

Subsunção e tipicidade no processo disciplinar

René Zamlutti Júnior¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Aplicação subsidiária de normas penais e processuais no Direito Disciplinar; 3 – Direito Disciplinar como corolário da legalidade estrita; 4 – Tipificação aberta e estrutura própria das infrações disciplinares; 5 – Desafios hermenêuticos e conceitos jurídicos indeterminados; 6 – Conclusão – indeterminação linguística e direitos fundamentais do acusado; Referências bibliográficas.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar o problema da subsunção e da tipicidade das infrações disciplinares, abordando-o à luz das dificuldades oriundas da aplicação subsidiária das normas e da própria estrutura do Direito Penal. Embora essa dificuldade possa ser constatada praticamente na totalidade dos diplomas normativos pátrios reguladores do Direito Disciplinar, seja na esfera federal, seja nos âmbitos municipais e estaduais, a análise detalhada de tais textos legislativos, dada sua pluralidade, se mostraria inviável para as dimensões deste trabalho. Diante disso, a legislação tomada por paradigma para desenvolvimento da argumentação que se segue será o arcabouço jurídico do Direito Disciplinar do Estado de São Paulo, cuja disciplina básica se encontra nos artigos 241 a 321 da Lei nº 10.261/68, conhecida como Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (embora o

1 Procurador do Estado de São Paulo. Presidente da 12ª Unidade Processante da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Professor de Direito Constitucional e Ciência Política na Universidade São Judas Tadeu. Especialista, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Título VIII da referida lei, denominado *Do Procedimento Disciplinar*, tenha início apenas a partir do artigo 261). Não obstante, as conclusões expostas ao final do trabalho se mostram válidas para o Direito Disciplinar como um todo.

2. Aplicação subsidiária de normas penais e processuais no Direito Disciplinar

Como ramo autônomo da ciência jurídica, o Direito Disciplinar tem estrutura sancionatória e, por consequência, busca subsídios no Direito Penal e no Direito Processual, nas diversas situações em que a legislação específica se mostra lacunosa e/ou insuficiente. Essa dimensão de subsidiariedade não se encontra expressamente prevista na Lei nº 10.261/68, mas constitui uma consequência lógica da própria natureza punitiva do Direito Disciplinar, somada à escassez de dispositivos normativos sobre o tema e ao laconismo destes. Some-se a tais fatores o considerável atraso no desenvolvimento científico do Direito Disciplinar, quando comparado ao Direito Processual e ao Direito Penal.

Desse modo, a aplicação subsidiária de tais ramos do Direito, notadamente no que concerne ao Direito Processual – em situações, v.g., como contradita de testemunhas, contagens de prazos, categorias preclusivas etc. –, mas também em relação ao Direito Substantivo – do qual podem ser invocados como exemplos a presunção constitucional de inocência (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988) e a confissão como circunstância atenuante (artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal) – constitui, antes de mais nada, uma necessidade para a operacionalidade do Direito Disciplinar, à luz de suas carências normativas.

A princípio, o emprego subsidiário do Direito Processual aos processos disciplinares não traz maiores dificuldades ao intérprete. Contudo, embora tanto o Direito Penal quanto o Direito Disciplinar partam de uma mesma lógica sancionatória, a estrutura deste apresenta peculiaridades que tornam dificultosa a aplicação, na seara disciplinar, de certos postulados típicos do Direito Penal.

A primeira distinção significativa que há de ser feita entre esses dois ramos do Direito reside na própria função que cada ramo desempenha

na sociedade. O mais moderno entendimento acerca do papel do Direito Penal o situa como *ultima ratio* para a solução dos problemas sociais, aplicável quando os demais mecanismos jurídicos se mostram falhos. Trata-se do chamado *princípio da intervenção mínima* ou *princípio da subsidiariedade*, tido por parte da doutrina como princípio implícito na Constituição Federal de 1988. Como explica Guilherme de Souza Nucci, “caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito”, razões pelas quais “o direito penal deve ser visto como *subsidiário* aos demais ramos do direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens jurídicos tutelados”².

