

## DIREITO INSTITUCIONAL

### **O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos**

*Luciano de Faria Brasil*

Promotor-Corregedor/RS.

---

#### **1. Introdução ao tema**

A temática proposta no presente estudo tem relação direta com o dia-a-dia dos agentes do Ministério Público. Trata-se aqui de examinar a natureza do *regime de direito administrativo disciplinar*<sup>1</sup> incidente sobre a conduta funcional (e também sobre comportamentos em relação direta com o exercício da função pública) dos membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Não é possível que, após a promulgação da Carta de 1988, e em face das grandes transformações operadas no direito contemporâneo, se continue a aplicar de maneira acrítica os institutos próprios do direito administrativo disciplinar, sem maior reflexão ou profundidade de análise. É chegada a hora de renovar o enfoque sobre a matéria, abandonando-se a mera referência protocolar aos autores de antanho para, enfim, lastrear as manifestações administrativas deduzidas em sede disciplinar em uma argumentação mais consentânea com o estágio hodierno de desenvolvimento dos estudos jurídicos.

Para tanto, cumpre tecer algumas considerações sobre o direito administrativo disciplinar, demonstrando sua natureza e suas efetivas possibilidades de intervenção. Após, é mister fazer algumas observações sobre o aspecto estrutural da falta ou transgressão disciplinar, destacando sua especificidade em relação à conceituação analítica da infração criminal. Serão examinados, neste particular, os elementos constitutivos da infração disciplinar,

---

<sup>1</sup> Sobre o direito disciplinar como parte integrante de um direito administrativo sancionador, consultar OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122-134 e 221-225.

realçando-se os pontos controversos ou que mereçam análise mais acurada. Por derradeiro, tratar-se-á de alguns aspectos do processo disciplinar de cunho administrativo, buscando enfatizar seus traços distintivos, balizando-os à luz da nova ordem constitucional e legal, e apontando também os aspectos que merecem urgente revisão.

Como se trata de estudo atinente ao regime de direito administrativo disciplinar dos órgãos do Ministério Público do Rio Grande do Sul, é evidente que – malgrado a vocação universalizante de qualquer elaboração no campo teórico-jurídico<sup>2</sup> – a argumentação a ser desenvolvida respeitará as peculiaridades legislativas próprias à espécie. Haverá, portanto, menção eventual ao regramento legislativo de cunho estadual, sem embargos da utilização de outras normas de organização do Ministério Público. De resto, o propósito é mesclar a tradição advinda dos clássicos do direito administrativo com os estudos mais recentes (nesta e em outras áreas do direito), construindo-se um esboço de direito administrativo disciplinar mais adequado ao tempo presente.

## 2. Natureza do direito administrativo disciplinar

A doutrina sobre o tema avançou muito desde a primitiva formulação da *teoria da identidade substancial*, que aduzia não haver diferença essencial entre o poder disciplinar e o direito penal. Dada a unidade ontológica do ilícito, a falta administrativa seria um *minus* em relação ao delito criminal. Como destacado por renomado penalista de outrora, ambos seriam “*species* do mesmo *genus*”<sup>3</sup>. Após ser submetida a uma cerrada crítica pelos estudiosos do direito administrativo<sup>4</sup>, essa construção acabou por ser abandonada, sendo substituída por sucessivas formulações doutrinárias. Ao cabo, concebe-se hoje a função disciplinar<sup>5</sup> na esfera administrativa como

<sup>2</sup> Quando se fala em vocação universalizante dos estudos jurídicos, o propósito é indicar uma necessidade de operar *um plano acima* da aplicação casuística das leis. Não há qualquer pretensão, por óbvio, de construção de verdades institucionalizadas ou de textos fechados.

<sup>3</sup> HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo* (Seleção Histórica). Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 17.

<sup>4</sup> Para um relato genérico das críticas a que foi submetida a teoria da identidade substancial por autores consagrados como Cino Vitta, Manzini, Jellinek e Laband, entre outros, consultar BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 10-52.

uma *relação punitiva especial*, a regular a conduta de pessoas determinadas<sup>6</sup>, sujeitas a relações de supremacia não territorialmente limitadas. Destarte, encontra mais correlação com a função hierárquica existente no plano administrativo do que com o aludido direito penal<sup>7</sup>.

Mais importante do que lucubrar sobre a natureza jurídica do direito administrativo disciplinar, porém, é estabelecer o campo e as possibilidades de sua intervenção. Embora substantivamente distinto do direito penal, como antes ressaltado, o direito administrativo disciplinar apresenta certas coincidências morfológicas com a intervenção penal<sup>8</sup>. A fragmentariedade da intervenção é comum a ambos os ramos do direito, em face da missão de tutela de bens jurídicos própria das duas formas de atuação. Destarte, apesar das 'curvas de diferença' existentes entre os modos do direito, pode-se trazer para o âmbito do direito administrativo disciplinar uma noção cunhada especificamente para aplicação no seio do direito penal: o de *intervenção minimamente necessária*<sup>9</sup>.

