FUNCIONÁRIO PÚBLICO — NATUREZA DA PENA DISCIPLINAR — DISPONIBILIDADE — REVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

— Direito disciplinar e direito penal são coisas inteiramente diversas e dominadas por princípios e técnicas diferentes, quer pelo seu fundamento, quer pela sua natureza, quer pelo seu objetivo ou finalidade.

— A lei ordinária pode criar penas disciplinares menos graves que a demissão, como a disponibilidade.

PARECER

1. O presente pronunciamento é convocado, para apreciar pretensão que constituiu objeto de processo de revisão.

Conforme consta do respectivo *dossier*, o funcionário em cogitação estêve envolvido em nada menos de quatro incidentes, em todos os quais lhe foram atribuídos incontinência de conduta, estado de embriaguez e procedimento escandaloso. Defende-se sempre o imputado, alegando que em cada ocasião foi vítima de trama urdida por desafetos seus, especialmente pessoas ligadas ao credo comunista.

Em duas dessas oportunidades foi punido: uma vez, com a pena de suspensão por noventa dias e na outra, com a pena de disponibilidade. Interessa-nos, particularmente, o problema da disponibilidade.

Na Comissão Revisora que se constituiu, a conclusão foi favorável ao funcionário. Divergiram, todavia, os seus integrantes na fundamentação do entendimento a que chegara, opinando a maioria que, não tendo sido contemplada a disponibilidade pelo novo Estatuto, cumpria aplicar, por analogia, o princípio de direito penal de retroatividade da lei posterior mais benígna, e concebendo o voto vencido que não havia robustez de provas, suficiente para gerar a convicção segura de que os fatos ocorreram consoante a versão acolhida pelo Comissão de Inquérito, o que torna "discutível ou pelo menos consideràvelmente atenuada", diz o prolator do voto, "a responsabilidade que foi atribuída ao Diplomata, no incidente verificado na cidade de São Francisco".[1]

A nosso ver, carecem de fundamento jurídico ambas as conclusões. Apreciá-las-emos em separado, já que elas se contradizem, recìprocamente, em aspectos essenciais.

2. Entendeu a maioria que foi justa ou, pelo menos, correta, a aplicação da pena de disponibilidade ao servidor de que nos ocupamos, pois "o seu comportamento, nos diversos incidentes em que estêve envolvido, demonstra ser possuidor de um temperamento *que nem sempre lhe permite ajustar-se aos deveres específicos da Carreira de Diplomata*".[2]

Opinou, todavia, que, "defrontando-se com interpretações *discutíveis*, preferem optar por uma *solução que favoreça o agente, dentro do espírito da citada disposição do Código Penal*"[3] e que, assim, *por analogia*, cumpria aplicar o prin-

1 Cf. fls. 6 a 7 do *Relatório da Comissão Revisora.*
2 Cf. fls. 3 do *Relatório* cit.
3 Cf. fls. 4 do *Relatório* cit.

cípio da *lex mitior*, fazendo-se retornar o funcionário citado ao serviço ativo, ainda que "o aproveitamento se faça, inicialmente, a título *probatório*, na Secretaria de Estado das Relações Exteriores".[4]

Duas observações prévias devem ser feitas a propósito. A primeira é que não tem pertinência a manifestação no sentido de que o aproveitamento se dê a título probatório, ou não, na Secretaria de Estado ou no exterior. O retôrno será definitivo, deliberando, livremente, a Administração, como melhor lhe parecer, sôbre o lugar onde prestaria seus serviços o funcionário.

A segunda é que o novo Estatuto, como muito judiciosamente ponderaram o Chefe da Divisão do Pessoal,[5] e o voto vencido,[6] não constitui lei mais benigna. Deixou de discriminar a pena de disponibilidade. Considerou punível a falta, entretanto, cominando-lhe, até, a sanção de demissão,[7] que ainda poderá ser agravada, conforme o caso, com a nota — "a bem do serviço público".[8]

A *lex posterior*, como se está a ver, absolutamente não favorece ao agente. Admita-se, todavia, que a legislação disciplinar em vigor fôsse mais benéfica do que a anterior. Seria jurìdicamente fundada a invocação da lei penal para integrar, por analogia, o regime disciplinar? É o que se passa a contestar, dentro dessa ordem de idéias.

3. Importa verificar, portanto, se se comunicam ao exercício do poder disciplinar, por via de integração analógica, os princípios que presidem à atuação do poder punitivo do Estado.

Se houver identidade entre as duas esferas jurídicas, ou se, pelo menos, houver abrangência ou compreensividade da primeira dentro do âmbito da última, será irrepreensível e mesmo necessária a aplicação analógica de normas e princípios.

Caso, porém, os dois poderes se diversifiquem entre si, constituindo categorias autônomas e independentes, cada qual com fundamento e natureza próprios, então a aplicação analógica será uma monstruosidade não tolerada pela ciência do direito.

