

DOCTRINA

O Poder Disciplinar e a Lei Penal Comum

C. A. LUCIO BITTENCOURT
Consultor Jurídico do D.A.S.P.

A Exposição de Motivos com que o D.A.S.P. se dirigiu ao Sr. Presidente da República, advogando o "uso" do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, para aplicação de penalidades ao pessoal extranumerário, sugere algumas considerações em torno do seu item 14, que assim se enuncia:

"Na esfera das relações entre o Estado e seus servidores, como na que concerne às relações normais entre empregador e empregado, a punição disciplinar independe de prévia lei ou prévio acordo. Não há confundir esse direito do Estado, "restrito à esfera administrativa interna" (GOODNOW) com o "direito de punir" que se exerce por meio da lei criminal e a cujo respeito vigora o brocardo "nullum crimen nulla poena sine lege". São campos distintos e inconfundíveis".

Estará certa essa tese?

II — A Administração Pública, quanto à sua organização-estrutura, é caracterizada pela disposição dos poderes de direção e controle em forma de pirâmide, o que, determinando a formação de vários níveis de competência, coordenados por uma autoridade central (1), estabelece a diferenciação entre superiores e subordinados e gera a "organização hierárquica" do serviço público.

Essa organização que dimana da própria divisão do trabalho, ou, melhor, da "divisão de competências dentro do serviço", surge da necessidade imperiosa de "ordem" e, por sua vez, dá causa a um "estado de prevalência" necessária de algumas pessoas sobre outras, no tocante a determinada atividade (2). Há, assim, ao longo da pirâmide hierárquica,

"desde a classe dos agentes a que só correspondem deveres de obediência até o detentor do poder de direção em toda sua plenitude", duas situações distintas a considerar: a das pessoas que se encontram no referido estado de prevalência — chefes; a das que estão subordinadas àquelas — subalternos ou inferiores. Em virtude desse duplo aspecto, aparecem, como termos de uma mesma equação, o "poder de dirigir" e a "obrigação de obedecer".

Sem esses dois termos não pode haver hierarquia, a qual, por sua vez, é condição "sine qua" para a existência de qualquer organização (3). Tanto vale dizer que não havendo o poder de dirigir e a obrigação de obedecer não pode existir organização, que é, nada mais, nada menos, do que a "forma" (4) de qualquer grupo humano, constituído para a consecução de um propósito comum. Em consequência, é lícito afirmar-se que não pode haver grupo humano — para fins públicos ou privados — onde não se encontrem aqueles dois elementos.

MARCELO CAETANO, estudando a situação dos superiores na escala hierárquica, enumera um conjunto de quatro poderes que formam a competência dos chefes: "poder de direção, poder de inspeção, poder de superintendência e poder disciplinar", este último assim conceituado:

"por ter de zelar o perfeito funcionamento do serviço é-lhe (ao superior) permitido aplicar sanções corretivas aos agentes que pelo seu procedimento embarcam ou de qualquer modo prejudiquem este, expulsan-

(1) CARL J. FRIEDRICH e J. COLE, Responsible Bureaucracy, Harvard University Press, 1932.

(2) GIOVANNI PACINOTTI, L'Impiego nelle Pubbliche Amministrazioni, Unione Tipografica — Editrice Torinese, Turim, 1907, pgs. 211-212.

(3) "Wherever we find an organization even of two people, related as superior and subordinate, we have the scalar principle. The chain constitutes the universal process of coordination (JAMES MOONEY and ALAN REILEY, The Principles of Organization, Harper Brothers, New York, 1939, pg. 15.

(4) Idem, pg. 1.

do-os até se for caso disso: e eis no que consiste o poder disciplinar" (5).

Quer se considere o poder disciplinar como autonomo em relação aos três primeiros, quer o consideremos implícito no próprio poder de dirigir — orientação esta que, a meu ver, é a mais acertada — o fato é que o indivíduo que ocupa uma das posições ou elos na cadeia hierárquica, está naturalmente sujeito ao referido poder. E, justamente por estar implícito na própria organização hierárquica, o ato de "adesão" em virtude do qual alguém ingressa no serviço legitima a aplicação daquele poder, que independe, assim, de qualquer declaração legislativa ou de qualquer acordo. Daí o acerto da afirmação de ALFRED LEGAL e JEAN BRETHER DE LA GRASSAYE, no sentido de que

"o exercício do direito disciplinar é inerente a toda sociedade organizada e independe de qualquer declaração legal".

III — Em consequência desse conceito decorre uma situação jurídica especial, por isso que a lei só intervém nesse campo "para delimitar ou restringir" o poder, que, na ausência de declaração que o condicione, é — para usar do termo de HART — "ilimitado" (6). A lei, em vez de ser a "fonte" do poder, constitui, ao contrário, uma "regulamentação restritiva" do seu exercício.