Com efeito, o direito administrativo disciplinar apresenta-se como um dos instrumentos jurídicos aptos à consecução do figurino institucional dado ao Ministério Público pela Constituição de 1988 e pela subsequente legislação infraconstitucional. A pauta do Ministério Público no texto magno é sumamente clara e minuciosa<sup>10</sup>, podendo ser inteiramente deduzida de suas missões primárias: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Este é o *núcleo duro* das

---

<sup>5</sup> Prefere-se falar em *função disciplinar* ao invés de *poder disciplinar* porque o eixo metodológico do direito público gira em torno da idéia de dever, não da idéia de poder. O poder é instrumental, meio para que se cumpra aquele dever, atingindo-se a finalidade legal. Caracteriza-se, assim, como uma *função* no sentido jurídico do termo, pois existe uma situação jurídica, assinalada por um comando normativo, com uma finalidade a cumprir, mediante o manejo de certos poderes. Sobre isso, consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discretionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13-16.

<sup>6</sup> BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Ob. cit.*, p. 63-65.

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista Tribunais, 1996, p. 131.

<sup>8</sup> LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 96-100, especialmente o tópico 'O Ilícito Administrativo e o Ilícito Criminal'.

<sup>9</sup> SANTOS, André Leonardo Coppeti. *Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático e de Direito nos países de modernidade tardia*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, p. 27-38.

<sup>10</sup> Está detalhada no art. 129 da Constituição Federal.

atribuições institucionais, e o seu correto desempenho é essencial na construção do Estado Democrático de Direito posto pela Carta e almejado pela população.

O direito administrativo disciplinar existente no âmbito do Ministério Público deve, pois, **ser exercido da forma minimamente necessária à efetivação do desempenho institucional reclamado pela Constituição**. Afasta-se a idéia nefasta de um *direito administrativo disciplinar mínimo*, simetrizado com sua formulação na área penal<sup>11</sup>, vinculado a um dogma liberal ultrapassado e alienado em relação ao papel do Ministério Público no texto constitucional. Da mesma forma, repele-se a noção de um direito administrativo disciplinar *excessivamente interventivo*, tomado como panacéia institucional, desgarrado de sua missão de tutela de bens jurídicos e posto a serviço de metas meramente instrumentais e/ou político-institucionais<sup>12</sup>. Sem minimalismo ou maximalismo, o que se reclama é uma intervenção administrativa disciplinar na forma minimamente necessária ao sentido de atuação do Ministério Público<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> A crítica eficaz do minimalismo penal é realizada por SANTOS, André Leonardo Coppeti. *Ob. cit.*, p. 27-38. Remete-se o leitor àquelas conclusões.

<sup>12</sup> Para uma crítica do uso excessivo ou equivocado do poder repressivo do Estado, compulsar PACKER, Herbert. *The limits of the criminal sanction*. Stanford, Calif., 1968. Embora a obra (um verdadeiro clássico moderno) esteja voltada para o exame da intervenção penal, as conclusões do autor são válidas para qualquer forma de atuação repressiva estatal.

<sup>13</sup> A rigor, a discussão sobre os limites da função disciplinar no âmbito de sua aplicação aos membros do *Parquet* passa necessariamente por uma discussão das tarefas e das possibilidades de atuação da Corregedoria-Geral do Ministério Público. Como é sabido, a intervenção do órgão interno de correição nos temas institucionais assenta-se no binômio *fiscalização e disciplina*, com evidente preponderância para o primeiro tópic do binômio, *i.e.*, com preferência para a *fiscalização preventiva* das atividades. Isso quer dizer, na prática, que a atividade de prevenção deveria preferir à atividade de repressão, como corolário da própria natureza de *serviço de aperfeiçoamento pessoal e imediato* que é inerente à Corregedoria-Geral do Ministério Público (sobre isso, ver CUNHA, Maurício José da. *O papel da Corregedoria dentro da Administração do Ministério Público dos Estados*. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 82, jul./set. 1973, p. 269-273). Apenas se esgotadas as vias preventivas de resolução dos problemas, ou se essas forem inadequadas ao caso (material ou procedimentalmente), é que deveria ocorrer a eventual aplicação de medidas disciplinares. Assim, a etapa fiscalizatória, fase de natureza preventiva, deveria necessariamente preceder a etapa disciplinar, a não ser quando circunstâncias excepcionais imponham o inverso. **Essa, porém, é uma discussão longa e complexa, não podendo ser tratada nos estreitos limites do presente estudo.**

### 3. Sobre os elementos estruturais da falta disciplinar

Assentados alguns fundamentos sobre a natureza e a medida de intervenção do direito administrativo disciplinar, cumpre descer a análise ao nível de estruturação do *conceito básico* a este modo do direito: a falta, infração ou transgressão disciplinar. Como dito anteriormente, o manejo de temas ligados ao direito administrativo disciplinar, seja na esfera prático-procedimental, seja no âmbito da reflexão teórica, não é tarefa fácil. A escassez de textos, a ausência de rigor técnico em vários dos escritos encontrados e a repetida desatualização da produção científica existente sobre a matéria tornam-se entraves frequentes para o operador chamado a lidar com a temática disciplinar em seu cotidiano funcional. Assim, cumpre submeter os conceitos do direito administrativo disciplinar a um reexame crítico, mormente à luz da nova ordem constitucional. Dentre todos os conceitos, é de visceral importância a análise do núcleo conceptual do direito administrativo disciplinar – a falta administrativa-disciplinar.

