

ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL

NÉLSON HUNGRIA

Membro das Comissões elaboradoras dos Anteprojetos dos Códigos Penal e do Processo Penal, da Lei das Contravenções Penais e Desembargador no Tribunal de Apelação do Distrito Federal

SUMÁRIO: *Doutrina de Goldschmidt — Identidade essencial — Pena administrativa e pena criminal — Autonomia do poder disciplinar — Doutrina nacional — O art. 230 do Estatuto dos Funcionários Cíveis.*

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: tôdas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas “sôbre um mesmo plano, sôbre um só mapamúndi”. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interêsse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING 1, a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de *quantidade* ou de *grau*: está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. O ilícito administrativo é um *minus* em relação ao *ilícito* penal. Pretender justificar um descime pela diversidade *qualitativa* ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA 2 justamente chama de “estéril especulação”, idêntica à demonstração da “quadratura do círculo”. Baldadas têm sido tôdas as tentativas doutrinárias em tal sentido.

Doutrina de Goldschmidt: — Sôbre ser inútil, seria fastidioso alinhar e criticar as múltiplas teorias propostas ou aventadas. Tomemos, entretanto, pelo seu relêvo, espírito sistemático e reper-

1 *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 131.

2 *Der Verwaltungswang*, apud ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, 1924.

cussão, a doutrina de GOLDSCHMIDT³. Segundo êste, há uma diferença fundamental entre *direito penal administrativo* (*Verwaltungsstrafrecht*) e *direito penal comum* (*Justizstrafrecht*): enquanto êste visa ao indivíduo como vontade ou personalidade autônoma, aquêlo o encara como membro ou elemento sinérgico da sociedade e, portanto, adstrito a cooperar com a administração pública. A ilicitude administrativa seria apenas a omissão do *dever de auxiliar* a administração no sentido do bem público ou estatal (*Die Unterlassung der Unterstützung der auf Forderung des öffentlichen oder Staatsswohls gerichteten Staatsverwaltung*). As normas de direito administrativo apresentam-se ao cidadão, não como *normas jurídicas*, mas, propriamente, como *ordens de serviço*. O direito penal administrativo, ao contrário do direito penal comum, não protege a *ordem pública como bem jurídico* (*Rechtsgut*), mas como *objeto de atenção ou de cuidado* (*Fürsorgeobjekt*) da administração. O ilícito administrativo não é uma ação *contrária ao direito* (*rechtswidrig*), isto é, não representa lesão ou perigo de lesão a um interesse juridicamente tutelado; mas uma ação *contrária à administração* (*verwaltungswidrig*), isto é, uma *falta de cooperação* com a atividade administrativa do Estado. A norma penal comum sanciona um direito penal subjetivo da *justiça*; a norma penal administrativa sanciona um direito penal subjetivo da *administração*. Por isso que é uma simples falta de cooperação, o delito administrativo não é delito de dano: não constitui um *damnum emergens*, mas um *lucrum cessans*. É sempre delito de omissão (*Kommissivdelikt verwaltungsrechtlicher Art gibt es nicht*). Desde que a administração comina *penas* para o caso de transgressão de suas ordens, assumem estas a forma de preceitos penais; mas, se é certo que tais penas qualificam a violação da exigência administrativa (*Verwaltungsanspruch*) como *ilícito de direito administrativo*, não é menos certo que êste se destaca do ilícito de direito penal. A consequência jurídica do ilícito administrativo é uma simples “obrigação *ex delicto* de direito administrativo” (*die Deliktobligation des Verwaltungsrechts*).

Fixada, sucintamente, nos seus pontos centrais, é esta a construção doutrinária de GOLDSCHMIDT, cujo artificialismo não pode ser dissimulado. Dizer que o cidadão é um colaborador da administração pública e, como tal, está obrigado ao cumprimento de ordens administrativas, como se investido em função pública, não corresponde à realidade (pelo menos, à realidade dos países democrático-liberais). E' verdade que, em certos casos, o cidadão é cha-

³ Das Verwaltungsstrafrecht (Eint Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsstrafrecht), 1902; “Was ist Verwaltungsstrafrecht?”, in Strafrechtliche Zeitung, I, 1914.

mado a colaborar na consecução dos fins do Estado, v. g., como contribuinte de impôsto, como soldado, como jurado, como eleitor, como testemunha etc.; mas tais casos têm caráter excepcional. No comum dos casos, só metafóricamente se pode falar em *falta de cooperação*. E se a metáfora é autorizada, não haveria razão para que se não considerasse igualmente falta de cooperação o ilícito penal, quando consistente em omissão.