Esclareça-se, desde logo, que a *aplicação subsidiária* dos preceitos do Direito Penal no âmbito do Direito Disciplinar não é sinônimo da *subsidiariedade* daquele ramo do Direito em face deste, nos termos preconizados por Nucci. Ao contrário, como se verá adiante, uma mesma conduta do servidor público pode ensejar a incidência de penalidades nas duas esferas – penal e disciplinar –, dada a independência existente entre elas e a possibilidade, de resto bastante corriqueira, de que uma única conduta constitua, a um só tempo, violação dos deveres funcionais previstos na Lei nº 10.261/68 e crime previsto no Código Penal (ou em legislação específica). Nessa hipótese, sem que se afaste o princípio constitucional (implícito) da subsidiariedade ou da intervenção mínima, há que se reconhecer que o Poder Público *optou por* determinar que certo comportamento implica tanto a violação de um dever funcional quanto a prática de um crime ou infração penal.

De qualquer modo, o “estado da arte” do Direito Penal é marcado por seu encolhimento, não só no Brasil, mas no mundo ocidental como

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 10. ed., p. 47.

um todo. Constatado o fracasso do sistema punitivo, notadamente o carcerário, como ressocializador – tema abordado com profundidade na obra *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*, de Cezar Roberto Bitencourt³ –, consolida-se um movimento no sentido da descriminalização de diversas condutas, rumo a um Direito Penal Mínimo.

Essa lógica de *ultima ratio* também guarda relação com o fato de que o Direito Penal, muito comumente, atinge a liberdade física do acusado. Nas palavras de Mercedes García Arán, “o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade”⁴.

Constata-se com bastante facilidade que a lógica que orienta a estrutura do Direito Penal e sua função social não se pode aplicar, nem mesmo subsidiariamente, ao Direito Disciplinar, fundado em premissas substancialmente distintas, mormente no que concerne aos seus objetivos primordiais.

3. Direito Disciplinar como corolário da legalidade estrita

Por expressa determinação constitucional (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), a Administração Pública se encontra jungida ao princípio da legalidade, entendido, nessa seara, como princípio da *estrita* legalidade. Corolário do Estado de Direito, tal princípio, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro”⁵. Na consagrada e sintética formulação de Hely Lopes Meirelles, “na Administração

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. Saraiva, 4. ed., 2011.

4 ARÁN, Mercedes García. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Aranzadi, 1. ed., 1997, p. 36.

5 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 30. ed., 2013, p. 104.

Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”⁶.

Consequência lógica desse vínculo visceral entre Administração Pública e estrita legalidade é o dever daquela de se autofiscalizar, ou seja, de se manter permanentemente atrelada à legalidade, em todas as suas esferas de atuação. A compatibilidade da atuação dos agentes públicos com a legalidade há de ser constante, permanente. Daí o dever (constitucionalmente) imposto à Administração Pública de, *sponte propria*, independentemente de qualquer provocação, aferir a legalidade de seus agentes. Daí decorre, também, o chamado dever de autotutela da Administração Pública, consagrado nas conhecidas Súmulas 346 (“A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.”) e 473 (“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”) do Supremo Tribunal Federal.

Além desse dever-poder de autotutela, o princípio da (estrita) legalidade impõe ainda à Administração o dever-poder de fiscalizar a atuação de todos os seus agentes, mantendo, como já afirmado, permanente compatibilidade com a legislação vigente.

Daí se segue que, ao contrário do que ocorre com o Direito Penal, o Direito Disciplinar jamais poderá ser considerado *ultima ratio* para a solução dos problemas. Ao revés, o Direito Disciplinar não poderá deixar de ser invocado e aplicado, quando constatados indícios da prática de infrações disciplinares, dada sua condição de instrumento garantidor da manutenção da legalidade por parte da Administração Pública.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros, 29. ed., 2004, p. 88.

4. Tipificação aberta e estrutura própria das infrações disciplinares

Essa distinção no que concerne à aplicação do Direito Penal e do Direito Disciplinar, conquanto relevante, não resulta em maiores dificuldades para o intérprete no momento da aplicação subsidiária daquele à esfera de incidência deste. Tal circunstância, porém, justifica a inviabilidade da aplicação, ao Direito Disciplinar, de um postulado fundamental ao Direito Penal, consubstanciado nos conceitos de *lex stricta* e *lex certa*, os quais, em suma, vedam que a tipificação penal de condutas se dê de forma ampla ou aberta.

À tipificação “fechada” do Direito Penal contrapõe-se a tipificação “aberta” do Direito Disciplinar, facilmente perceptível em várias das hipóteses normativas definidas como deveres dos servidores públicos na Lei nº 10.261/68, notadamente em seu artigo 241. Embora as condutas previstas como *proibições* nos artigos 242 e 243 da mesma lei apresentem grau significativamente maior de concretude, não raro as imputações que levam à instauração de procedimentos administrativos disciplinares – sejam processos administrativos ou sindicâncias – encontram fundamento jurídico nas determinações de instauração, justamente nas tipificações mais abertas elencadas nos incisos do artigo 241 da referida lei.