Não se cuidará aqui de um exame *vis-a-vis* da legislação incidente<sup>14</sup>, mas de uma análise da própria noção de infração disciplinar. A meta é examinar, em brevíssimas linhas, como o conceito pode – e deve – ser permeado pelos avanços da dogmática (notadamente no campo repressivo, como a esfera penal) e pelo novo arranjo trazido pelo Estado Democrático de Direito. Sendo esse o objeto, de onde deve partir a análise? Para uma *compreensão crítica* do conceito examinado, há que se ouvir a lição de Hans-Georg Gadamer: “Escutar a tradição e situar-se nela é o caminho para a verdade que se deve encontrar nas ciências do espírito”<sup>15</sup>.

*Escutar a tradição*, no caso, significa fugir à regra de elaboração doutrinária que segue o conceito analítico do crime, voltando-se às formulações próprias à especificidade dogmática do direito administrativo. Isso porque o direito administrativo disciplinar vincula-se, na qualidade de fração, ao direito administrativo *lato sensu*, e este tem, como é curial, certas peculiaridades

---

<sup>14</sup> Até porque são múltiplas as formas que o direito administrativo disciplinar assume no ordenamento jurídico nacional, especialmente no tocante às ditas Carreiras de Estado, como a do Ministério Público. Tarefa interessante a ser empreendida pelos estudiosos do tema é a análise comparativa das leis existentes, classificando-as por forma, substância, área de incidência e institutos peculiares.

<sup>15</sup> GADAMER, Hans-Georg. *A verdade nas ciências do espírito (1953)*. In *Verdade e método II: complementos e índices*. [tradução de Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback] Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. 53.

metodológicas que informam a sua aplicação<sup>16</sup>. Dessa autonomia científica do direito administrativo surge a necessidade de construir-se um aparato conceptual compatível no plano disciplinar, repelindo-se os transplantes simplistas de outros ramos do direito. A interdisciplinaridade – especialmente o intercâmbio com o direito penal – é benfazeja, mas somente se recebida de forma crítica.

*Escutar a tradição* significa, também, tomar como ponto de partida os conceitos construídos na evolução jurídica nacional, inserindo a presente reflexão crítica no bojo de um *continuum* histórico-cultural que deve ser antes valorizado e respeitado, para depois ser devidamente transfigurado pela ordem jurídico-política dada na Carta de 1988. Acolhe-se, portanto, uma antiga lição da doutrina pátria como premissa de trabalho, dividindo-se a falta administrativo-disciplinar em seus elementos estruturais de forma distinta da infração penal. Assim, conforme ensinamento já vetusto<sup>17</sup>, seriam três os elementos da falta disciplinar: (i) um ato ou omissão, ou uma série deles – *elemento material*; (ii) a sua imputação a uma vontade esclarecida e livre – *elemento moral*; (iii) a perturbação no funcionamento do serviço público – *elemento formal*.

Dessa forma, sem embargo do eventual uso de conceitos jurídico-penais no desenvolvimento do tema<sup>18</sup>, ressalta-se que a tripartição tradicional da noção de falta administrativo-disciplinar atende melhor às necessidades iniciais de **fixação de um horizonte compreensivo** para o objeto deste estudo, tendo em conta sua melhor conexão com a metodologia do direito administrativo. Cumpre, pois, examinar cada um destes elementos constitutivos de uma infração disciplinar, realizando exame mais detido dos pontos de caráter controverso.

<sup>16</sup> Sobre a noção de *relação de administração* como fornecedora da nota distintiva do direito administrativo em relação aos demais ramos jurídicos, ver LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51-60.

<sup>17</sup> PRATES DA FONSECA, Tito. *Lições de direito administrativo*, 1943. p. 191.

<sup>18</sup> Veja-se a seguinte lição da doutrina quanto à interação com a área penal: "No direito disciplinar, sobreleva a preocupação institucional, isto é, a transferência para um círculo menor, da atividade repressiva, transpondo-se conceitos finalistas, como o da ordem jurídica, da ordem material, do plano geral próprio ao direito penal para a área de instituições menores". CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e processo disciplinar*. 2ª ed. Fundação Getúlio Vargas, 1966. p. 13.

### 3.1. O elemento material da falta disciplinar

O elemento material da infração administrativa disciplinar reúne em si as discussões atinentes à *conduta do infrator* e também, por óbvio, à *tipicidade administrativa* daí decorrente. No conceito genérico de conduta do agente estão incluídas, por óbvio, as espécies comportamentais da ação e da omissão. É também evidente que esta conduta funcional, para adquirir relevância disciplinar, deverá receber o influxo dos demais elementos da infração, tanto daqueles de caráter formal e moral como (ainda dentro da esfera do elemento material) da tipicidade da conduta. Somente após ser plenamente ‘colorida’ por estes dados jurídicos é que a conduta surge para o mundo da função disciplinar, adquirindo possibilidade sancionatória. É necessário, pois, examinar a tipicidade no plano administrativo, apontando suas especificidades em relação ao conceito operativo existente no direito penal.

