

# O PREENCHIMENTO DOS CONCEITOS INDETERMINADOS NOS TIPOS DISCIPLINARES: CONSIDERAÇÕES SOBRE UNIFORMIZAÇÃO, REGIME DE SUJEIÇÃO ESPECIAL E DISCRICIONARIEDADE

Tércio Aragão Brilhante\*

## RESUMO

Os tipos administrativos disciplinares, por vezes, são vazados em termos legais sem alto grau de densificação. Essa técnica legislativa é conhecida como conceitos administrativos indeterminados (de forma mais geral) ou tipos abertos (de forma mais específica). Este trabalho visa analisar, após apresentar o estado atual em que se encontra a atuação prática da matéria disciplinar no âmbito da administração pública federal, como se dá o preenchimento desses tipos na aplicação das penalidades disciplinares, enfocando os temas da uniformização de entendimentos, da existência ou não de discricionariedade nessa tomada de decisão e da eventual influência da idéia de regime especial de sujeição.

**Palavras-chave:** Conceitos indeterminados. Penalidades disciplinares. Discricionariedade.

## 1 INTRODUÇÃO

Está em curso, no Brasil, uma significativa mudança na persecução e punição de servidores públicos federais que tenham cometido faltas administrativas previstas no regime disciplinar da Lei n.º 8.112/90. Conforme relatório de acompanhamento das punições expulsivas, produzido pela Corregedoria-Geral da União, de janeiro de 2003 a dezembro de 2010, foram punidos com demissão 2.544 servidores<sup>1</sup>.

Ainda de acordo com os dados oficiais, se somarmos o número de demissões aos números referentes às outras duas espécies de penalidade máxima ou expulsiva prevista na Lei n.º 8.112/90<sup>2</sup> – cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão –, o número de punições passa para 2.969. Dessarte, em relação ao período de oito anos compreendidos entre janeiro de 2003 e dezembro de 2010, os números de penalidades expulsivas aplicadas a servidores públicos federais atingem a média de 30.92 punições por mês. Ou seja: pouco mais de uma pessoa punida por dia.

\* Mestre em Direito Constitucional (UNIFOR). Professor de Hermenêutica e aplicação do Direito da Faculdade Christus. Procurador Federal.

Os ilícitos administrativos mais comuns, dentre aqueles que ensejaram a aplicação de penalidade máxima são: I) valer-se do cargo para lograr proveito próprio ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei n.º 8.112/90), com 1.579 punições; e II) improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n.º 8.112/90), com 933 punições. Valimento do cargo e improbidade, enfim, são os ilícitos administrativos mais comuns, correspondendo a 53.26% do total de punições.

Esse contexto fático surpreendente - um servidor público ou aposentado expulso dos quadros ou do regime especial de previdência por dia - justifica a relevância dos estudos direcionados à análise dos fenômenos jurídicos envolvidos. Neste trabalho, se escolheu enfocar a questão da tipicidade aberta e seu preenchimento. Não são todos os tipos disciplinares enumerados pela Lei n.º 8.112/90 que se encontram vertidos em fórmulas conceituais abertas. Todavia, essa é uma característica recorrente nessa espécie de punição. Os dados oficiais, acima mencionados, demonstram que são improbidade administrativa e valimento do cargo os tipos ensejadores do maior número de punições expulsivas. Esses dois tipos são exemplos escolares de conceitos indeterminados no âmbito do direito administrativo.

A questão da abertura dos tipos será trabalhada levando em consideração seu preenchimento ao tempo da aplicação, tendo por motes principais a busca pela necessária uniformização, já por meio da atuação administrativa; a presença ou a ausência de discricionariedade e o tema do regime de sujeição especial.

## 2 CONCEITOS INDETERMINADOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Os conceitos indeterminados devem ser preenchidos ao tempo da atuação administrativa por meio de interpretação, e não por meio da aferição de componentes como oportunidade e conveniência. E, se é de interpretação que se está a tratar, fica claro que o processo decisório pode desaguar em mais de uma solução, notadamente se o ferramental normativo vier veiculado por ambigüidades e vagezas.