Vale, logo, de início, enumerar os princípios basilares de direito penal, que estariam em cogitação no estudo do poder disciplinar:

1.º O princípio da legalidade — *nullum crimen, nulla pœna sine lege pœnali.*

2.º O princípio da não cumulatividade das penas — *ne bis in idem.*

3.º O princípio da aplicação a todos os indivíduos que vivem no território do país, sem limites ou barreiras que não estejam expressamente previstos em lei — *generale jussum.*

4.º O princípio da interpretação *stricti juris*, uma vez que se trata de alterar o *status libertatis* inerente a todos os indivíduos.

5.º O princípio da irretroatividade da lei posterior mais gravosa.

6.º O princípio da exclusão de juízos discricionários ou de oportunidade.

7.º O princípio da exclusão, pelo menos em caráter essencial, da consideração de fatores éticos ou morais e a limitação ao ajuizamento de fatos ou pressupostos jurìdicamente relevantes.

8.º O princípio da configuração precisa das características da repressão penal.

9.º O princípio da aplicação jurisdicional da pena.

10.º O princípio da enumeração taxativa, não simplesmente enunciativa, dos crimes e das penas.

Poderíamos arrolar vários outros princípios, mas achamos suficiente enumerar, apenas, êsses, mesmo porque dêles se ocupa, em têrmos expressos, a doutrina, quando aprecia o poder dis-

4 Cf. fls. 4 do cit. *Relatório.*
5 Cf. fls. 79 v.
6 Fls. 5 do *Relatório* cit.
7 Cf. inciso III do art. 207 da Lei n.º 1.711, de 1952.
8 Cf. art. 209 da Lei n.º 1.711, de 1952.

ciplinar, conforme iremos examinar, depois de tecer algumas considerações sôbre a natureza e o fundamento jurídico dêsse último.

4. O direito disciplinar constitui tema de certa gravidade, dadas as controvérsias que, no correr dos tempos e à medida que se ia desenvolvendo o estudo do direito administrativo, foi suscitando o seu tratamento jurídico.

Duas tendências podem ser surpreendidas, nesse caso: a de identificá-lo com o poder punitivo geral do Estado e a de desvinculá-lo do poder punitivo, fundando-o em um poder inerente a um estado de sujeição especial.[9]

Nos primeiros textos e nos mais antigos autores, é comum o entendimento de que não há nenhuma diferença substancial entre o poder penal ou punitivo e o poder disciplinar, diversificando-se os dois, sòmente, em aspectos formais, quais sejam o da gravidade maior ou menor da sanção, o da aplicação em sede administrativa ou jurisdicional, etc. Considerava-se, assim, o direito disciplinar um direito penal especial dos servidores públicos.

A vulnerabilidade da tese é patente. Laband se incumbiu de pulverizá-la com argumentos irrespondíveis, dos quais resultava a total diferenciação entre os dois poderes. Mostrou que sustentar tal coisa levaria ao absurdo de admitir-se o desrespeito ao *ne bis in idem*, pôsto que muitas infrações disciplinares são punidas, criminalmente, de modo concomitante.

Não menor perplexidade surgiria, quando se encarasse o problema da prescrição, uma vez que fatos para os quais a ação penal, muito mais grave e importante, incorrera em prescrição, continuariam sendo passíveis de punição disciplinar.

A exclusão de juízos discricionários em matéria penal e a sua predominância em matéria disciplinar constituía novo golpe contra a incolumidade daquela doutrina.

Por fim, sabe-se que o direito penal é empolgado pelo princípio do *nullum crimen, nulla pœna sine lege pœnali*, enquanto a sanção disciplinar e a própria culpa disciplinar independem de previsão legal. Com êsses argumentos, Laband pôs por terra a tese penalista.

Quem ler Kurt Egon von Turegg, por exemplo, ao apreciar a evolução do direito disciplinar prussiano a partir de 1844 até o ano de 1950, verifica o completo abandono da teoria penalista.[10] O certo é que, hoje, dessa construção não mais resta pedra sôbre pedra.

5. Passou-se a seguir, então, outra tendência, qual a de desvincular o poder disciplinar do poder punitivo. Considerou-se que o fundamento daquele residia em um estado de sujeição especial (*uno stato di subiezione particolare*), em que se encontram aquêles que são submetidos ao poder disciplinar.[11]

Ainda aqui, três diferentes orientações se sucederam: a que se baseia em analogias com institutos de direito civil, a que se baseia em analogias com o direito penal e a que desenvolve o conceito de estado de sujeição especial e constrói, de modo autônomo, o instituto, independentemente de analogias com o direito penal e com o direito civil.