A elaboração doutrinária mais antiga destacava não vigorar a regra da fixação taxativa em relação às faltas disciplinares, cogente no campo criminal. Os textos legislativos contentar-se-iam com a indicação genérica das infrações, não sendo obrigatória a previsão legal da falta para que fosse exercido o poder disciplinar<sup>19</sup>. Não mais se admite, porém, à luz da nova Constituição, tal espécie de construção argumentativa. Considera-se a tipicidade das faltas administrativas como consequência do princípio da segurança jurídica, apresentando-se este como corolário do princípio da legalidade. A tipicidade seria “um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete”<sup>20</sup>.

A nota distintiva da tipicidade administrativa disciplinar, em confronto com sua congênere existente no campo do direito criminal, é a sua delimitação em termos mais amplos, com o recurso freqüente a conceitos jurídicos indeterminados<sup>21</sup>. Como prescreve a doutrina, as “condutas

<sup>19</sup> BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Ob. cit.*, p. 72.

<sup>20</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Ob. cit.*, p. 209.

<sup>21</sup> Sobre a noção de conceito jurídico indeterminado, compulsar ENTERRÍA, Eduardo García de. *Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ano 7, n. 25. Porto Alegre: O Tribunal, 1996, p. 27-50. Ainda sobre o tema, em perspectiva crítica, OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, especialmente o tópico sobre o controle dos termos indeterminados no Estado Democrático de Direito, p. 109-137.

consideradas infrações devem estar legalmente previstas; ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, não de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não enseje arbítrio e subjetividade”<sup>22</sup>. Também assim: “Ocorre, por evidente, que nas infrações disciplinares o Direito Administrativo possui uma *maior flexibilidade típica*, o erro é tratado com maior rigor (*pro societate*), os princípios sofrem algumas pequenas mudanças em seus conteúdos, todas reconduzíveis ao critério da maior elasticidade das normas punitivas”<sup>23</sup>.

O que sobressai, destarte, é a necessidade de tipificação administrativa para o sancionamento das faltas disciplinares, como decorrência da necessidade de segurança jurídica e como corolário do princípio da legalidade. Esta tipicidade administrativa, todavia, é temperada por uma construção típica mais aberta, parcialmente indeterminada, de forma a permitir a salvaguarda mais eficiente do bem jurídico protegido pela regra e, outrossim, a defesa do interesse público, cuja supremacia é axioma no direito administrativo<sup>24</sup>. Destaca-se, porém, que esta tipicidade mais aberta, indeterminada, não se confunde com o conceito de discricionariedade, como queria a doutrina de outrora, produzida em outro contexto histórico-político.

### 3.2. O elemento moral da falta disciplinar

O denominado elemento moral da infração administrativa-disciplinar congrega todos os aspectos referentes à *subjetividade internamente considerada* do agente público faltoso. Se tomados os conceitos e noções empregadas pela doutrina no âmbito do direito criminal, o referido elemento moral da falta administrativa disciplinar abarcaria o dolo<sup>25</sup>, os elementos

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. *Ob. cit.*, p. 132.

<sup>23</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Ob. cit.*, p. 222, grifou-se.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19-22.

<sup>25</sup> Reconhecendo-se aqui o dolo como ‘vontade realizadora do tipo’, desdobrado em um aspecto cognoscitivo e um aspecto volitivo. Neste diapasão, ver ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangelli, 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 480-505.

subjetivos especiais do tipo<sup>26</sup> e até a própria culpabilidade<sup>27</sup>. Cogitar-se-á eventualmente da incidência da culpa *stricto sensu* para a caracterização da responsabilidade administrativa disciplinar, mas apenas quando for logicamente decorrente da descrição típica<sup>28</sup>. Outrossim, ficam reunidas todas essas categorias jurídicas advindas do campo criminal sob a rubrica do mencionado *elemento moral* da infração administrativa-disciplinar<sup>29</sup>.

A doutrina tradicional sustentava que a falta disciplinar requeria que a transgressão tivesse sido praticada por quem estivesse no uso de uma vontade esclarecida e livre. A investigação sobre dolo ou culpa seria prescindível, pois, se o serviço público foi prejudicado por procedimento imputável a uma vontade esclarecida e livre, a falta disciplinar existiria, independentemente da intenção do agente<sup>30</sup>. Uma tal concepção é inaceitável nos dias de hoje. Os novos valores e princípios consubstanciados no texto constitucional, assim como a evolução científica do direito administrativo, impuseram a necessidade de atualização do elemento moral da falta disciplinar, incorporando ao conceito o conteúdo do princípio da culpabilidade<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Considerando-se tais elementos como indicativos do desvalor da conduta e co-determinantes do injusto da ação. Para o exame desses elementos subjetivos de caráter próprio, autonomamente situados ao lado do dolo do tipo, consultar WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976, p. 50.

<sup>27</sup> Compreendida como 'poder-de-outro-modo' concretamente apreensível no seio do processo histórico-causal. Neste sentido, ver TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 242-250.

<sup>28</sup> Assim, no âmbito da legislação disciplinar para os membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, veja-se o art. 115, inciso I, da Lei Estadual n.º 6.536/73, com a redação dada pela Lei Estadual n.º 11.735/02, que fala em '*negligência* no exercício da função' (grifou-se), descrevendo, pois, categoria classicamente ligada à noção de culpa em sentido estrito.

