REFLEXÃO SOBRE A TIPICIDADE COMO ELEMENTO DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR

Por Raphael Silva

O Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo que tem por finalidade regular a relação da Administração Pública com seus servidores, objetivando garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus subordinados e a adesão às leis e regras dele decorrentes.

Já o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é um instrumento do Direito Administrativo Disciplinar que possibilita à Administração Pública apurar e definir as irregularidades disciplinares perpetradas por servidor público no exercício de suas funções, bem como, caso constatada infração disciplinar, aplicar pena disciplinar administrativa prevista em lei ou ato normativo, objetivando reprimir conduta funcional nociva à Administração Pública e aos administrados.

A aplicação das penas disciplinares no âmbito do PAD (advertência, multa, suspensão, demissão a bem do serviço público) podem repercutir de forma mais ou menos gravosa na vida do servidor público, privando-o, inclusive, de direitos e garantias constitucionais, caso não observados os princípios e normas que regem o Direito Administrativo Disciplinar.

Verifica-se que inexistente legislação de Direito Administrativo Disciplinar que possa ser aplicada por todos os entes da federação¹, uma vez que cada esfera possui autonomia para sua criação. Desse modo, o resultado são leis escassas, de aplicação restrita e tipos abertos, o que dificulta a aplicação das penalidades, como ocorre quando a conduta, supostamente ilegal, é tipificada, por exemplo, como 'falta grave'.

¹ Os deveres, obrigações e proibições afetos aos servidores públicos estão contidos em estatutos dos servidores públicos. Por exemplo, tem-se na esfera federal: Lei nº 8.112/90 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União; Lei nº 9.784/99 – Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; Lei nº 4.878/65 – Regime Jurídico dos Funcionários Policiais Civis da União e do Distrito Federal.

A falta grave é considerada um tipo aberto, uma vez que inexistem condutas expressamente classificadas como tal no âmbito da Administração Pública, diferentemente do direito privado que traz rol taxativo das condutas consideradas como faltas graves como, por exemplo, na legislação trabalhista.

Vários Estatutos de Funcionários Civis no âmbito dos Estados e Municípios preveem o tipo 'falta grave' como motivo de justa causa para aplicação da pena de suspensão ao servidor². Contudo sem enumerar expressamente quais as condutas devem ser consideradas infrações graves, ficando a cargo da autoridade julgadora esse juízo de valor.

Com fundamento nos princípios constitucionais da legalidade, anterioridade e segurança jurídica, tem-se que a aplicação de sanção disciplinar requer previsão legal expressa da conduta praticada como sendo infracional, com a respectiva pena cominada, para que se faça justa e igualitária a decisão condenatória.

Nesse sentido, a autoridade julgadora não poderia, por livre entendimento, classificar determinada falta como grave, sem que a conduta esteja tipificada expressamente em lei dessa forma, sob o risco de se violar os princípios constitucionais acima descritos.

Todas as condutas disciplinares infracionais deveriam estar tipificadas no ordenamento jurídico, no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, de forma detalhada, com a cominação da respectiva pena, visando garantir os direitos e garantias constitucionais do processado.

Sob a ótica do princípio da tipicidade, a aplicação de sanção disciplinar exigiria prévia tipificação legal objetiva, não havendo falar em discricionariedade, uma vez que a possibilidade de julgadores distintos classificarem a mesma conduta como mais ou menos gravosa, aplicando penas diversas, gera insegurança jurídica no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar.

A aplicação de sanção disciplinar administrativa observando-se os princípios da legalidade, anterioridade e segurança jurídica, evitaria maior chance de reforma judicial de

² Por exemplo: A Lei nº 869/52, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais, prevê: "Art. 246 - A pena de suspensão será aplicada em casos de: I - Falta grave;". A Lei nº 10.261/68, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo, prevê a aplicação das penas de suspensão e demissão para aquelas condutas consideradas como graves: "Art. 254. A

decisões administrativas, mormente quando direitos e garantias fundamentais são objetos de relação jurídica formada pelo Estado por meio da Administração Pública e o servidor público processado através do PAD, em que se busca apurar e punir cometimento de falta grave.