A última tese é hoje predominante na doutrina. É importante observar, aliás, que o surgimento de cada uma dessas soluções, na ordem em que as enumeramos, obedece a uma sucessão cronológica, de modo a poder-se asseverar que elas correspondem às diversas etapas de aprimoramento dos estudos e da técnica do direito administrativo, até chegar-se ao estágio atual.

6. A teoria civilista, que foi formulada por Laband, parte da idéia de que as conseqüências disciplinares das infrações aos deveres funcionais não repousam sôbre o poder do Estado como

---

9 *Stato di sudditanza speciale* ou *potere di supremazia speciale*, como dizem os italianos.

10 Cf. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1950, págs. 504 a 505.

11 Cf. a propósito Enrico Rasponi, *Il potere disciplinare*, 1942, vol. 1.°, págs. 5 e 6.

entidade detentora da soberania, mas, sôbre a supremacia que nasce da relação de emprêgo público, sôbre a relação especial do poder que se estabelece entre o Estado e o servidor.

Isto pôsto, Laband faz analogia entre a relação disciplinar e a relação contratual, para concluir que aquêle poder é o meio de obter, de parte do servidor, o implemento de sua prestação, ou seja, o cumprimento dos deveres de serviço, já que nem há ação de direito privado, como nas relações contratuais, para constranger o servidor inadimplete ao atendimento à prestação, nem as violações aos deveres funcionais, na mor parte dos casos, podem ser estimadas, patrimonialmente, de modo a ensejar uma ação de ressarcimento.

Para Laband, pois, o poder disciplinar é um sucedâneo da ação cominatória e da de ressarcimento, com que, em direito privado, se assegura o implemento de deveres ou obrigações contratuais violadas. Seguindo a mesma trilha, Paccinotti assimila as sanções disciplinares às penas civis, cominadas para melhor assegurar a execução do contrato.

Essa teoria é criticável. Primeiro, porque encara apenas a relação de emprêgo público, dada como de natureza contratual (contrato de direito público), quando o poder disciplinar se estende a outras relações, como é o caso das escolas e hospitais, sendo que, muitas vêzes, se trata de relações de subordinação de natureza coativa, do que são exemplos as hipóteses dos encarcerados e dos militares convocados. Em segundo lugar, nem mesmo a relação de emprêgo público, como se pensava ao tempo de Laband, uma relação contratual, sendo certo que se caracteriza como uma situação estatutária, consoante é pacífico a partir dos estudos de Gaston Jèze. Outrossim, o paralelismo com o direito privado encontra óbice intransponível, como assinala Zanobini, no fato de que a ação assegurada aos contratantes tem sempre conteúdo patrimonial e, mesmo quando se trata da cláusula penal, é indisfarçável que ela possui um conteúdo e um escopo patrimonial satisfatório. Não têm tal caráter a suspensão, a censura ou repreensão, nem as demais sanções disciplinares. Por fim, não se pode falar, também, como fundamento essencial, no objetivo de obrigar ao cumprimento de prestações funcionais, porque há sanções disciplinares que afastam o funcionário do serviço, como é o caso da demissão ou destituição. Também essa doutrina não pôde perdurar. Dela ficou, porém, aquela consideração de que o poder disciplinar se funda em um estado de sujeição ou de subordinação especial, fundamento que passou a ser acolhido por tôdas as construções jurídicas que se lhe sucederam.

7. A teoria que admite analogias com o direito penal, embora o distinga do direito disciplinar (no que diverge da teoria penalista, cf. item 2.º supra), importa numa revivescência da tese que capitulava o poder disciplinar no poder punitivo geral do Estado. Dizem os seus sustentadores que, enquanto a pena criminal tem por escopo o direito à satisfação pelo delito (*quia peccatum est*), a sanção disciplinar atua com meios disciplinares pedagógicos (*ne peccetur*).

Procura-se estabelecer um paralelo entre as duas sanções e as *mulctae censoriae* e *mulctae dictio* do direito romano, ou as *pœnae medicinales* e *pœnas vindicativae* do direito canônico.

Por maior que seja o esfôrço dos seus defensores, entre os quais se contam Binding e Giriodi, a teoria incide nas mesmas críticas que puseram por terra a tese penalista, não conseguindo superar as dificuldades que já apontamos.

8. Com os estudos de Jellineck e Santi Romano é que se chegou ao estágio definitivo, na determinação da natureza e do fundamento do poder disciplinar. Passou-se, então, a construir a teoria administrativa do poder disciplinar, a que Rasponi, com a excelente monografia por nós citada, deu o mais amplo desenvolvimento.