<sup>29</sup> Há, portanto, uma certa aproximação com a lição de Fábio Medina Osório, quando sustenta a adequação de situar-se a análise do dolo e da culpa na categoria geral da culpabilidade, tendo em vista que tal princípio, de ordem constitucional, fundamenta a idéia de responsabilidade subjetiva. Assim, OSÓRIO, Fábio Medina. *Ob. cit.*, p. 326-329, nota n. 24.

<sup>30</sup> CAETANO, Marcello. *Do poder disciplinar*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932, p. 56-57.

<sup>31</sup> Sobre o princípio da culpabilidade, consultar OSÓRIO, Fábio Medina. *Ob. cit.*, p. 312-338.

Destarte, para a caracterização da infração disciplinar, é necessário inquirir sobre a presença do dolo (ou da culpa, se for o caso<sup>32</sup>), dos elementos subjetivos especiais ínsitos a cada figura típica administrativa<sup>33</sup>, e, acima de tudo, acerca da culpabilidade do agente, transposta, no que for possível, da esfera penal para a área administrativa. O agir-de-outro-modo que é o cerne da noção de culpabilidade deve ser sempre aferido em face de uma *situação concreta*, repudiando quaisquer juízos generalizantes, noções apriorísticas ou entendimentos hipostasiados. A exigibilidade de outra conduta há de ser referida a um homem concretamente situado e socializado, “no sentido de que vive em um mundo e de que é, assim, aquilo que através da ação objetiva no mundo e que o mundo subjetiva nele”<sup>34</sup>.

### 3.3. O elemento formal da falta disciplinar

O elemento formal da transgressão disciplinar é, talvez, aquele que ofereça maior interesse prático, suscitando dúvidas variadas. Segundo a doutrina tradicional antes referida, o aspecto formal da infração administrativa-disciplinar consistiria na perturbação do serviço público a que se vincula o agente faltoso. Trata-se aqui, portanto, da verificação da *contrariedade às regras do ordenamento jurídico-administrativo* e da *agressão ao bem jurídico* que se encontra protegido pela tipicidade administrativa disciplinar. Assim, adentra-se agora no plano da *ilicitude* agregada à conduta do agente faltoso<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Destaque-se que, à semelhança do que ocorre no direito penal, a regra parece ser o dolo, sendo a culpa uma exceção. A modalidade culpôsa incidiria apenas quando defluisse logicamente da descrição típica. No âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul, por exemplo, o exame empírico, por mera amostragem, da praxe da Corregedoria-Geral do Ministério Público e dos Órgãos Colegiados da Instituição (instâncias decisórias na matéria disciplinar) indica a prevalência do dolo, em simetria com a lei penal. Contrariamente, no sentido de que não vigora o princípio da excepcionalidade do ilícito culposo, OSÓRIO, Fábio Medina. *Ob. cit.*, p. 333-334.

<sup>33</sup> No caso, os *animi* próprios de cada modalidade típica administrativa-disciplinar.

<sup>34</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

<sup>35</sup> Destaque-se, outrossim, que não se quer travar uma discussão profunda sobre a ‘localização sistemática’ da tipicidade, da ilicitude e dos demais elementos que integram a noção de falta disciplinar. Antes disso, a meta é proporcionar um modelo compreensivo que opere uma atualização das fontes doutrinárias à luz de vetores conceptuais mais contemporâneos, ensejando um guia relativamente seguro para a *praxis* em matéria disciplinar. Neste passo, é mister realçar a necessidade de um corpo doutrinário que escape à simples exegese da casuística das decisões proferidas.

Quando a doutrina fala em ‘perturbação da eficiência do serviço’, o que se está a apontar é o *desvalor* da conduta do agente público faltoso. Este desvalor, como antes salientado, sinala uma ofensa ao bem jurídico protegido pelo respectivo tipo administrativo-disciplinar<sup>36</sup>. Destarte, pode-se dizer que o direito administrativo disciplinar trabalha com um conceito de *ilicitude material*. Apenas quando caracterizada uma ofensa concreta ao bem jurídico é que estará presente o juízo de antijuridicidade necessário para o sancionamento disciplinar. Assim, o núcleo do elemento formal da falta disciplinar consiste na verificação da ilicitude material do comportamento do agente.

É evidente que, como no direito penal<sup>37</sup>, a ofensa ao bem jurídico pode consistir em uma *lesão* ou em uma submissão a *perigo*. É por isso que alguns estudiosos de antanho falavam em perturbação *concreta* ou *potencial* do serviço público. Houvesse afetação imediata ou possível da eficiência do serviço, ocorreria a incidência da falta administrativa-disciplinar. Na verdade, quando há referência à quebra presumida ou potencial da eficiência, a leitura mais atualizada e crítica acerca da matéria deve ser no sentido de que o bem jurídico não foi efetivamente lesionado – foi, porém, submetido a *perigo*, espécie do gênero ‘ofensa a bem jurídico’.

