar a anulação do ato demissório e determinar a sua reintegração no cargo de que fora demitido.”⁶³

Verifica-se, com muita clareza, que os motivos determinantes do mérito da sanção disciplinar, resultantes do devido processo legal, são passíveis de análise pelo Poder Judiciário, eis que devem conter, obrigatoriamente, não só os princípios objetivos estabelecidos no *caput* do art. 37, da CF (legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade), como também aqueles que se baseiam em fatos que, por força de normas legais propiciam a tomadas de decisões disciplinares neles contidos. Ou melhor dizendo, “a legalidade do ato administrativo exige como condição de validade não apenas a competência para a sua prática e a regularidade formal extrínseca, mas também os seus requisitos substanciais – a motivação, os seus pressupostos de direito e de fato, mormente quando, - como na espécie – estes elementos estão definidos em lei como vinculadores da função administrativa imposta.”⁶⁴

Por isso, é lícito ao Poder Judiciário examinar o motivo ou o ato administrativo disciplinar, para verificar se ele se compraz com o princípio da segurança jurídica, que nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁶⁵ se constitui em “elemento fundamental do Estado de Direito”, sendo certo, que se “exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo-se que o eventual atingido para identificar a nova situação jurídica e as conseqüências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam *cognos cibilidadade* dos propósitos do legislador.” -[Itálico no original]-

⁶² STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, MS nº 9.621/DF, 3ª S., julgado em 13 de abr. 2005, citado no ROMS nº 16.264/GO, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ de 2 mai. 2006, p. 339.

⁶³ STJ. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, MS nº 6673/DF, 3ª S., DJ de 5 jun. 2000, p. 113.

⁶⁴ TJ/PR. Rel. p/acórdão Oto Luiz Sponholz, Ap. Cível nº 0022145-8/PR, 1ª C.C., julgado em 10 de agos. 1993, DJ de 3 set. 1993.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117.

Seguindo-se o modelo legislativo adotado pela Lei nº 8.112/90, que estabelece em seu artigo 132, as taxativas situações dos tipos legais com previsão de pena de demissão, deve-se verificar a conduta infracional do servidor público, para se estabelecer a devida adequação com um dos respectivos tipos legais, sob pena de violação ao princípio da legalidade, pois, se assim não for, a Autoridade administrativa estaria criando infrações disciplinares através de ato administrativo. Por isso é que a fiel descrição das condutas infracionais dos servidores públicos, subsumindo-se em um dos tipos legalmente previstos na lei, são imperiosas ao Estado Democrático de Direito no que pertence a condenação, imposição de sanções e restrições de direito.

Dessa forma, o princípio da tipicidade administrativo é um dos corolários do plasmado de segurança jurídica que é estabelecido em um Estado Democrático de Direito.

VI - CONCLUSÃO

Malgrado o respeito e a profunda admiração que nutrimos aos citados administrativistas que, apesar de fornecerem relevantes posicionamentos doutrinários à toda comunidade jurídica, interpretam que o princípio da tipicidade não é aplicável ao direito administrativo sancionador, entendemos justamente o contrário deles, por ser uma exigência legal, limitar o discricionarismo desenfreado do Administrador público através de disposições Constitucionais e leis infraconstitucionais.

Somente a lei formal poderá estabelecer tipos legais com suas respectivas penalidades disciplinares, bem como adequar condutas aos respectivos ilícitos.

A tipicidade no direito administrativo disciplinar segue a salutar influência do direito penal, exigindo-se da Comissão Disciplinar e Autoridade Julgadora, a verificação dos elementos objetivos do tipo bem como dos subjetivos (dolo ou culpa) e normativos, para efetuarem a devida subsunção do fato praticado pelo servidor público ao tipo -(sua descrição)- previsto na lei, “corolário da observância do princípio da culpabilidade e do instituto da imputação subjetiva.”⁶⁶

Dessa forma, as infrações disciplinares de baixo, médio ou grave potencial ofensivo ao Poder Público, devem ser objeto de descrição minuciosa e analítica da conduta tida como ilícita (conteúdo preciso), visto que nessa situação, não se confere margem discricionária à Autoridade administrativa, para ao final se proceder ao enquadramento legal das respectivas infrações disciplinares relacionadas ao princípio da tipicidade.

A atuação da Administração Pública deve sempre ser em conformidade com a lei e com o direito (art. 2º, I, da Lei n.º 9.784/99). Por essa razão é que o pressuposto da ação administrativa é a previsão legal de sua atuação. Encontrando-se submetida às leis, somente podendo regularmente agir ou deixar de agir quando por elas permitida, se constata que o princípio da tipicidade é um dos corolários dessa vinculação.

⁶⁶ DEZAN, Sandro Lúcio. *O princípio da atipicidade do ilícito disciplinar. Efeitos jurídicos produzidos pelos princípios da culpabilidade e da imposição subjetiva*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 55, 14 jan. 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6154>>. Acesso em: 22 de jul. 2007, p. 20.

Deflui esse entendimento do fato da legalidade administrativa estabelecer também a submissão do Estado a toda ordem jurídica. Sendo um dos encargos do legislador construir modelos jurídicos, a partir da realidade, para estabelecer abstratamente, valores que a colocam como um fim a ser alcançado.

Nesse sentido, Miguel Reale Júnior,⁶⁷ em conformidade com os ensinamentos de Karl Engisch disserta sobre a ação típica: “Segundo ENGISCH, a ação típica decorre de uma passagem do concreto ao concreto por meio do abstrato, ou seja, o legislador da realidade constrói o modelo, o qual se amolda ao comportamento futuro, pela presença no concreto dos dados elementares invariáveis que ele descreve. A construção normativa é, contudo, sempre orientada na direção do significado da ação, cuja positividade afirma-se ou nega-se.”

Por isso, não se pode fundamentar uma penalidade no direito consuetudinário ou em aplicação analógica,⁶⁸ por esse ou aquele fundamento.

Deve a ação ser típica e antijurídica, ou seja, adequando-se com a descrição feita pela lei, objetivando subsumir na mesma a conduta de quem praticou um ato ilícito, para fundamentá-lo.

Em abono ao que foi dito, segue o magistério de Klaus Roxin:⁶⁹ “Esa acción há de ser típica, o sea, há de coincidir com uma de las descripciones de delitos, que lãs más importantes están reunidas em la Parte especial do CP. (...) La estricta vinculación a la tipicidade es una consecuencia del principio *nullun crime sine lege*. Por consiguinete no es posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídica civiles.” -[Itálico no original; grifo nosso]-

Dessa forma, a tipicidade (typizität), como característica do direito penal moderno, totalmente extensível ao direito administrativo disciplinar segundo Beling, é a necessidade de que os delitos sejam catalogados, ou correspondam, aos tipos descritos em lei, para que eles não fiquem expostos a vagas e genéricas definições.

Por essas razões, não há plausibilidade jurídica em impor-se uma punição disciplinar se a mesma não está fulcrada em um tipo legal, previamente estabelecido, através de lei formal e em vigor antes da prática da conduta infracional do servidor público (princípio da anterioridade da lei).

⁶⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de...* op. cit. ant., 2. ed. v. 1, p. 136.

⁶⁸ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal : Parte General*. 16. ed. Tradução de: Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996, t. I, p. 65.

⁶⁹ ROXIN, Klaus. *Derecho Penal : Parte General*. 2. ed. Tradução de: Diego Manuel Luzón Pena *et al.* Madrid: Editorial Civitas, 2001, t. I, p. 194-195.