Compare-se, a título de exemplo, a hipótese normativa prevista no artigo 121 do Código Penal (“*Matar alguém*”) com os deveres previstos nos incisos XII a XIV do artigo 241 do Estatuto bandeirante (“*XII – cooperar e manter espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho*”; “*XIII – estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções*”; e “*XIV – proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública*”). Ainda que nem todos os incisos do artigo 241, e certamente não as hipóteses dos artigos 242 e 243, sejam marcados por tal grau de indeterminação, a distinção estrutural entre tais dispositivos e aqueles encontrados na esfera penal – âmbito no qual tal grau de generalismo é vedado pelo princípio da *lex stricta* – é bastante evidente.

Essa escolha, quando possível, pela qualificação jurídica mais abrangente não implica qualquer vício ou nulidade na conduta da autoridade que determina a instauração do procedimento, justamente porque tal

abertura não é acidental ou fortuita. Ao contrário, tendo em vista que, como já afirmado, o Direito Disciplinar firma-se como *prima ratio* da Administração Pública, contrapondo-se, assim, à lógica de *ultima ratio* do Direito Penal, e ainda, à luz da pluralidade de situações e circunstâncias que podem levar à violação da legalidade por parte dos agentes públicos – pluralidade esta que inviabiliza que todas as possíveis violações da legalidade sejam positivadas em descrições comportamentais específicas e detalhadas – é desejável e adequado que, a fim de preservar a higidez na condução da *res publica*, a legislação pertinente forneça à Administração Pública instrumental que lhe permita abarcar todo e qualquer desvio de seus servidores. Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exatidão no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções.

Isso significa que a Administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei, o que não significa possibilidade de decisão arbitrária, já que são previstos critérios a serem observados obrigatoriamente; é que a lei (artigos 128 da Lei Federal e 256 do Estatuto Paulista⁷) determina que na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

É precisamente essa margem de apreciação (ou discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei) 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. Normalmente essa motivação consta do relatório da comissão ou servidor que realizou o procedimento; outras vezes, consta de pareceres proferidos

7 Embora a autora faça referência ao artigo 256 do Estatuto paulista, a norma a que ela se refere é o artigo 252 dessa lei.

por órgãos jurídicos pré-opinantes aos quais se remete a autoridade julgadora; se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressamente motivar a sua decisão.⁸

Evidentemente, se, por um lado, essa abertura semântica fortalece a Administração Pública na busca pela manutenção contínua da legalidade, por outro lado, apresenta o risco da fragilização da segurança jurídica, na medida em que, ao menos em tese, abre espaço para eventuais subjetivismos do intérprete.

Outra característica distintiva da estrutura das infrações administrativas em relação aos tipos penais consiste no fato de que, nestes, em cada dispositivo legal regulador de condutas, já são elencados os patamares mínimos e máximos da pena a ser eventualmente aplicada em caso de descumprimento da norma, bem como o regime inicial de cumprimento da pena (por exemplo, estabelece o artigo 121 do Código Penal: “*Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 a 20 anos*”).

Essa lógica não é adotada em relação à maioria das infrações administrativas previstas na Lei nº 10.261/68, ou seja, aquelas tipificadas nos artigos 241 a 243. A correlação entre pena e infração, nos termos dessa legislação, exige um raciocínio menos imediato e por vezes mais tortuoso.

As penalidades aplicáveis aos servidores paulistas em caso de descumprimento de seus deveres estão previstas no artigo 251 do Estatuto. São seis as possibilidades de pena, em grau crescente de gravidade:

Art. 251 – São penas disciplinares:

I – repreensão;

II – suspensão;

III – multa;

IV – demissão;

V – demissão a bem do serviço público;

VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 24. ed., Atlas, 2010, p. 612-613.

A norma é complementada ainda pelo artigo 252, que concerne à dosimetria das penas a serem aplicadas – sem qualquer referência, no entanto, ao critério trifásico de dosimetria adotado pelo direito penal – (“Art. 252 – Na aplicação das penas disciplinares serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público”). E pelo artigo 254, que, em seu *caput*, estabelece o limite máximo de noventa dias para a pena de suspensão.