Ressalta-se, outrossim, que o perigo a que é submetido o bem jurídico deve ser sempre concreto, até porque modernamente não mais se admite a concepção de um perigo abstrato recaído sobre o bem jurídico<sup>38</sup>. Assim, como antes destacado, somente a avaliação das *condições reais de exercício funcional* do agente público, ou seja, a análise atenta das peculiaridades do desempenho profissional examinado, conseguirá aferir a concretude do risco que pairou sobre o bem jurídico tutelado na tipicidade disciplinar.

#### 4. Observações sobre procedimentos

O procedimento para apuração das faltas disciplinares apresenta-se atualmente bipartido, no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul,

<sup>36</sup> E os bens jurídicos tutelados pelo direito administrativo disciplinar podem ser agrupados nos conceitos de **ordem interna do serviço** e **prevalência da legalidade**. Os bens e interesses que constituem o *núcleo de proteção e garantia* das normas de direito administrativo podem ser sintetizados nas duas categorias acima referidas. A mesma conclusão é obtida analisando-se o sistema de valores instituído pela Constituição na fundação do Estado Democrático de Direito.

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE. Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 87-88.

<sup>38</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 125-131.

com a existência do inquérito administrativo e do processo administrativo-disciplinar. Estas formas correspondem *grasso modo* ao inquérito e à denúncia, isto é, a uma fase preliminar, de coleta das provas, e a uma fase de imputação formalizada das transgressões disciplinares previamente apuradas. Semelhante ao que ocorre na esfera processual penal, a Lei Estadual n. 6.536/73 não estabelece a necessidade de instaurar-se sempre a fase de investigação prévia, havendo a possibilidade de deflagração direta da fase de imputação formalizada. Tudo dependerá das provas advindas ao conhecimento da Corregedoria-Geral do Ministério Público.

No processo administrativo-disciplinar são asseguradas as garantias do devido processo legal<sup>39</sup> e da ampla defesa, por força de mandamento constitucional específico. A ampla defesa, por óbvio, deve ser exercitada em *forma e intensidade compatíveis* com a natureza do feito disciplinar<sup>40</sup>. A produção dos meios de prova deve guardar conexão clara com o núcleo da imputação, com o estreito espectro cognitivo do processo disciplinar e com os cânones de procedimento que o regem. Repelem-se, pois, postulações probatórias que não digam diretamente com o cerne da imputação ou que se apresentem desarrazoadas ante a estrutura do feito disciplinar<sup>41</sup>.

Assim, o que deve ser efetivamente garantido ao imputado é a possibilidade do contraditório substantivo. Assegurada a garantia da ampla defesa (e seu exercício em moldes compatíveis com o processo administrativo-disciplinar), e cumprida a regularidade formal do procedimento, estará completa a incidência da cláusula do *due process of law*. Essas garantias se completam com o princípio da presunção de inocência<sup>42</sup> (presente, aliás, em todas as

---

<sup>39</sup> Sobre a cláusula do *due process of law*, tanto em sua acepção processual quanto em sua dimensão substantiva, ver SANGUINÉ, Odone. *Devido processo legal e constituição. Fascículos de Ciências Penais*, n.º 9, ano 2, v. 2. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 131-140.

<sup>40</sup> É o que diz OSÓRIO, Fábio Medina. *Ob. cit.*, p. 397, quando diz que a amplitude de defesa não é uma só em processos penais, administrativos e de improbidade, sendo impossível uma generalização absoluta e radical. Segundo o autor, o que a Constituição Federal garante é a amplitude mínima de defesa, ou seja, um patamar mínimo de direito de defesa.

<sup>41</sup> Como, por exemplo, pedidos de perícias complexas, ou de oitiva de testemunhas abonatórias residentes em outra unidade da Federação. A forma e o prazo dos processos administrativo-disciplinares não se coadunam com a produção desses meios de prova.

<sup>42</sup> Sobre o princípio da presunção de inocência, FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*./Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157-158.

espécies e formas de processo administrativo), também assentado em sede constitucional. A convivência desse princípio com a regra da supremacia do interesse público não representa uma verdadeira antinomia lógica, podendo ser solvida por singelas operações de interpretação<sup>43</sup>. Lembra-se apenas que o uso freqüente de conceitos jurídicos indeterminados nos tipos administrativos proporciona uma margem hermenêutica ampla ao intérprete, assegurando-lhe uma larga liberdade de valoração da prova e de definição do juízo.

#### 4.1. Prazos procedimentais

Cumpra falar também sobre os prazos nos procedimentos disciplinares.

Dispõe o art. 131 da Lei Estadual n.º 6.536/73, com a redação modificada pela Lei Estadual n.º 11.735/2002, que o prazo para a conclusão do inquérito administrativo é de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período; e preceitua o art. 136 do mesmo diploma que o prazo para a conclusão do processo administrativo-disciplinar não poderá exceder 90 (noventa) dias, salvo motivo de força maior, contados da data da citação do acusado. A causa normativa para o protraimento dos prazos de conclusão dos expedientes disciplinares, portanto, será a força maior, tanto no processo administrativo-disciplinar, como também no inquérito administrativo, por força de interpretação extensiva.