As normas de direito penal administrativo são, indiscutivelmente, normas *jurídicas*, ditadas no sentido de tutelar o interesse da administração. A ordem pública, ainda como simples *objeto de cuidado* da administração, é um interesse a ser protegido por esta, e, como adverte VON HIPPEL 4, desde que essa proteção se faz mediante preceitos jurídicos, tal interesse é um *bem jurídico*.

O ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico, pois, de outro modo, não se compreenderia a existência de um direito penal administrativo. Uma ação que não constitua um perigo, sequer *in abstracto* (como pretende GOLDSCHMIDT), a interesse juridicamente tutelado, não pode ser juridicamente reprovada ou incidir *sub poena*. O *lucrum cessans*, de que fala GOLDSCHMIDT, já seria, mais que um simples perigo de lesão, um autêntico *damnum* (“*in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui*”).

As normas penais administrativas não se limitam a ordenar ou a exigir ações *positivas*, pois também ordenam ou exigem *omissões*; e neste último caso o ilícito administrativo não pode deixar de ser *comissivo*. Não há falar-se em direito penal subjetivo da justiça, em contraposição a um direito penal subjetivo da *administração*, mas tão-somente em direito penal subjetivo do Estado. A este, apenas a este, e não aos seus órgãos, cabe o *jus puniendi*. Ordens administrativas são ordens do Estado, e a *desobediência* contra estas é a essência, o *substratum* de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo.

Identidade essencial : — A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que “existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo” (“*Wenige Rechtsdelikte, die nicht das Stadium des Verwaltungsdelikts durchschritten hätte*”). A disparidade entre um e outro — repita-se — é apenas *quantitativa*. Qual outra diferença, senão de grau, v. g., entre o retardamento culposo de um ato de ofício e a *prevaricação*, entre uma infração sanitária e um *crime*

4 *Deutsches Strafrecht*, 1930, 2.º vol.

contra a saúde pública, entre uma infração fiscal e o descaminho, entre violações de posturas municipais e contravenções penais?

Pena administrativa e pena criminal: — Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de negar-se igualmente que haja uma *pena administrativa* essencialmente distinta da *pena criminal*. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, pôsto que *pena* seja, de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São *species* do mesmo *genus*. Seria esforço vão procurar distinguir, como coisas essencialmente heterogêneas, e. g., a multa administrativa e a multa de direito penal. Dir-se-á que só esta é conversível em prisão; mas isto representa maior *gravidade*, não *diversidade de fundo*. E se há sanções em direito administrativo que o direito penal desconhece (embora nada impediria que as adotasse), nem por isso deixam de ser *penas*, com o mesmo caráter de contragolpe do ilícito, à semelhança das penas criminais. A única diferença, também aqui, é puramente *quantitativa* (de maior ou menor *intensidade*) e *formal*: as penas administrativas (de direito penal administrativo) são, em geral, menos rigorosas que as criminais e, ao contrário destas, não são aplicadas em *via jurisdicional*, isto é, não vigora a respeito delas o princípio *nulla poena sine iudicio ou memo damnetur nisi per legale iudicium*. E' inaceitável o argumento de BATAGLINI 5, segundo o qual êste critério formal tem valor essencial, dado que não há *pena* onde não há *juízo penal*. A rebatida de ROCCO 6 inutiliza semelhante raciocínio: não se pode dizer que onde não há juízo penal não há pena: o que se deve dizer é que, em tal caso, não há *direito judiciário penal*.

A punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *strepitus iudicii*. E' verdade que, em certos casos, o direito penal administrativo comina sanção contra fatos que são também punidos como ilícito de direito penal comum. E' o que

5 Apud SPINELLI, *Le preleggi penali finanziarie*, 1933.

6 *L'oggetto del reato*, 1932, pág. 364.

ocorre notadamente no setor do direito administrativo disciplinar ⁷, cotejado com o capítulo do direito penal comum sobre os crimes *funcionais*. E apresenta-se, então, um debatido problema: em tais casos, tratando-se do mesmo agente, a aplicação cumulativa das duas penas — a administrativa e a criminal — importa, ou não, infração do *non bis in idem*? Ainda mais: absolvido no juízo penal, pode o acusado, pelo mesmo fato, ser condenado no processo disciplinar? Ou ainda: condenado precedentemente no processo disciplinar, mas vindo a ser, pelo mesmo fato, absolvido no juízo penal, tem o acusado direito à *restitutio in pristinum*? Não obstante a diversidade das *vias processuais* (uma administrativa, outra judicial-penal), a resposta, em nosso modo de entender, não pode deixar de ser afirmativa no primeiro e no terceiro caso, e negativa no segundo. Em alguns países há direito expresso regulando o assunto. Assim, na Alemanha, a *Reichsbeamtengesetz* (Estatuto dos Funcionários Públicos) dispõe precisamente para conjugar o *bis in idem* ou a antinomia de pronunciamentos:

“No curso de um processo judicial, não deve ser instaurado contra o acusado, pelo mesmo fato, um processo disciplinar. Se, no curso de um processo disciplinar, fôr instaurado contra o acusado, pelo mesmo fato, um processo judicial, deve ser o primeiro sobretudo até a conclusão do segundo (§ 77). Se fôr pronunciada absolvição pelo juízo penal comum, só terá lugar processo disciplinar, pelo mesmo fato, quando êste, em si, afastada a possibilidade de sua configuração como crime (“*ohne ihre Beziehung zu dem gesetzlichen Tatbestande der strafbaren Handlung*”), . . . represente uma falta disciplinar” (§ 78)”

Autonomia do poder disciplinar: — Na França, inexistente disposição legal explícita, e uma rotineira doutrina inclina-se pela radical autonomia do poder disciplinar. GASTON JÈZE ⁸, depois de insistir numa insustentável e superada distinção substancial entre falta disciplinar e infração penal, faz uma ilógica exceção no caso de absolvição do acusado no juízo criminal: “*Il n'en serait autrement que dans les cas très particulier. Par exemple, le Tribunal repressif a déclaré que l'agent public n'était pas matériellement l'auteur ni le complice, ni l'inspirateur de l'agissement ayant donné lieu à la poursuite. Ici la FORCE DE VERITÉ LÉGALE qui s'attache à la constatation faite par le juge repressif exige que l'agent public ne soit pas*

⁷ Não há por que distinguir entre a pena disciplinar e as outras penas administrativas. É irrelevante indagar se existe, ou não, uma relação pessoal preexistente entre o indivíduo e a administração, ou discriminar entre *supremacia especial* (em face dos funcionários públicos) e *supremacia geral* (*erga omnes*). Um ato ilícito pressupõe sempre uma relação jurídica da pessoa com o titular do direito ao cumprimento do dever. O conteúdo da responsabilidade é o mesmo (ZANOBINI).

⁸ *Les principes généraux du droit administratif*, 1926, págs. 88 e 106.

frappé disciplinairement; la peine disciplinaire serait entachée d'excès de pouvoir (violation de l'autorité de la chose jugée)". Mas, se não é vedado o *bis in idem* e se há plena autonomia entre o processo administrativo e o judicial (não havendo recurso de um para outro), como se compreende que a decisão dêste resulte em *res judicata* com influência naquele? A conclusão está brigando com as premissas.

Na Itália, a doutrina mais autorizada é no sentido da subordinação do poder disciplinar ao juízo penal. Em tal sentido, ROMANO 9, VACCHELI 10, CINO VITTA 11. Os dois primeiros defendem a *obrigatoriedade*, em qualquer caso, da prevalência do juízo criminal. CINO VITTA sustenta a vantagem de coordenação entre o poder disciplinar e o judicial, e opina, como GIRIODI 12, pela *faculdade* de subordinação do processo disciplinar, acentuando que no direito positivo italiano (lei sobre os funcionários públicos civis) se estatui que, quando o pronunciamento penal definitivo declara que o *fato imputado não existe*, ou que o *acusado não o cometeu, nem dele participou*, fica excluído o processo disciplinar. D'ALESSIO 13, depois de afirmar, em tese, a possibilidade do exercício cumulativo da ação disciplinar e da ação penal, também informa que a lei italiana "sobre o estado jurídico" contém o princípio geral de que o processo disciplinar deve ser suspenso "*qualora il fatto addebitato all'impiegato abbia dato luogo a denuncia all'autorità giudiziaria*", e cessar nos casos já referidos na citação de VITTA.

Doutrina nacional : — Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal. Entretanto, TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI 14, um dos nossos mais reputados especialistas em direito administrativo, não admite exceções à independência entre as duas ações, chegando mesmo a invocar a opinião de D'ALESSIO com omissão (evidentemente intencional) do apoio que êste dá às exceções contidas na lei italiana. Não vale chamar à colação os arts. 122, n.º 16, da Constituição, e 320, III, do Código do Processo Civil, sobre a exclusão de *habeas corpus* e de *mandado de segurança* no tocante a ato ou punição disciplinar: tais artigos não excluem, explícita ou implicitamente, no caso de concurso de competência entre o poder disciplinar e o

9 *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, extr. da *Giurisprudenza Italiana*, 1898.

10 *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini*, in *Trattato de ORLANDO*, III.

11 *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, 1913.

12 *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Trattato de ORLANDO*, I.

13 *Diritto Amministrativo Italiano*, II, 1932.

14 *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, II, 1938.

poder judiciário (isto é, quando a falta disciplinar constitua, também, delito penal) a subordinação do primeiro ao segundo. Apenas resguarda o pronunciamento disciplinar de impugnação pelo meio sumaríssimo do *habeas corpus* ou do mandado de segurança.