O artigo 253 do Estatuto estabelece, como pressuposto para a aplicação da pena de repreensão, a ocorrência de “casos de indisciplina ou falta de cumprimento dos deveres”. O artigo 254 determina que a pena de suspensão “será aplicada em caso de falta grave ou de reincidência”. O artigo 255 faz referência genérica à pena de multa. O artigo 256 prevê as hipóteses em que será aplicada a pena de demissão. O artigo 257 elenca as situações que ensejam a pena de demissão a bem do serviço público e o artigo 259, as situações em que será aplicada a cassação da aposentadoria do servidor.

Verifica-se, assim, que os dispositivos relativos às penalidades aplicáveis se encontram, em muitas hipóteses, apartados daqueles em que são descritas as condutas que, em princípio, ensejam tais penalidades.

Essa regra não é absoluta: os incisos IV e V do artigo 256 já preveem condutas concretamente estipuladas passíveis de demissão (“IV – aplicação indevida de dinheiros públicos”; “V – ausência ao serviço, sem causa justificável, por mais de 45 (quarenta e cinco) dias, interpoladamente, durante 1 (um) ano”), assim como o inciso I (“I – abandono de cargo”), que deve, no entanto, ser lido conjuntamente com o § 1º do mesmo dispositivo (§ 1º - Considerar-se-á abandono de cargo, o não comparecimento do funcionário por mais de 30 (trinta) dias consecutivos ex vi do artigo 63”). Da mesma forma, as hipóteses normativas descritas no artigo 257 são dotadas de alto grau de concretude.

5. Desafios hermenêuticos e conceitos jurídicos indeterminados

As dificuldades hermenêuticas surgem nas conexões que deverão ser feitas entre as condutas imputadas aos servidores que não se adequam a essas situações, mas que encontram possibilidade de tipificação mais

genérica nas hipóteses descritas nos incisos do artigo 241 da Lei nº 10.261/68.

Haverá, assim, por exemplo, considerável dificuldade em determinar se uma conduta tipificável como *falta de urbanidade* (artigo 241, VI), *falta de espírito de solidariedade com os companheiros de trabalho* (artigo 241, XII) ou *procedimento na vida pública ou privada que não dignifique a função pública* (artigo 241, XIV) consistirá em *falta grave*, a ensejar a pena de suspensão (artigo 254) ou *procedimento irregular de natureza grave*, a ensejar a pena de demissão (artigo 256, II).

Nas hipóteses normativas apontadas, as imensas variantes que podem ocorrer de caso a caso inviabilizam uma classificação apriorística da violação de tais deveres num ou noutro sentido.

Tome-se, à guisa de exemplo, o mais genérico dos deveres funcionais do servidor, previsto no inciso XIV do artigo 241 do Estatuto – “*proceder na vida pública e privada de forma que dignifique a função pública*”. Essa descrição pode abranger condutas dos mais diversos matizes, notadamente no que concerne à vida privada. Um servidor que, em uma discussão de trânsito, saca uma arma de fogo, cuja autorização de porte decorre de seu cargo público, e aterroriza as pessoas, não só brandindo a arma, mas alardeando seu cargo público, indiscutivelmente não procedeu na vida privada de forma a dignificar sua função. O mesmo pode ser dito de um servidor que se embriaga em um bar e exibe sua carteira funcional para obter alguma vantagem; ou de um servidor que espanca sua esposa em público; ou que resolve passear nu pelo bairro em que reside.

Todas essas hipóteses constituem violação do dever funcional previsto no inciso XIV do artigo 241 da Lei nº 10.261/68. São, por óbvio, condutas de gravidades distintas, e não há dúvida que é a casuística que dirá se constituem *falta grave*, a ensejar a pena de repreensão (artigo 254 do Estatuto), ou *procedimento irregular de natureza grave*, a justificar a pena de demissão (artigo 256, inciso I da mesma lei).

A escolha por uma ou outra tipificação é da maior relevância, na medida em que, segundo o Estatuto, as infrações puníveis com repreensão ensejam a instauração de sindicância (artigo 269), enquanto que aquelas puníveis com demissão levam à instauração de processo

administrativo disciplinar (artigo 270). Há substanciais distinções entre os dois procedimentos, tanto no que concerne ao prazo de extinção de punibilidade pela prescrição, de dois anos na sindicância (artigo 261, I) e de cinco anos no processo administrativo (artigo 261, II), quanto no que diz respeito ao número máximo de testemunhas que podem ser arroladas, sendo três no caso das sindicâncias (artigo 273, I) e cinco no caso dos processos administrativos (artigo 283, § 1º).