Como se sabe, o poder punitivo do Estado assenta na soberania. O mérito da tese predominante consiste, exatamente, em examinar a natureza e as características da soberania, para concluir que o poder disciplinar nela não tem fundamento. O seu fundamento vai encontrar-se em outra categoria de poderes de que dispõe o Estado, os chamados poderes de supremacia especial, decorrentes de relações específicas e que, conforme a sua natureza, justificam diversas formas de atuação da entidade pública: o poder de polícia, o poder regulamentar, especialmente o das entidades institucionais ou autárquicas, o poder punitivo fiscal, o poder hierárquico, o poder disciplinar.

É à base do cotejo do poder soberano em face dos poderes de supremacia especial que se pode chegar à determinação da natureza do poder disciplinar.

Prosseguindo na exploração dêsse tema, Santi Romano fixa a natureza do poder soberano: *Ed anzitutto è da rilevare che, quando di sovranità si parla, a prescindere, ciò s'intende, dal senso con cui tale parola si riferisce anche ai rapporti con altri stati, si ha sempre l'idea di un potere da esso esercitato sulla generalità di sudditi. La sovranità è un diritto che, naturalmente, nel suo concreto esercizio, può investire la sfera giuridica di questa o quell'altra persona individualmente determinata, ma che, nella sua originaria affermazione, nell'insieme ideale delle facoltà che esso implica nella sua potenzialità sovrasta indistintamente su tutti i subbietti nello Stato compresi e, in certo senso, ne prescinde, giacchè è, per natura sua, non già per motivi da tali subbietti dipendenti, esercitabile "erga omnes". Nella grande distinzione fra diritti assoluti e relativi, la sovranità prende posto frà i primi.*[12]

Assim fixada a noção de soberania, passa Santi Romano a analisar a noção de direito de supremacia especial: *Essi si presentano anzitutto con un carattere più o meno spiccato di relatività: nel senso che esistono e possono farsi valere, non verso la generalità dei sudditi, nè verso categorie indeterminate di persone, ma verso subbietti che vengono in considerazione come singoli e in virtù di uno speciale rapporto in cui questi si trovano.*[13]

Isto feito, acrescenta, numa maior aproximação do nosso tema: *Lo Stato ha dei poteri speciali di supremazia su tali subbietti, che, viceversa, hanno degli obblighi di subordinazione, che non possono confondersi con la sovranità e la sudditanza in senso specifico. Igualmente, ed anche questo esempio interessa, como si si vedrà, il presente studio, è a dirsi di quelle particolari relazioni che si stabiliscono fra gli enti pubblici e coloro che vengono in certo contatto giuridicamente rilevante con un loro istituto o ufficio, intese queste parole in senso largo (ospedali, scuole, ospizi, ecc.). Le persone che di tali istituti si servono si riducono in uno speciale statto di soggezionne, che importa da parte di esse, l'obbligo di rispettare una cosi detta disciplina e, da parte degli enti, speciali poteri pel mantenimento di quest'ultima. Anche qui sarebbe erroneo vedere un rapporto di sovranità.*[14]

Afinal, conclui que *ció accentua il bisogno di distinguer bene gli speciali diritti di supremazia dal diritto di sovranità.*[15]

Em outra obra, esta dedicada ao estudo do poder disciplinar, Santi Romano, depois de insistir nessas idéias e de falar na responsabilidade civil e na penal como categorias distintas, acrescenta que *abbiamo un terz'ordine di sanzioni, puramente amministrative, le*

12 Cf. *Sulla natura dei regolamenti delle camere parlamentari. in Scritti Minori-Diritto Costituzionale*, 1950, vol. 1.°, pág. 225, n.° 11.

13 Op. cit., pág. 226, n.° 12.

14 Cf. op. cit., págs. 227, n.° 13.

15 Cf. op. cit., pág. 228, n.° 14.

disciplinari. Queste dunque si può dire che siano le sanzioni specifiche degli stati di sudditanza speciali.[16]

Daí decorre a formulação de uma doutrina própria do direito disciplinar, empolgada, totalmente, pela técnica jurídica do direito administrativo, que confere estrutura autônoma aos institutos que compõem aquela disciplina.

O próprio conceito de culpa disciplinar tem uma individualidade própria: *Il vero si è che la mancanza a qualsiasi dovere, sia pure morale, quando essa può nuocere, anche indirettamente, all'amministrazione può essere elevata a colpa disciplinare: e non solo l'inadempimento di un dovere d'ufficio, ma la condotta cattiva o poco decorosa, anche quando essa non abbia conseguenze dirette relativamente ai rapporti con l'amministrazione.*[17]

Assim, a responsabilidade disciplinar constitui uma simples categoria do *genus* da responsabilidade administrativa.[18]

Decorre disso que o direito disciplinar é dominado pelos princípios específicos do direito administrativo, aparecendo como fator decisivo a consideração do interêsse do serviço, tão realçada pela doutrina francesa.