E' irrecusavel, por isso mesmo, a justeza do conceito emitido pela referida Exposição de Motivos ao afirmar que quando o Governo, para atender a um imperativo de justiça, resolve subordinar o exercício daquele poder a padrões legais predefinidos, não está, em absoluto, alargando a órbita de seu "imperium", mas, ao invés, está "autolimitando" a sua ação, restringindo, circunscrevendo, reduzindo e condicionando o seu "poder ilimitado".

IV — Apesar, porem, do fundamento lógico de quanto ficou dito, alguns autores tem sustentado a subordinação do poder disciplinar aos princípios do direito penal comum. Este, aliás, é o ponto de vista mais difundido entre nós (7), especialmente entre os juristas que se dedicam ao estudo do

direito comum — penal ou civil — e pretendem raciocinar em direito administrativo baseados nas mesmas normas fundamentais esquecidos de que ao passar "por el tamiz del criterio administrativo" tais normas adquirem nova cor e novo caráter (8).

ZANOBINI (9) salienta — e com razão — que somente os autores muito antigos, que viveram em época anterior à renovação do direito público (BERNER, SCHUTZE, ZORN, MITTERMAYER), é que admitem a confusão entre o "jus puniendi" e o poder disciplinar do Estado sobre os seus funcionários.

Os autores mais modernos, embora possam divergir no tocante ao fundamento mesmo do poder disciplinar (10), não admitem a possibilidade da confusão apontada (11).

E' mister, porem, salientar que não são apenas os estudiosos do direito administrativo que proclamam a diferença entre as duas situações jurídicas. A mesma distinção — feita, aliás, com muita felicidade — vamos encontrar na obra do grande penalista italiano VICENZO MANZINI. Este autor, depois de demonstrar a existência de "uma

ministrativo e Ciência da Administração, Metropole Editora, Rio, 1938, Tomo I, pg. 227; TEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, I. de Direito Adm., Vol. II, F. Bastos Editora, 1938, pg. 35; JOSÉ MATTOS DE VASCONCELLOS, Direito Administrativo, Imprensa Nacional, Rio, 1937, vol. II, pg. 477 — Veja-se, também, ODILON C. ANDRADE, Função Pública, Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1928, pg. 90, para quem a diferença é, apenas, de grau e extensão).

(8) DIOGO TOBON ARBELÁEZ, Principios Fundamentales del Derecho Administrativo, Medellín, Colombia, 1940.

(9) — GUIDO ZANOBINI, Le Sanzioni Amministrative, Guiffré, Milão, pg. 111.

(10) Para alguns, o direito disciplinar repousa sobre o interesse do serviço e a necessidade de aperfeiçoamento progressivo (OTTO MAYER, Le Droit Administratif Allemand, Paris, 1906, Tomo IV, pg. 78; W. F. WILLOUGHBY, Principles of Public Administration, Washington, 1929, pg. 320; MAXCELO CAETANO, op. cit., pg. 25; GASTON JÈZE, Les Principes Generaux du Droit Administratif, 3.^a Ed., Tomo III, Le Fonctionnement des Services Publics, 1926, pg. 88; VON LISZT, Traité de Droit Pénal Allemand, trad. francesa de Lobstein, tomo I, 1911, pg. 368) — Para outros assenta sobre "um contrato de direito público" semelhante à *commendatio* feudal (LABAND, Le Droit Public de L'Empire Allemand, tradução francesa de Grandilhon e Lacuire, 1901, Tomo II, pg. 183) — Para outros, ainda, assenta não no *imperium estatal*, mas na sujeição voluntária do transgressor (JELLINECK, Sistema dei Diritti Pubblici Subbietlin, trad. italiana de Vitagliano, 1912, pg. 233; BERTHÉLEMY, Traité Elementaire de Droit Administratif, 10.^a Edição, 1923, pg. 68) — Outra corrente sustenta, ainda, que o poder disciplinar provem de uma relação, constante ou periodica, permanente ou transitória, hierarquica ou não, de *subordinação particular* (MANZINI, Trattato di Diritto Penale Italiano, Turim, 1920, Vol. I, pg. 79; SANTI ROMANO, y Poteri Disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni, in Guir. Italiana, L. IV, 1898, pg. 241; D'ALESSIO, Diritto Amministrativo, vol. I, pg. 448).

(11) Vejam-se, alem dos citados na nota anterior e na nota (7), MODESTINO PETROZZIELLO, Il Rapporto di Publico Impiego, Milão, 1935; e MARCEL WALINE, Manuel E'lementaire de Droit Administratif, Paris, 1939, pg. 386).

(5) MARCELO CAETANO, Do Poder Disciplinar, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932, pg. 4.

(6) JAMES HART, An Introduction to Administrative Law, F.S. Crofts Co., New York, 1940, pg. 43.