É óbvio que os prazos em tela, referidos nas normas de procedimento, são apenas *vetores de razoabilidade*, ou seja, um lembrete do legislador no sentido de que os expedientes disciplinares não podem se eternizar. É claro que os quantitativos em tela não têm natureza absoluta, cedendo passo aos imperativos constitucionais atinentes às garantias do processo. Assim, no conceito operativo de força maior deverão amoldar-se todas as providências processuais relativas à implementação concreta dos princípios do *due process of law*, da ampla defesa e do contraditório. Eventuais atrasos processuais decorrentes da necessidade de produção de meios de prova, essenciais ao respeito dos aludidos princípios, não causam qualquer nulidade procedimental, por absoluta ausência de prejuízo.

---

<sup>43</sup> Da mesma forma, o princípio da presunção de inocência não afasta a cautelaridade essencial à autoridade administrativa na preservação do interesse público, podendo a administração antecipar medidas para garantir a supremacia do interesse público. A cautelaridade, aliás, é aceita na esfera penal, sem que isso ofenda o princípio antes aludido (Súmula n.º 9, STJ).

#### 4.2. A necessária revisão do inquisitorialismo

Um dos pontos sensíveis da formatação disciplinar no âmbito do Ministério Público, e que acaba por permear tanto os aspectos processuais quanto o ângulo do direito substantivo, é a forma inquisitorial que reveste os expedientes disciplinares. É voz assente na doutrina que a nova ordem constitucional estabeleceu um *sistema acusatório* na esfera processual penal, caminhando rumo à supressão dos resquícios inquisitoriais em nosso sistema penal<sup>44</sup>. Talvez seja o caso de caminhar-se também nessa senda no âmbito do poder disciplinar administrativo do Ministério Público do Rio Grande do Sul, atribuindo-se poderes instrutórios à instância responsável pela decisão dos expedientes disciplinares. Entretanto, a adoção de um sistema mais acusatório no âmbito disciplinar passa por uma discussão mais ampla dentro da classe. Acima de tudo, a solução necessita a superação de certos tabus, como o reconhecimento de que o sujeito passivo do processo administrativo-disciplinar é realmente um 'acusado'<sup>45</sup> e, como tal, tem direito constitucional à dialética procedimental própria do sistema acusatório.

A discussão é atual e tem reflexos candentes, pois a forma inquisitorial dos procedimentos disciplinares pode gerar situações-limite. Imagine-se a hipótese em que determinada documentação, encabeçada por uma representação, é encaminhada à Corregedoria-Geral do Ministério Público para fins disciplinares em relação à atuação de um Promotor de Justiça. A matéria é apreciada no âmbito da Corregedoria, sendo remetida ao Conselho Superior do Ministério Público com decisão de arquivamento. O Conselho Superior do Ministério Público, então, analisa o expediente e rejeita o arquivamento, determinando a instauração de processo administrativo-disciplinar. A Corregedoria está vinculada pela decisão, devendo instaurar necessariamente o processo. Ao final, o mesmo Conselho Superior do Ministério Público que determinou a abertura do processo irá julgar o expediente, condenando ou absolvendo. **O Órgão Colegiado que determinou o início do processo é o mesmo que irá ao final decidi-lo.** Parece incrível, mas pode acontecer, porque o sistema permite situações como

<sup>44</sup> Sobre o tema, ver CHOUKR, Fauzi Hassan. *A ordem constitucional e o processo penal*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n.º 8, ano 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 57-68. Também consultar PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

<sup>45</sup> É de se ressaltar que a própria Lei Estadual n.º 6.536/73, com a redação da Lei Estadual n.º 11.735/02, admite essa condição, ao referir-se, em seu art. 136, à citação do 'acusado'.

essa. A adoção de um modelo de índole acusatória, a ser construído em diálogo com a classe, resolveria esses impasses, evitando que o colega eventualmente processado disciplinarmente ficasse frente a um Conselho Superior do Ministério Público que hoje, em sua estrutura normativa, é misto de *acusador* (pois determina em que ocasiões deve ser deflagrado um processo administrativo-disciplinar, podendo até mesmo fazê-lo *ex officio*) e de *jugador* (pois é a instância judicativa, *i.e.*, o *juiz natural* dos feitos disciplinares, conforme a sistemática vigente)<sup>46</sup>.

## 5. Conclusões

Como dito ao início, a meta deste trabalho não foi jamais formular um quadro acabado das relações jurídicas administrativo-disciplinares. Antes disso, o que se buscou foi destacar certos aspectos práticos de configuração conceptual e aplicação prática do direito administrativo disciplinar, oferecendo modelos compreensivos que, embora parciais e limitados, respeitem a autonomia dogmática dos institutos de direito administrativo, preservando, todavia, sua complexa interação com as formas penais e processuais penais. Só com uma leitura atualizada do direito administrativo disciplinar à vista da evolução científica ocorrida nos quadrantes penais, processuais penais e administrativos nos últimos anos é que se poderá avançar na concreção da difícil dialética que se estabelece entre os direitos do acusado e a afirmação da supremacia do interesse público. Dessa forma, buscou-se, ainda que em poucas linhas, esquadriñar o conceito analítico de falta administrativa-disciplinar, propondo sua adequação ao *status* atual da dogmática jurídica e, acima de tudo, ao texto constitucional. Como bem acentuou Leonel Ohlweiler, o “operador do Direito Administrativo há de ser-em-um-Direito-Administrativo-constitucionalizado, melhor dizendo, há que ser desvelado o caráter de constituir as relações entre os administrados e a Administração Pública”<sup>47</sup>. Desvelar essa conexão fundamental entre a Carta Constitucional e o regime jurídico-administrativo que dela deve brotar (ou, se preexistente, a ela se adaptar) é a

<sup>46</sup> Para uma crítica bem fundamentada do inquisitorialismo no plano disciplinar, ver LEAL JÚNIOR, Candido Alfredo Silva. *Ampla defesa e adequada instrução probatória em processo disciplinar instaurado contra magistrado*. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul*, n. 1. Porto Alegre: AJUFERGS, 2003, especialmente as p. 83-84.