Enquanto em direito penal se vai atingir o indivíduo no seu *status libertatis* e daí a rigidez com que seus princípios são configurados, em direito administrativo se confere, de tal modo, ao poder público um meio de atuar, a fim de que o serviço público possa continuar a atingir todos os pressupostos e atender a todos os requisitos sôbre que assenta. Por isso mesmo, o conceito de culpa disciplinar mais amplo, a formulação de juízos discricionários é plenamente plausível, convindo mesmo que se atenda a razões de mérito, ou seja de conveniência e de oportunidade.

Jèze dá a noção exata do poder disciplinar, quando escreve que o seu objeto é *mejorar el funcionamiento del servicio publico por la emienda personal del agente e por su exclusión temporaria o definitiva de los quadros de la Administración.* E continua: *El castigo personal del agente público faltante, en nombre del sentimiento de justicia represiva, no existe o es completamente secundario. En efecto, una falta cometida en el servicio no exterioriza necesariamente, de parte de un agente público faltante, maldad, deseo de dañar o intención de violar las leyes sociales de orden público. Puede tratarse simplemente de torpeza, inoportunidad, negligencia u omisión perjudicial al bueno funcionamiento del servicio.*[19]

Mais adiante, o mesmo autor volta a insistir nessa nota predominante do interêsse do serviço público: *Son dos cosas totalmente diferentes. La represión disciplinaria tiene en cuenta el mejoramiento del servicio público, mientras que la represión penal tiene esencialmente por objeto la punición personal del agente público delincuente, en nombre de la idea de justicia, siendo secundaria la idea de ejemplaridad.*[20]

Com êsses elementos, formula o conceito de falta disciplinar, para mostrar como difere do conceito de infração criminal, inclusive no que tange à aplicação do poder discricionário. Assim é que considera falta de serviço *todo acto de negligência, inoportunidad o ilegalidad realizado por un agente durante el funcionamiento del servicio en el que trubaja. Estos hechos se aprecian discrecionalmente.* [21] Acrescenta,

16 Cf. *I potere disciplinari delle pubbliche amministrazioni, in Scritti Minori-Diritto Amministrativo*, 1950, vol. 2.°, pág. 91, n.° 8.

17 Cf. Santi Romano, última op. cit., pág. 94, n.° 10; também nesse sentido, cf. Renato Alessi, *Diritto Amministrativo*, 1949, vol. 1.°, págs. 190/191.

18 Cf. Renato Alessi, op. e loc. cit., págs. 189 e 190; Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 1949, vol. III, pág. 240, n.° 7.

19 Cf. Gaston Jèze, *Principios generales del derecho administrativo*, 1949, trad., vol. III, pág. 92.

20 Cf. op. cit., págs. 92 e 93.

como iremos mais longamente examinar em outra oportunidade, que no conceito de falta disciplinar se entendem também os atos da vida privada praticados fora do serviço: *La dignidad de la vida privada es una obligación funcional de los agentes públicos.*[22]

Em outro tópico, Jèze ainda retorna ao exame da plausibilidade do poder discricionário: *La determinación de la falta disciplinaria sigue siendo discrecional, mientras que la definición de la infracción penal la da estrictamente la ley.*[23]

Por fim, o grande publicista francês, acentuando a antinomia entre poder penal e poder disciplinar, arremata: *Ello és evidente y no puede discutirse seriamente, si se recuerda la diferente finalidade de la pena disciplinaria y de la represión penal, y el caráter esencialmente discrecional de la falta disciplinaria.*[24]

Isso mostra como difere a responsabilidade penal de disciplinar: *La infracción disciplinaria y la infracción penal no tienen, pues, la misma naturaleza; no nos hallamos ante una cuestión de gravedad de la falta. Confundir la falta disciplinaria y el delito del agente público, seria 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 cosas totalmente diferentes.* [25]

Também Rolland acentua a diferença dos dois poderes, acrescentando que a própria sanção (*le chatimant*) *n'a point la nature juridique d'une peine.*[26]

Na doutrina francesa, enfim, a diferenciação dos dois poderes é plenamente aceita.[27]

Na doutrina alemã, outro não é o entendimento, chegando Turegg a dizer que, em seu estágio atual, o direito disciplinar é *fundamentalmente* diverso do direito penal: *Nach neuerer Auffassung ist das Dienstrafrecht nicht ein Zweig des allgemeinen Strafrechts, sondern von diesem grundsätzlich verschieden.*[28]

O mesmo Turegg estabelece o objeto específico do poder disciplinar: *Es bezweckt neben der Bestrafung die Reinhaltung und Leistungsfähigkeit des Beamtentums und der Erhaltung seiner Pflichtestreue und Unbescholtenheit.*[29]

Também êle focaliza a plena admissibilidade do exercício do poder discricionário, acrescentando que o próprio princípio do *ne bis in idem* aqui não encontra aplicação: *Das Dienststraf — oder Ordnungsrecht ist nich vom Legalitätsprinzip, sondern vom Opportunitätsprinzip beherrscht. Es gilt nicht der Grundsatz des ne bis in idem.*[30]