Interpretando o art. 239 do Estatuto dos Funcionários Públicos, que comina a pena de demissão a bem do serviço público ao funcionário que “praticar crime contra a boa ordem e administração pública, a fé pública e a Fazenda Nacional, ou previsto nas leis relativas à segurança e à defesa do Estado”, opinou justamente o DASP (em 23-3-43) que, em tal hipótese, a instância administrativa deve aguardar o pronunciamento do juízo criminal. Com todo acêrto, igualmente, entendeu o mesmo Departamento que, no caso de demissão (Est. dos Func. Púb., art. 238, n.º I), se o fato revestir o caráter de crime, nos têrmos do Código Penal “deverá ser o processo respectivo encaminhado à autoridade competente para o procedimento judicial”.

O próprio CAVALCÂNTI, esquecido de ter afirmado que “aqui não se pode aplicar o princípio *non bis in idem*, por isso que o poder disciplinar se pode exercitar independentemente do poder repressivo penal”, obtempera, invocando a lição de ALIMENA 15, que, no caso de envolver a condenação criminal medida de ordem administrativa, a repressão disciplinar não pode justificar-se senão considerada como um efeito dessa condenação, evitando-se uma duplicidade de penas. Ora, êste raciocínio redunda numa flagrante contradição. Se há inteira autonomia do poder disciplinar, a atitude dêste não pode ser jamais efeito da condenação no juízo penal. No caso figurado por CAVALCÂNTI, da pena de “perda de emprêgo”, a abstenção do poder disciplinar decorreria naturalmente da inutilidade de repetir a imposição da mesma pena: seria dar uma punhada no vazio. . .

Suponha-se, porém, o caso de absolvição do acusado no juízo penal. Deve também, em tal hipótese, abster-se o poder disciplinar? Não no-lo diz CAVALCÂNTI. Os que sustentam a radical autonomia do poder disciplinar estariam logicamente adstritos à resposta negativa. Recuam, entretanto, diante da chocante iniquidade e procuram resolver o *impasse*, como já vimos, apelando incongruente-mente para a *res judicata*. A única solução lógica está em fixar-se a premissa de que ilicitude e penas administrativas e ilicitude e penas criminais são substancialmente análogas, não passando a separação entre o poder penal administrativo e o poder penal comum de um critério meramente oportunístico ou político. Assim, quando as duas sanções — a penal disciplinar e a penal comum — forem cominadas para o mesmo fato, não padece dúvida a necessidade de coordenação entre os dois poderes, para evitar-se o *bis in idem* ou a

15 *Princ. di diritto penale*, I, págs. 245-246.

contradição de pronunciamentos sôbre matéria substancialmente idêntica, dando-se prevalência ao poder judicial penal, porque, como pondera VITTA, "*le solenni forme, con cui il giudizio penale si svolge, danno il più pieno affidamento che in quelle si raggiunga il migliore accertamento della verità dei fatti*". A autonomia do poder disciplinar só se entende com os fatos que constituem, exclusivamente, faltas disciplinares. Só é admissível a ação disciplinar ulterior à absolvição no juízo penal, quando, embora afastada a qualificação do fato como crime, persista, residualmente, uma falta disciplinar. É a justa decisão do direito germânico. A substancial coincidência entre ilícito administrativo e ilícito penal é confirmada pelo fato de que há perplexidade tôda vez que a lei, ao cominar uma sanção comum ao direito administrativo e ao direito penal (como, por exemplo, a multa), não indica o poder competente para aplicá-la. O único meio de dirimir a incerteza será invocar o *in dubio pro reo*, para reconhecer-se que se trata de pena administrativa, de consequências menos graves que a criminal.

O art. 230 do Estatuto dos Funcionários Civis : — Tem-se recorrido, entre nós, ao preceito do art. 230 do Estatuto dos Funcionários Públicos, para argumentar no sentido da radical separação entre responsabilidade administrativa e responsabilidade penal : "A responsabilidade administrativa não exime o funcionário da responsabilidade civil ou criminal que no caso couber". Ora, êste artigo não pode ser interpretado isoladamente, mas entrosado no capítulo de que faz parte e onde sômente se cogita da responsabilidade do funcionário por *prejuízo patrimonial* à Fazenda Pública. Trata-se de responsabilidade pela *reparação* do dano, que não constitui *pena*. No que tange à responsabilidade sob o ponto de vista da *punição*, não há por que distinguir entre a esfera administrativa e a esfera penal. Inexiste, *de jure condito* ou *de lege ferenda*, qualquer fundamento plausível para que não vigorem, num e noutro caso, os mesmos princípios, quer relativamente à imputabilidade, quer a respeito da culpabilidade. Sempre é bem de ver que se trate de fatos que representem, ao mesmo tempo, delito administrativo e delito penal.