Interpretação não se confunde com discricionariedade, ao menos se o termo estiver a ser utilizado nos parâmetros aqui propostos. O preenchimento dos conceitos indeterminados pode encerrar discricionariedade, escolha. Mas, essa escolha será informada, conduzida e, posteriormente, analisada sob os aspectos interpretativos e pelos elementos do caso concreto, e não sob aspectos de conveniência e oportunidade.

Destarte, se aproxima deveras daquilo que escreveu García de Enterría,<sup>3</sup> para quem o processo de aplicação dos conceitos indeterminados é um processo regrado, informado por questões e estimativas de ordem jurídica, não afeto a qualquer decisão discricionária.

### 3 CONCEITOS INDETERMINADOS, TIPICIDADE ABERTA E A NECESSÁRIA E BENFAZEJA UNIFORMIZAÇÃO

Os tipos disciplinares abertos são veiculados por conceitos indeterminados. Existem, pelo menos duas decisões judiciais que, expressamente, adotam referido posicionamento. Cuidam-se do acórdão proferido, pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n.º 24.699, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJU de 01/07/2006 e do acórdão proferido, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n.º 12.689, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/03/2008.

Este segundo aresto merece menção especial, nomeadamente pelas considerações que teceu sobre a impossibilidade de a Administração Pública possuir uma orientação interpretativa prévia sobre temas que envolvam conceitos indeterminados. Eis a ementa do julgado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. TIPIFICAÇÃO: PREVALECIMENTO ABUSIVO DA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO.

I- A infração disciplinar consistente em o servidor público 'prevaler-se, abusivamente, da condição de funcionário policial' (43 e inciso XLVIII da Lei nº 4.878/65) encerra um conceito jurídico indeterminado, o qual deve ser interpretado a partir dos elementos de cada caso concreto. Descabe, portanto, interpretação apriorística acerca do juízo de aplicação.

II- Na espécie, a caracterização da condição abusiva de funcionário público independia da obtenção de vantagem ilícita.

Embargos declaratórios acolhidos sem efeito infringente.

No caso, a interpretação apriorística afastada constava de parecer emitido pela Consultoria-Geral da República, órgão responsável pelo assessoramento jurídico do Presidente da República, antes da criação da Advocacia-Geral da União. Os pareceres desse órgão eram de seguimento obrigatório pelos órgãos da Administração Pública Federal, em casos de aprovação pelo Presidente, assim como hoje o são os pareceres da Advocacia-Geral da União.<sup>4</sup>

O posicionamento adotado pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se afigura o mais adequado. Até mesmo porque não encerra quaisquer considerações sobre a correção ou incorreção da orientação. Fundamentou-se, tão somente, no fato de que os conceitos indeterminados só podem ser entendidos em cada caso concreto. Esse argumento é incorreto por excesso. Decerto que as circunstâncias do caso concreto contribuem para a escolha da solução adequada ao tempo da decisão administrativa. Todavia, a existência de orientações veiculadoras de opiniões institucionalizadas sobre determinado preceito normativo não negam a análise dos elementos fáticos do caso concreto. Tais orientações prestam louvor à harmonia e à coerência

orgânica das decisões administrativas e visam à isonomia de tratamento e à segurança jurídica.

O argumento da decisão é contrário a toda e qualquer forma de uniformização, pois defende a impossibilidade de entendimento de dispositivos abertos sem o caso concreto. Tópico em demasia, o aresto acaba por olvidar outros componentes do fenômeno jurídico, propagando a hipostasia do caso concreto.

O julgado acaba sendo contrário às uniformizações provenientes de súmulas do próprio Superior Tribunal de Justiça ou sua jurisprudência consolidada; contra os efeitos vinculantes da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal e contra suas súmulas vinculantes. Especificamente, negou aplicação, à sorrelfa, já que não apresentou fundamentação para isso, dos dispositivos de direito legislado que asseguram força de lei aos pareceres expedidos pelos órgãos de assessoramento jurídico aprovados pelo Presidente da República.