A dificuldade está justamente no estabelecimento de parâmetros para que a autoridade que determinará a instauração do procedimento apuratório decida qual será o procedimento adotado. Evidentemente, ainda que a instauração do procedimento, por si só, não implique qualquer prejuízo ao servidor, há significativa diferença, para este, na escolha entre a instauração de uma sindicância, que não poderá levar à aplicação de pena superior à de suspensão, e que terá menor duração, e a instauração de um processo administrativo, que não só poderá gerar uma reprimenda mais grave como a demissão, mas ainda, ao menos em tese, se estenderá por um período maior de tempo.

Essa dificuldade advém da circunstância de que, como visto, a Lei nº 10.261/68 se vale de *conceitos jurídicos indeterminados* para a qualificação jurídica das infrações administrativas, afastando, assim, do princípio da *lex stricta* norteador do Direito Penal.

Sem dúvida, o emprego – intencional, como já afirmado – desses conceitos jurídicos indeterminados torna mais dificultosa ao intérprete a atribuição de sentido aos dispositivos normativos. Impende observar, no entanto, que a indeterminação é característica da linguagem como um todo e, por conseguinte, também da linguagem jurídica em sua totalidade.

Assim, a indeterminação não constitui exclusividade dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Trata-se, na verdade, de característica da própria linguagem, seja ela jurídica ou não.

Tome-se, por exemplo, a já mencionada regra contida no artigo 121 do Código Penal, cujo preceito primário (“matar alguém”) descreve uma conduta de modo que, em princípio, não se constata o uso dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Com efeito, a dicção legal

se limita a estabelecer uma conduta por meio de um verbo (“matar”) e delimitar o sujeito passivo desse verbo (“alguém”).

A inexistência de termos ou signos linguísticos que podem ser caracterizados como *conceitos jurídicos indeterminados* não significa, no entanto, que os dois vocábulos que compõem o preceito primário da norma gozam de absoluta precisão ou determinação. A imprecisão contida na norma é bem analisada por Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

Um símbolo é vago quando seu possível campo de referência é indefinido; por exemplo, na prescrição: “matar alguém, pena de x anos de prisão”, qualquer jurista dirá que a palavra “alguém” é uma variável que deve ser preenchida por qualquer pessoa; mas quando temos uma *pessoa*? O exemplo mostra que a palavra é vaga, pois *denota* um campo de objetos (extensão) não claramente definido; quando definimos o campo dos objetos que o símbolo *denota*, temos uma definição *denotativa* ou definição pela *extensão*; por exemplo, “pessoas são todos os seres humanos, do momento em que nascem até o que morrem”.⁹

Ainda assim, a definição dada por Ferraz Jr. traz em seu bojo outras imprecisões. Qual é o momento do nascimento do ser humano? Qual é o momento de sua morte?

A complexidade do problema fica evidente na análise do artigo 2º do Código Civil brasileiro, que, ao tentar estabelecer o início da personalidade civil, adota a seguinte redação:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Essa redação – na qual, a exemplo do que ocorre com o artigo 121 do Código Penal, não se encontram signos linguísticos ou vocábulos que a doutrina classificaria como *conceitos jurídicos indeterminados* –, dotada, portanto, de uma pretendida “clareza”, ensejou, no entanto, o surgimento de duas correntes de pensamento a respeito do início da vida: a corrente chamada *natalista*, que defende a tese de que a vida tem início com o nascimento (fundamentando tal entendimento na primeira

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. Atlas, 1991, p. 235.

parte do dispositivo); e a corrente *conceptista*, que, tomando por fundamento a segunda parte do dispositivo, que sustenta que, juridicamente¹⁰, a vida tem início a partir da concepção.

A adoção de uma ou outra corrente já alteraria significativamente o sentido do vocábulo “alguém” contido no artigo 121 do Código Penal. O descarte de um óvulo fecundado, mas não utilizado, implicaria o descarte de “alguém” (algo evidentemente vedado de forma peremptória pelo direito brasileiro?). E o descarte de um embrião oriundo da clonagem de uma célula?

Se – sempre sob a ótica jurídica – o estabelecimento do início da vida é controverso, a determinação do momento da morte não se mostra menos tormentosa.

A única norma jurídica do direito brasileiro com base na qual se construiu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma definição jurídica de *morte* é o artigo 3º da Lei nº 9.434/1997, que tem a seguinte redação:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

A partir desse dispositivo, construiu-se a tese, hoje majoritária e acolhida, ainda que de forma não unânime, pelo STF, de que o fim da vida, *para os propósitos do direito*, ocorre com a *morte encefálica*.