Giese, por seu turno, retoma essa última idéia e, depois de classificar as infrações em leves (*leichteres Vergehen*) e graves (*schwereres Vergehen*), referindo-se a ambas, assevera: *Doch gilt Opportunitäts —, nicht Legälitätsprinzip.*[31]

Também as sanções disciplinares são de livre aplicação, a juízo discricionário da Administração que, inclusive, pode deixar até de punir a falta, tendo

---

21 Cf. op. cit., págs. 95 e 96.
22 Cf. op. cit., pág. 96.
23 Cf. op. cit., pág. 110, n.º VIII.
24 Cf. op. cit., pág. 111.
25 Cf. op. cit., pág. 92.
26 Cf. *Précis de droit administratif*, 1947, págs. 108 e 109.
27 Cf. Duez et Debeyre, *Traité de Droit Administratif*, 1952, pág. 676; Marcel Waline, *Traité Elémentaire de Droit Administratif*, 1950. págs. 345 a 347 e 352.
28 Op. cit.. pág. 506.
29 Op. cit., pág. 506.
30 Op. cit., pág. 506.
31 Cf. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1952, pág. 58.

em vista considerações de conveniência do serviço (*Opportunitätsprinzip*).

Diversamente do que ocorre em direito penal, a sua enumeração é meramente enunciativa e não taxativa. Igual divergência aparece no que toca ao problema da própria fixação da sanção que independe de lei (ressalvado, claro está, o princípio do *Vorrang des Gesetzes*). Por fim, fatos não considerados passíveis de sanção podem ser mais tarde punidos, por fôrça de uma lei posterior, ou com base nela punidos mais gravemente.

Bielsa assim o afirma: *Así, es admitida la retroatividad de una nueva sanción disciplinaria, o sea, la pena ex post facto lo que no se concibe en el derecho penal commun.*[32]

Um outro aspecto por onde se verifica tratar-se de um instituto autônomo é que, enquanto o poder punitivo pode exercer-se em qualquer tempo, o poder disciplinar só se exercita enquanto dura a relação de sujeição especial a que se refere: *Todos los agentes públicos sin excepción se someten a él, pero solo mientras prestan servicios.*[33]

Vê-se, assim, que os princípios de direito penal não têm aplicação aqui. Repetimos que é a própria técnica do direito administrativo que empolga todo o instituto, de modo que, como *prius* lógico, não entra em cogitação a liberdade individual (*status libertatis*), mas a idéa do bom funcionamento do serviço público. Por isso, nem há necessidade de previsão das faltas e das sanções nas fontes do direito, pois, como diz Cino Vitta, *basta insoma qualsiasi trasgressione ai doveri derivanti dal rapporto per giustificare la sanzione di cui ci occupiamo.*[34]

Na incipiente literatura pátria essas idéias também são aceitas. Apontamos, nesse particular, interessante estudo de Antão de Morais[35] e recente parecer de Carlos Medeiros Silva,[36] além da pacífica jurisprudência pátria, no sentido da incomunicabilidade ao direito disciplinar dos julgados criminais.

Direito disciplinar e direito penal são, assim, coisas inteiramente diversas e dominadas por princípios e técnicas diferentes, quer pelo seu fundamento, quer pela sua natureza, quer pelo seu objetivo ou finalidade: *Nel diritto penale vigono quei principi e quegli istituti che invece non sussistono nel diritto disciplinare, o, diremo meglio, corrispondentemente a quanto si è sopra esposto, non sussistono di solito negli ordinamenti giuridici disciplinari, cioè non sono posti normalmente a base dei singoli diritto disciplinar.*[37]

No item 3.º dêsse parecer, enumeramos nada menos de dez princípios fundamentais em direito penal. Pois bem, nenhum dêles, salvo expressa disposição do ordenamento jurídico disciplinar, tem aplicação ao exercício do poder disciplinar.

1.º Não tem cabimento o princípio do *nullum crimen sine lege*.

2.º O direito disciplinar desconhece o *ne bis in idem*.

3.º O poder disciplinar só se aplica a certos e determinados indivíduos, ou seja, aos que participam da relação disciplinar.

4.º O princípio é o da ampla interpretação, permitindo-se a discrição na apreciação da prova e na aplicação da pena, sem sujeitá-las, como assinala D'Alessio, a um contrôle de legitimidade.[38]

5.º Admissão, como mostramos com Bielsa, da retroatividade da lei posterior mais gravosa.