Verifica-se que a finalidade do Processo Administrativo Disciplinar não se restringe a conhecer a verdade real para eventual aplicação de penalidade. Tem ainda como objetivos a regularidade, o bom funcionamento do serviço público e a segurança jurídica para administradores e administrados, os quais esperam do serviço público um agir dentro da legalidade e da justiça, em que lhes sejam preservados seus direitos e garantias constitucionais.

O princípio da tipicidade, pertencente ao ramo do Direito Penal, é defendido por parte da doutrina como regente também do PAD, uma vez que intimamente ligado ao princípio da legalidade. Desse modo, não se poderia aplicar uma pena, ainda que disciplinar, sem que a conduta, em tese, praticada não esteja tipificada em diploma legal como infração disciplinar.

A ausência de descrição legal detalhada acerca de quais condutas são consideradas infrações disciplinares, assim como ocorre com o tipo falta grave, em grande parte dos Estatutos, causa grande divergência sobre os limites de discricionariedade da autoridade julgadora na aplicação da penalidade quando esta for à razão de conduta não expressamente tipificada.

Não há, portanto, como se falar em princípio da legalidade no âmbito do PAD e ignorar o princípio da tipicidade, uma vez que a autoridade julgadora, mesmo agindo com poder discricionário, deve observar a lei e agir no estrito cumprimento do seu dever. Assim, não há possibilidade de aplicação de uma penalidade sem que exista expressa tipificação legal da conduta infracional.

A discricionariedade da autoridade julgadora quanto ao que vem a ser falta grave, acaba por causar insegurança jurídica e, conseqüentemente, à revisão na esfera judicial da decisão que aplicou determinada sanção com base neste tipo, como ocorreu no caso abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR C/C REINTEGRAÇÃO AO CARGO E PAGAMENTO DE VENCIMENTOS ATRASADOS - INOCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - OBSERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - APLICAÇÃO DA PENA DISCIPLINAR DE DEMISSÃO POR FALTA GRAVE - PUNIÇÃO EXCESSIVA - NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO ENTRE A INFRAÇÃO E A PENA ESCOLHIDA - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE, FINALIDADE E LEGALIDADE - CONSIDERAÇÃO ENTRE A GRAVIDADE DO ILÍCITO E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O SERVIÇO PÚBLICO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A aplicação da penalidade administrativa deve ter em conta a correlação entre a quantidade e qualidade da sanção, com a grandeza e o grau de responsabilidade do servidor. Ausente a correlação na hipótese em apreço, a imputação da pena configura ilegalidade. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "é precisamente a discricionariedade que dispõe a Administração Pública para determinar a aplicação de penas disciplinares que exige a precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração." Não se exclui o ilícito praticado, nem o torna moral e eticamente menos censurável, impõe-se, ao menos, em virtude da baixa lesividade da conduta do agente, se lhe aplique, em sendo o caso, reprimenda menos severa que a expulsória, em homenagem não só ao princípio da proporcionalidade, como também ao regramento das penas disciplinares, segundo critérios específicos, dentre os quais se destacam e sobrepõem 'a gravidade da infração cometida' e 'os danos que dela provierem para o serviço público'. (TJ/PR, AC nº 0397095-0, Rel. Des. Regina Afonso Portes, 4ª Câmara Cível, j. 11.12.2007)

A título ilustrativo, salienta-se que o TRF da 1ª Região já teve a oportunidade de considerar a nulidade de PAD pela não observância da autoridade administrativa dos princípios da legalidade e da tipicidade, quando da aplicação de penalidades ao servidor público, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENALIDADE: DEMISSÃO. REVISÃO. FALTAS DISCIPLINARES OCORRIDAS ANTES DO EXERCÍCIO DO CARGO EFETIVO. ASSIMETRIA ENTRE OS FATOS ELIDIDOS NO PROCESSO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA E AS RAZÕES QUE MOTIVARAM A APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS. 1. Ao Poder Judiciário não cabe discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas compete-lhe verificar se este ocorreu à luz dos princípios que norteiam o devido processo legal, tais como, contraditório, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade da penalidade imposta, entre outros aspectos procedimentais. Precedentes. 2. A aplicação de sanção de demissão a servidor ocupante de cargo comissionado não apenas contraria a legislação como configura ato administrativo nulo, eis que lhe falta o pressuposto da legalidade. 3. A revisão do processo disciplinar