A tormentosa questão do início e do fim da vida foi exaustivamente debatida no STF em duas ações principais: a ADI nº 3510/DF, julgada em 2008, na qual se discutia a constitucionalidade (afinal reconhecida pelo Pretório Excelso) do artigo 5º da chamada Lei de Biossegurança (Lei nº

10 Evidentemente, a controvérsia a que nos referimos concerne ao estabelecimento do início da vida *para os fins do direito*. As inúmeras concepções filosóficas, culturais e religiosas sobre essa questão são estranhas – ao menos de forma direta – a essa finalidade, que tem caráter indiscutivelmente pragmático, voltado à determinação das normas aplicáveis a um determinado caso concreto e à solução de controvérsias e problemas *jurídicos*.

11.105/2005), e a ADPF nº 54, julgada em 2012, na qual se debateu a licitude (igualmente reconhecida) do aborto do feto anencéfalo.

Esse exemplo, tomado a partir de normas dotadas de clareza e precisão muito maiores do que as encontradas nos chamados “tipos administrativos” ou “tipos disciplinares” (que correspondem, na esfera disciplinar, aos “tipos penais” ínsitos ao Direito Penal), deixa claro que, independentemente do maior ou menor grau de abstração das normas jurídicas, inclusive daquelas que delineiam condutas e suas consequências jurídicas (como as normas penais), sempre haverá algum grau de indeterminação, a ser preenchido com os dados da realidade trazidos pelo intérprete no momento de atribuição de sentido à norma.

Daí a razão pela qual Carlos Maximiliano afirma que:

[...] a palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida, a forma não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto¹¹.

A indeterminação, portanto, é da essência do fenômeno jurídico.

Embora se trate de problema inerente a todos os ramos do direito, porquanto ínsito à própria linguagem jurídica, foi no campo do Direito Administrativo que os estudos sobre o tema tiveram, a princípio, maior desenvolvimento e profundidade, como observado por António Francisco de Souza¹², mormente no que tange ao controle judicial da discricionariedade administrativa. Segundo Márcia Dominguez Nigro Conceição:

[...] a preocupação inicial com o tema, que surgiu no âmbito da Administração Pública, teve, desde sua origem, na doutrina dos conceitos indeterminados, na Áustria, no século XIX, como ponto fulcral, saber se os conceitos indeterminados utilizados pelo legislador eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos¹³.

11 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 29.

12 DE SOUZA, António Francisco. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, p. 19.

13 CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. *Ob. cit.*, p. 44.

Apesar disso, parece não haver dúvida de que o tema da indeterminação dos conceitos concerne à totalidade do universo jurídico, uma vez que a indeterminação é inerente à linguagem como fenômeno, e, portanto, à linguagem ordinária ou cotidiana, a partir da qual é construída e formulada a linguagem do direito.

O exemplo do artigo 121 do Código Penal – dotado, como visto, de algo que poderia ser denominado de “clareza semântica” – evidencia o nível de dificuldade que o intérprete encontrará para adequar os casos concretos aos chamados “tipos administrativos” da Lei nº 10.261/68. De fato, se mesmo um dispositivo “claro” já releva, numa análise mais atenta, uma complexidade a princípio não visualizável, o que dizer de normas dotadas de maior abertura semântica, como “*proceder na vida pública e privada na forma que dignifique a função pública*”?

Essa dificuldade se evidencia à luz do fenômeno da *subsunção*.

O uso desses termos dotados de alto grau de abstração – cujo preenchimento com dados da realidade, por parte do intérprete, será indiscutivelmente marcado por algum grau de subjetividade – torna o processo de *subsunção* mais complexo no Direito Disciplinar do que no Direito Penal.

O complexo fenômeno da *subsunção* consiste, como explica Karl English, na “sotoposição de um caso *individual* à hipótese ou tipo legal”¹⁴, ou seja, na verificação de que, em determinado caso concreto, encontram-se presentes os elementos que permitem sua identificação com um determinado dispositivo normativo. Assim, quando um indivíduo pratica um homicídio, portanto, *mata alguém*, os elementos do caso concreto coincidem com aqueles elencados a título de *hipótese normativa* no artigo 121 do Código Penal. Uma vez que esse dispositivo, além da descrição de uma conduta hipotética, traz também a consequência jurídica para a concretização da hipótese nele descrita, a constatação de que uma conduta específica coincide com a hipótese descrita na lei gera, como consequência lógica, a aplicação da penalidade prevista. Afirma-se, nessa situação, que o caso concreto *se subsome* à hipótese legal.

14 ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 6. ed., 1993, p. 95.