---

32 Cf. *Derecho Administrativo*, 1947, vol. 2.º, pág. 290.
33 Cf. Jèze, op. cit., pág. 93.
34 Cf. *Diritto Amministrativo*, 1949, vol. I, pág. 454.
35 Cf. *Problemas e Negócios Jurídicos*, 1949, vol. III, págs. 325 a 342.
36 *In Revista do Serviço Público*, ano XVI, vol. II, n.º 2, maio de 1953, págs. 88 a 90.
37 Cf. E. Rasponi, op. cit., pág. 129.
38 Cf. op. cit., pág. 481.

6.º A plausibilidade de juízos discricionários ou de oportunidade (*Opportunitätsprinzip*).

7.º A relevância de fatores éticos e morais, com particular atenção à vida privada do indivíduo ou, como diz Santi Romano, ao *dovers generale di tinere una condotta lodovole.*[39]

8.º A flexibilidade das normas disciplinares, na configuração das características das sanções que estabelecem: *En matière disciplinaire, cette précision n'existe pas et elle n'existe pas à dessein: on veut une large souplesse pour pouvoir atteindre par la répression disciplinaire tous les manquements aux devoirs et obligations du fonctionnaire, quels qu'ils soient, même les faits accomplis hors du service lorsqu'ils portent atteine à l'honneur et à la considération de l'agent et sont susceptibles, par répercussion, de nuire au prestige de la fonction publique.*[40]

9.º O princípio da aplicação da sanção em sede administrativa.

10.º O princípio da enumeração meramente anunciativa, não taxativa, das faltas e das sanções disciplinares: "É lição da doutrina que as penas disciplinares são apenas enunciadas nos textos legais, ou regulamentares".[41]

Verifica-se, por aí, que não tem pertinência, como fêz a maioria na Comissão Revisora, a aplicação analógica de normas do Código Penal ao direito disciplinar.

Dí-lo Alessi, muito bem: *data appunto la indipendenza dei due ordinamenti, penale e disciplinare, il ricorso al diritto penale non va fatto per integrare in via analogica il diritto disciplinare col diritto penale.*[42]

A pena de disponibilidade foi aplicada legalmente. A lei disciplinar posterior não é mais benígna. Se o fôsse, porém, não vemos motivo ou justificativa para que, só por isso, se aplicasse, por analogia, aquêle princípio excepcional de direito penal e a êle específico da *lex mitior*. Opinamos, assim, pela rejeição do ponto de vista defendido pela maioria.

Não passaremos adiante dêsse tema, sem examinar, ainda que ligeiramente, o problema da disponibilidade como sanção disciplinar, em face da Constituição de 1946.

Enquanto a Carta de 1937 falava expressamente na disponibilidade (art. 157), a de 1946, silenciou a respeito.

Presumir-se-á, daí, que quis impedí-la? Poder-se-á, conseqüentemente, averbar de inconstitucional a lei ordinária que a instituía?

Logo de início, impõe-se negá-lo, sem maior exame, aplicando ao caso o princípio elementar de técnica de contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis, segundo o qual as leis gozam da presunção de validade e só se anulam quando fôr patente, manifesta a sua divergência com a lei maior. Ora, nessa hipótese, só com esfôrço o intérprete poderia encontrar essa antinomia, atribuindo ao silêncio do legislador constituinte uma eficácia proibitiva, que aliás demonstraremos não lhe corresponder.

Mesmo que não se queira fazer uso dêsse princípio, é evidente que nenhuma inconstitucionalidade existe.

O legislador constituinte, absolutamente, não pensou em regular o regime disciplinar dos funcionários públicos.

Foi seu intuito, apenas, assegurar aos estáveis uma garantia, quando se tratasse da sanção disciplinar mais grave, ou seja, aquela que conduz à própria cessação da relação de emprêgo público, a demissão. Essa garantia a do prévio processo administrativo com ampla defesa.

Daí não se infere que a lei ordinária não possa criar penas menos graves do que a demissão. Nem seria lógico ou

39 Cf. *Scritti Minori* cit., vol. 2.º, págs. 94 e 95.
40 Cf. Duez et Debeyre, op. cit., pág. 677.
41 Cf. Carlos Medeiros Silva. item 18 do *Parecer* cit., pág. 89.
42 Op. cit., pág. 189.

racional supô-lo. Se se admite uma punição mais grave, em nome de que princípio vai impedir-se a criação de uma menos drástica, tanto mais quando as mesmas garantias são asseguradas.

Tem razão Raul Fernandes, quando defende a tese da sobrevivência da disponibilidade: "Na ausência de proibição, penso que a lei ordinária, que prescreve essa forma de punição de falta funcional, em nada é inconciliável com a lei constitucional em vigor".[43]

Temístocles Cavalcânti aceita essa conclusão, tanto que, em comentário à Lei Magna, se refere à disponibilidade por conveniência do serviço.[44]

Na jurisprudência administrativa, também, foi tal o entendimento que prevaleceu.[45]

Por fim, o Judiciário acolheu a tese, como se pode verificar, por exemplo, em julgado do Tribunal de Justiça da Paraíba: "Pouco importa que a medida disciplinar da disponibilidade, constante da Constituição de 1937 não tenha sido repetida na de 1946. E' que ela não cogita das sanções disciplinares aos funcionários, assunto que ficou para a lei ordinária. E esta, como se viu, ao estabelecer a disponibilidade como pena disciplinar, não ofende nenhuma regra constitucional".[46]

Em conclusão, portanto, não encontro nenhum óbice de ordem constitucional a que a pena de disponibilidade seja mantida.