torna sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo todos os direitos do servidor. 4. A assimetria observada entre os fatos elididos no processo de revisão administrativa e as razões da demissão é premissa que autoriza concluir pela nulidade do ato de demissão. Caso em que a autoridade administrativa aplicou a penalidade administrativa com violação ao princípio da legalidade e da adequação típica. [...]. (TRF da 1ª Região, AC nº 2001.34.00.026483-6/DF, Rel. Des. Fed. Mônica Sifuentes, 2ª Turma, DJ 04.08.2011)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENALIDADE: DEMISSÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DA MOTIVAÇÃO, DA ADEQUAÇÃO TÍPICA, DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ASSIMETRIA ENTRE OS FATOS ELIDIDOS NO PROCESSO E AS RAZÕES QUE MOTIVARAM A APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS MORATÓRIOS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Não cabe ao Poder Judiciário discutir o mérito do julgamento administrativo em processo disciplinar, mas compete-lhe verificar se este ocorreu à luz dos princípios que norteiam o devido processo legal, tais como contraditório, ampla defesa, razoabilidade e proporcionalidade da penalidade imposta, entre outros aspectos procedimentais. Precedentes. 2. A revisão do processo disciplinar torna sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo todos os direitos do servidor. 3. A assimetria observada entre os fatos elididos no processo administrativo disciplinar e as razões da demissão é premissa que autoriza concluir pela nulidade do ato de demissão. Caso em que a autoridade administrativa aplicou a penalidade administrativa com violação ao princípio da legalidade e da adequação típica. [...]. (TRF da 1ª Região, AC nº 2007.01.00.003864-1/MA, Rel. Des. Fed. Mônica Sifuentes, 2ª Turma, DJ 31.08.2012)

No julgado abaixo ementado, embora a conduta da servidora processada esteja tipificada com cominação de determinada pena, a autoridade administrativa classificou a conduta com tipo diverso daquele previsto na legislação. Sendo assim, considerando que a adequação da conduta ao tipo é ato vinculado e não discricionário do Administrador, foi provido o recurso com a finalidade de adequação da conduta ilegal praticada ao tipo correspondente:

SERVIDORA PÚBLICA DEMISSÃO ADEQUAÇÃO DO FATO AO ENQUADRAMENTO LEGAL - CORREÇÃO. 1. Servidora Pública demitida após processo disciplinar administrativo, em face da prática de ato de insubordinação. Infração administrativa reconhecida que, no entanto, requer penalização adequada segundo legislação municipal. 2. Comprometimento do serviço público descaracterizado. Revisão da punição para proceder à correção da adequação típica do fato à norma e reintegrar a autora ao cargo que ocupava à época da prática do ato faltoso. Recurso provido. (TJ/SP, AC nº 0007001-14.2012.8.26.0132, Rel. Des. Nogueira Diefenthaler, 5ª Câmara de Direito Público, DJ 28.05.2014)

O atuar discricionário da Administração Pública na descrição das condutas que podem ser consideradas faltas graves fere, sobremaneira, os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, vez que não alcançam a finalidade a que se destinam, facilitando atos punitivos injustos e, até mesmo, a criação de conjunto normativo arbitrário.

Nessa vertente, em que pese o fundamento do princípio da atipicidade no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, acredita-se que a aplicação de sanção requer cominação legal vinculada à tipificação, para que seja justo o resultado apuratório punitivo e o tipo disciplinar.

Conclui-se, portanto, que a existência de padrões de incidência abertos nos estatutos disciplinares, quando da tipificação dos ilícitos, afronta os princípios da legalidade, da segurança jurídica e da justiça das decisões disciplinares e, por consequência, ao devido processo legal, pois dão margem a eventuais sanções distintas para casos similares, o que viola, ainda, o princípio da segurança jurídica.