A interpretação da norma, nessa ambiência, consiste num processo silogístico no qual a hipótese legalmente prevista constitui a premissa maior e o caso concreto, a premissa menor. Constatada a adequação lógica entre as duas premissas, a consequência inescapável é a aplicação da pena prevista.

Se é certo que o Direito Penal apresenta, como já mencionado, dificuldades próprias, inerentes à sua estrutura e à própria indeterminação da linguagem – que, como afirmado, não se restringe à linguagem jurídica – estas se mostram substancialmente menores do que as encontradas no Direito Disciplinar, dada a vaguidade dos conceitos jurídicos empregados nessa seara. Tais conceitos, como já apontado, são marcados por um grau maior de generalidade e abstração do que aqueles verificados no âmbito do Direito Penal.

Cite-se, à guisa de exemplo, a possibilidade de que uma determinada conduta de desrespeito de um servidor a seu superior possa ser considerada a) indisciplina, a ensejar a pena de repreensão (artigo 253 do Estatuto); b) falta grave, passível de suspensão (artigo 254); c) procedimento irregular de natureza grave, que pode levar à pena de demissão (artigo 256, inciso II); d) violação do dever de urbanidade previsto no inciso VI do artigo 241 do Estatuto, dispositivo este que, como já mencionado, não traz em seu bojo a penalidade prevista para o eventual descumprimento dos deveres previstos em seus incisos.

É evidente que em tais situações a casuística fornecerá elementos que auxiliarão o intérprete a encontrar a qualificação jurídica mais adequada à conduta apurada. Não obstante, também o subjetivismo da autoridade que determinará a instauração do processo apuratório – e que, por conseguinte, escolherá qual será o procedimento adequado a essa apuração – terá algum grau de influência na decisão.

Também é claro que condutas indubitavelmente desprovidas de maior gravidade não poderão ensejar a instauração de processo administrativo disciplinar, devendo ser apuradas por meio de sindicância. Contudo, a realidade cotidiana apresenta um número muito maior de situações que podem ser situadas em uma “zona cinzenta” de apreciação do que os casos extremos, nos quais não haverá qualquer dúvida.

O Direito Disciplinar, nesse tocante, ostenta, pela indeterminação e vaguidade dos termos empregados em seus dispositivos, uma dificuldade hermenêutica bem maior do que a verificada no Direito Penal. Um estelionatário jamais poderá ser acusado de homicídio, dada a precisão (possível) com que são descritas as condutas previstas nos artigos 171 e 121 do Código Penal. Porém, como visto, situações que podem ser consideradas – à guisa de exemplo – “falta de dever de urbanidade” encontrarão possibilidade jurídica de enquadramento em mais de um dispositivo da Lei nº 10.261/68.

6. Conclusão – indeterminação linguística e direitos fundamentais do acusado

Constatada a complexidade típica dos dispositivos norteadores do Direito Disciplinar, decorrente de uma indeterminação que, como já observado, não é acidental e sim intencional, e mais do que isso, necessária, impõem-se dois questionamentos: 1) essa indeterminação implica inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade, dado o alto grau de generalidade e, por conseguinte, de subjetividade que marcam o momento processual da delimitação da acusação formulada em face do servidor? Haveria, nesse sentido, a violação de algum direito do servidor?; e 2) Como superar as dificuldades oriundas dessa ambiência no que toca à classificação jurídica das imputações feitas em desfavor dos acusados?

Em relação à primeira indagação, se fosse possível adotar integralmente a lógica norteadora do Direito Penal na esfera do Direito Disciplinar, a resposta seria indiscutivelmente positiva. De fato, a abertura semântica de diversos “tipos administrativos” ou “tipos disciplinares” implicaria, sem dúvida, violação ao princípio da *lex stricta*.

Ocorre, porém, que, como já apontado, o elevado valor atribuído a esse princípio na esfera do Direito Penal relaciona-se diretamente à possibilidade de restrição da liberdade física do acusado – inexistente em âmbito administrativo-disciplinar – e à natureza de *ultima ratio* do Direito Penal.

Ora, já apontamos que é justamente nesse ponto que reside uma das principais distinções entre os campos penal e disciplinar – neste, a apuração e eventual punição de condutas ilegais e irregulares há de

ser tido como *prima ratio*, à luz do princípio da estrita legalidade que norteia a Administração Pública, por imperativo constitucional (*caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988). Já observamos ainda que a tipicidade aberta na seara disciplinar não implica qualquer inconstitucionalidade, desde que, obviamente, o intérprete não se valha dessa abertura para agir de forma arbitrária. E a garantia que o servidor tem contra a possibilidade do arbítrio é, como afirmado por Maria Sylvia Zanella di Pietro no excerto retroepigrafado, a necessidade de motivação das decisões administrativas tomadas com fundamento nessas normas dotadas de maior abertura.