(7) Esclareça-se, todavia, que é o ponto de vista difundido entre os cultores do direito privado, pois, os especialistas em direito administrativo não merecem a mesma censura, sustentando, ao invés, a necessidade de se distinguir acuradamente a responsabilidade disciplinar da civil e da penal. (Cnf. J. GUIMARÃES MENEGALE, Direito Ad-

potestá disciplinare” na Igreja, na família e nas sociedades em geral, que “non puó evidentemente essere posta in relazione generale col diritto penale”, põe de manifesto a semelhança entre esta situação e o poder disciplinar do Estado, para concluir pela existência de uma perfeita distinção entre ele e o direito penal comum: este último concernente à sujeição dos cidadãos em geral às exigências da ordem jurídica; aquele restrito ao estado de “sujeição particular” em que se encontra o funcionário perante o Estado:

“L’obbligazione di soggezione particolare, di cui il contratto di servizio nei pubblici impieghi é soltanto una specie, dà origine ad una potestá giuridica peculiare, che viene esercitata sull’obbligato in nome dello Stato o di un altro corpo d’amministrazione pubblica, allo scopo di mantenerlo e di dirigerlo nell’osservanza esatta dei doveri inerenti al suo stato od ufficio.

Si stabilisce cosí tra l’obbligato, e l’autoritá o chi la rappresenta, un rapporto di “soggezione particolare” (oltre quello di soggezione generale di fronte allo Stato, comune a tutti coloro che si trovano nel territorio nazionale), per il quale viene determinata in modo obbligatorio, in tutto o in parte... la condotta del subordinato” (12)

Falta, em consequência, às sanções impostas pelas autoridades administrativas o mesmo carater que se atribue às penalidades capituladas no Código Penal, razão que levou OTTO MAYER a sustentar que aquelas sanções constituem simples penas medicinais — “poenae medicinales” — no sentido do direito canônico (13):

“Elles ont leur entiere raison d’être dans le but qu’elles poursuivent, “dans l’amélioration du service. Cette amélioration, on pourra tâcher de l’obtenir dans la personne même du delinquent. Est-elle impossible, il ne reste, comme moyen suprême, qu’a eliminé du service le membre gangrené, pour que tout au moin le service — la chose importante avant tout — soit purifié et amélioré: “quod medicamenta non sanant, ferrum sanat”.

V — Outro argumento em favor da distinção entre o direito disciplinar e o direito penal é o que dimana do fato de quase não sofrer contestação a aplicabilidade simultânea, a um mesmo indivíduo e por um mesmo fato, da sanção disciplinar e da sanção criminal, o que deveria constituir, se aqueles dois direitos se confundissem ou tivessem o mesmo fundamento, violação do princípio tradicional do “non bis in idem”.

Essa regra, porem, não é violada quando se acumulam as duas penalidades, porque — como salienta MARCEL WALINE, — “elle ne joue qu’a l’interieure du droit penal et n’empêche pas que deux instructions puissent étre ouvertes à propos dans même fait, l’une penale, l’autre administratif, instructions dont les resultats pervent étre differents” (14). E’ esse tambem o sentir de OTTO MAYER (15) que acrescenta a este um outro argumento, qual o da inexistência de “bis in idem” quando o criminoso é, no juízo cível, condenado à reparação do dano material que houver causado. No mesmo sentido manifestam-se LABAND (16) e SANTI ROMANO (17).

Muito preciso é, tambem, MARCELO CAETANO:

“O princípio “non bis in idem” não é violado porque as duas repressões diferem, e não só na forma (pois restaria justificar com razões mais fortes do que a preguiçosa tradição burocrática a divergência de processos de exercício do mesmo poder) mas no fundamento: uma visa defender os interesses essenciaes da vida social, as condições de coexistência no agregado político, agindo sobre a pessoa do delinquente para reparação da justiça violada e exemplo salutar a possiveis perturbadores; a outra só pretende conservar, melhor e aperfeiçoar o serviço, fazê-lo corresponder ao seu fim especial” (18).

O Supremo Tribunal Administrativo de Portugal é tambem de clareza meridiana, ao declarar que:

“a pena disciplinar diverge essencialmente da pena criminal, podendo ambas acumular-se na mesma falta sem violação do prin-

(12) VICENZO MANZINI, Trattato di Diritto Penale, Unione Tipografico, Turim, 1920, Vol. I, pg. 77.

(13) OTTO MAYER, Le Droit Administratif Allemand, Paris, 1906, Tomo IV, pg. 78.

(14) MARCEL WALINE, — op. cit.

(15) OTTO MAYER, — op. cit.

(16) LABAND, op. cit.

(17) SANTI ROMANO, op. cit.

(18) MARCELO CAETANO, op. cit., pg. 43.