<sup>47</sup> OHLWEILER, Leonel. *Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, p. 158.

tarefa do jurista crítico, a quem compete abandonar toda ilusão fetichista a respeito da lei e dos conceitos jurídicos.

O *fetichismo da lei* decorre da impregnação metafísica do direito, vale dizer, da sua coisificação<sup>48</sup>. O direito passa ser tomado como entidade abstrata, realizada inteiramente na lei, como se houvesse um ‘direito-em-si’, totalmente instrumentalizável como técnica. Por isso, a *análise puramente técnica* dos conceitos jurídicos, como aqui se empreendeu em relação à falta disciplinar, por exemplo, reveste-se de uma especial dificuldade. É necessário, pois, abandonar toda pretensão ontologizante no uso da linguagem jurídica, velando para que a nova análise técnico-jurídica não esteja também pejada de conteúdo metafísico, objetificado ou fetichista. Na desconstrução técnica operada sobre o conceito analítico de falta administrativa-disciplinar, almejou-se, enfim, trazer esta noção para o universo jurídico inaugurado pela Carta de 1988, ‘filtrando-a’ hermenêuticamente com seus princípios e valores e atualizando-a em sua formulação dogmática.

O fundamental no tratamento dessa matéria, em suma, é a *releitura constante* que deve ser feita quando da aplicação concreta dos institutos ligados ao direito administrativo disciplinar, com uma *visão sempre crítica* quanto à interação existente entre a reflexão teórica e as conseqüências práticas da sua incidência. Contra a objetificação metafísica dos conceitos jurídicos e dos métodos de interpretação, impõe-se a busca de uma solução *justa* para o caso prático, explorando-se – conforme exigir a situação – todas as potencialidades do ordenamento jurídico. Somente assim se alcançará, em matéria administrativa-disciplinar, a concreção da dialética antes mencionada, que consiste, em outras palavras, na preservação do difícil equilíbrio entre os *direitos individuais do agente público* e os *interesses da coletividade*, expressos na garantia da ordem interna do serviço e na imprescindível prevalência da legalidade.

Propõe-se, assim, que o direito administrativo disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul seja objeto de *permanente debate*, lançando-se também o repto para que, além das contribuições sobre a necessidade de acusatoriedade do sistema disciplinar, advenham idéias sobre os demais aspectos teóricos e práticos do direito administrativo disciplinar. É chegada a hora de formar-se um *corpus* doutrinário criativo e atualizado, para fundamentar a *praxis* da Corregedoria-Geral do Ministério Público e,

---

<sup>48</sup> OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 60.

conseqüentemente, das instâncias decisórias em matéria disciplinar. Urge prosseguir além do exame da casuística, cujos movimentos e decisões ficam ao sabor das composições flutuantes dos Órgãos Colegiados da Casa, para assentar definitivamente, em bases tecnicamente rigorosas, a interpretação da função disciplinar no âmbito de nossa Instituição.

## Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- CAETANO, Marcello. *Do poder disciplinar*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Direito e processo disciplinar*. 2ª ed. Fundação Getúlio Vargas, 1966.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A ordem constitucional e o processo penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 8, ano 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CUNHA, Maurício José da. *O papel da Corregedoria dentro da Administração do Ministério Público dos Estados*. Revista Justitia, São Paulo, v. 82, jul./set. 1973.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Uma nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ano 7, n. 25. Porto Alegre: O Tribunal, 1996.
- FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*./Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GADAMER, Hans-Georg. *A verdade nas ciências do espírito (1953)*. In Verdade e método II: complementos e índice. [tradução de Ênio Paulo Giachini. revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback] Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica). Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

LEAL JÚNIOR, Candido Alfredo Silva. *Ampla defesa e adequada instrução probatória em processo disciplinar instaurado contra magistrado*. Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul, n. 1. Porto Alegre: AJUFERGS, 2003.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LUZ, Egberto Maia. *Direito administrativo disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

OHLWEILER, Leonel. *Administração pública e a materialização dos direitos fundamentais: contributo da fenomenologia hermenêutica*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PACKER, Herbert. *The limits of the criminal sanction*. Stanford, Calif., 1968.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRATES DA FONSECA, Tito. *Lições de direito administrativo*, 1943.

SANGUINÉ, Odone. *Devido processo legal e constituição*. Fascículos de Ciências Penais, n.º 9, ano 2, v. 2. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

SANTOS, André Leonardo Coppeti. *Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991.

WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*./Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangelli. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.