Daí se segue que tanto a determinação da escolha do procedimento disciplinar quanto a penalidade eventualmente aplicada ao fim deste devem ser sempre e necessariamente motivadas.

Ademais, não se deve esquecer que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura que “aos litigantes, em processo judicial *ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A expressa referência ao processo administrativo, que sequer seria necessária à luz da menção aos “acusados em geral”, mas a reiteração constitucional não deixa dúvida alguma de que também nos processos administrativos os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa devem ser observados e respeitados – mais uma garantia contra o risco do arbítrio do intérprete da norma.

O segundo questionamento – como superar as dificuldades decorrentes da abertura semântica dos “tipos disciplinares” no que concerne à classificação jurídica das imputações feitas em desfavor dos acusados? – exige uma resposta mais complexa, na medida em que jamais haverá um critério puramente objetivo para o estabelecimento de certas escolhas que, em última análise, são marcadas por um certo grau de discricionariedade – o que, como já mencionado, não ocorre no Direito Penal.

Se é certo que, como visto, todas as normas, mesmo as dotadas de maior concretude, têm algum nível de indeterminação, não resta dúvida, por outro lado, de que as normas mais abrangentes e genéricas – como os “tipos disciplinares” – exigem um raciocínio subsuntivo mais sofisticado e cauteloso.

Há, sem dúvida, uma dificuldade maior na subsunção do fato à norma, ou seja, na classificação jurídica das condutas, dada a pluralidade de possibilidades que se colocam ao intérprete – no caso, à autoridade que determinará a instauração de procedimento apuratório em desfavor do servidor e que, nessa determinação, estabelecerá a penalidade máxima que o servidor poderá suportar, fixando ainda o rito procedimental e o prazo de prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública. Não se trata, portanto, de uma escolha inócua; a opção por instauração de sindicância ou processo administrativo trará reflexos concretos para o servidor acusado.

Essa dificuldade, inerente à estrutura do Direito Disciplinar, exige especial atenção e responsabilidade por parte do intérprete. Não se trata, é certo, de problema insuperável, mas de contingência a ser considerada com a necessária atenção.

O intérprete, nesse sentido, há de atentar, antes de mais nada, para a já referida necessidade de motivação de suas escolhas – motivação esta que servirá de ferramenta de controle de sua discricionariedade. Mas apenas a motivação do ato não se mostra suficiente. O intérprete há de atentar para a necessidade de observância de critérios que preservem e consagrem, tanto quanto possível, o valor da segurança jurídica. Dito de outro modo: o intérprete deverá buscar uma uniformidade de entendimento em relação a condutas similares, determinando, em tais casos, a instauração de procedimentos idênticos e lhes conferindo, na medida do possível, a mesma qualificação jurídica.

Também no que tange às penalidades aplicadas – tema que, à luz da cláusula de abertura prevista no artigo 252 da Lei nº 10.261/68, somada ao fato de que, como já mencionado, as penalidades cabíveis não estão inculpidas nos dispositivos que fixam os “tipos administrativos” – a autoridade julgadora deverá atentar para a busca por um tratamento uniforme a ser dado a situações similares e idênticas.

Não há, nem pode haver, um parâmetro objetivo para o que se entenderá por “situação similar ou idêntica”, cabendo ao bom senso do julgador – novamente refletido na expressa motivação de sua decisão – identificar os elementos fáticos que atestem a similaridade entre duas situações concretas.

Observados tais parâmetros, parece-nos que não haverá qualquer violação a direitos fundamentais dos servidores na tipificação de suas condutas e na eventual aplicação de penalidades, restando preservada, em tais circunstâncias, a constitucionalidade do procedimento. Por outro lado, a desconsideração desses parâmetros poderá levar até mesmo ao questionamento judicial por parte do servidor eventualmente punido, havendo, inclusive, a possibilidade de anulação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

ARÁN, Mercedes García. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. 1. ed. Aranzadi, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão – causas e alternativas*. 4. ed. Saraiva, 2011.

CONCEIÇÃO, Maria Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. Malheiros, 2013.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. Atlas, 2010.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação*. Atlas, 1991.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. Malheiros, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. Forense, 2016.

SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.