10. Resta agora apreciar o pronunciamento do voto vencido, prolatado na Comissão Revisora. Concorda êsse com a legitimidade da pena de disponibilidade, em princípio. Objeta, porém, que não há provas seguras de que os fatos se passassem consoante a versão acolhida pela Comissão de Inquérito. Dá, por outro lado, importância a certas alegações do postulante e, sobretudo, a cartas-missivas e ofícios por êste trazidos aos autos, em que se reprova o procedimento da polícia de São Francisco em relação a um diplomata. Ora, essa documentação exprime uma crítica ao órgão policial, não porque agisse daquela forma em face da conduta mantida pelo diplomata, mas, porque o fêz em relação a um Cônsul, a um delegado ou representante de nação estrangeira. Também inexpressiva é a carta do gerente do hotel, excusando-se e explicando que demitira um dos empregados com o qual se dera o incidente.

A verdade, porém, é que essa carta tem propósito meramente comercial Ante a atuação policial, como fôra do hotel que a solicitaram, o corpo consular resolveu, em represália, não mais hospedar-se ali.

O gerente, é claro, encontrou, então, aquêle meio de contornar a situação, recuperando a clientela perdida. A carta não tem outra significação. Não vemos por que desprezar a prova feita no inquérito, nem, muito menos, aceitar a inconsistente contra-prova produzida no pedido de revisão.

Santi Romano, naquele seu estudo sôbre o poder disciplinar, classifica as faltas funcionais em duas categorias: *a*) *che violino un dovere d'ufficio o, meglio, che turbino in qualsiasi modo il publico servizio*; *b*) *oppure costituiscono una mancanza al dovere generale di tenere una condotta lodevole.*[47]

Nesse último sentido, a Administração pode exercer sôbre os seus funcionários uma *censura morum*, que recorda aquela de que eram passíveis os magistrados romanos. Nesse particular, não se distingue muito a vida pública da vida privada, sendo desejável atingir o princípio contido na sentença: *bonus ex integra causa, malus ex quocumque, defectu.*

---

43 *Apud* Pinto Pessoa, *Manual dos Servidores do Estado*, 1950, vol. 1.º pág. 392.
44 Cf. *A Constituição Federal Comentada*, 1950, vol. IV, pág. 172.
45 Cf. Exposição de Motivos do DASP, n.º 972, de 28-11-49, *in D. O.* de 14-1-50, pág. 716.
46 *Apud* Pinto Pessoa, op. cit., pág. 393.
47 Cf. *Scritti Minori*. cit., vol. 2.º, págs. 94 e 95.

Confessa o postulante que é dado a uma vida particular "um tanto boêmia", embora assinale que assim procede sem quebra de sua honorabilidade.[48]

Por outro lado, vale ponderar que se viu envolvido em quatro incidentes, de caráter escandaloso pela repercussão que tiveram, em todos os quais, ainda que se passassem em lugares diversos, sendo dois num país, um em nação amiga e um em nação com a qual mantemos grandes divergências políticas, em todos os quais, repito, lhe foi atribuído estado de embriaguez. Admitimos que, num dêsses casos, segundo a sua versão, tivesse razão. Mas, nos demais, sobretudo no de São Francisco, a sua conduta está longe de corresponder àquela que é desejável de um funcionário da carreira diplomática. Somados todos êsses fatos, será razoável afirmar que o servidor em causa mantenha, e naquelas oportunidades tivesse mantido, uma conduta louvável (*dovere generali di tenere una condotta lodevole*)?

Não vemos como aderir à conclusão do voto vencido em estudo. Opinamos, assim, pela manutenção da pena de disponibilidade, também examinada por êsse aspecto.

12. Não nos parece atendível a pretensão de que se ocupou êsse parecer:

1.º — Por não ter pertinência, no caso, a invocação do princípio da *lex mitior* e, de qualquer forma, por ser injurídica a integração do direito disciplinar, mediante a aplicação analógica do direito penal.

2.º — Por estar suficientemente provada a infração ao dever geral de ter uma conduta louvável, não se tendo destruído a constatação, feita no inquérito administrativo, da falta correspondente ao art. 207, III, do atual Estatuto.

E' o meu parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, dezembro de 1954. — *Amílcar de Araújo Falcão*, Assistente Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.