Tomemos, por exemplo, o tipo de improbidade administrativa do art. 132, IV, da Lei n.º 8.112/90.<sup>5</sup> Improbidade administrativa é um conceito amplo, um conceito indeterminado, como classifica Eduardo Garcia de Enterría.<sup>6</sup>

Em 1992, com a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), passou-se a ter uma maior densificação do conceito de improbidade, pois o intérprete/aplicador poderia se socorrer das hipóteses enumeradas na Lei n.º 8.429/92 para motivar a caracterização da falta administrativa.<sup>7</sup>

Para densificar ainda mais o conceito de improbidade a ser utilizado em eventual enquadramento disciplinar, a Advocacia-Geral da União lançou os Pareceres/AGU GQ – 200 e GM – 17, que estabelecem os requisitos de dolo do agente e grau de lesividade para o enquadramento de fatos como cometimento de improbidade administrativa.<sup>8</sup> Entende-se estarem corretos esses opinativos, tanto no que toca à quantificação do dano quanto no que toca à demanda pela presença do dolo.

Quanto a esse elemento volitivo, entende-se ser ele indissociável à caracterização, na seara disciplinar, do enquadramento de alguma conduta na figura delitiva da improbidade administrativa. No regime jurídico disciplinar do servidor público federal, apenas existe uma falta, passível de demissão, que demanda o elemento volitivo culpa. É a desídia, prevista no artigo 117, XV, da Lei n.º 8.112/90. Todas as demais faltas, passíveis de demissão, só se caracterizam como tal se restar identificado o dolo do agente. Admite-se, nesse ponto, a diversidade da seara da persecução administrativa para a seara da persecução judicial do ato de improbidade e isso por conta de expressa disposição legal (Lei n.º 8.429/92), que menciona a existência de atos de improbidade culposos.

Todo esse processo de preenchimento prévio do conceito, que pode e dever servir de norte para a atuação do servidor e das autoridades persecutórias ou punitivas, não seria de qualquer valor, segundo o entendimento veiculado no

aresto do Mandado de Segurança n.º 24.699, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJU de 01/07/2006 e do acórdão proferido, pelo Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança n.º 12.689, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/03/2008.

#### 4 REGIME DISCIPLINAR E TIPCIDADE ABERTA: CONSIDERAÇÕES SOBRE O REGIME DE SUJEIÇÃO ESPECIAL

Cino Vitta expressamente faz a vinculação entre a responsabilidade disciplinar e a especial sujeição dos servidores públicos: “A responsabilidade disciplinar se aplica a todos que se encontrem em um estado de subordinação especial em virtude de uma particular relação jurídica”.<sup>9</sup> É por essa linha de raciocínio que, no parágrafo seguinte de seu texto, Cino Vitta conclui pela desnecessidade de qualquer regulamentação, seja por lei, seja por regulamento, para a estatuição de tipos disciplinares:<sup>10</sup>

É princípio reconhecido que o fato que pode dar ensanchas à sanção disciplinar, diferentemente daquilo que é estabelecido para as sanções penais, não demanda necessária previsão por fontes de direito, apesar de agora isto estar a ser muito freqüentemente definido em leis e regulamentos; basta, em suma, a transgressão de qualquer das obrigações derivadas da relação para justificar a sanção de que estamos tratando.

O autor italiano, portanto, prega que a transgressão a deveres da relação especial de sujeição é suficiente para a responsabilização disciplinar, sendo desnecessária a previsão de tipos disciplinares em qualquer ‘fonte de Direito’. Francesco D’Alessio, compatriota e contemporâneo de Cino Vitta, comunga das mesmas ideias e da conclusão. Para D’Alessio, a sanção deve estar atrelada a qualquer descumprimento dos deveres funcionais:<sup>11</sup>

Diferentemente daquilo que tratamos sobre a responsabilidade penal, aqui não ocorre um estabelecimento, pela lei, de uma precisa enumeração das faltas, que podem dar ensanchas à responsabilidade disciplinar. A sanção disciplinar corresponde a qualquer violação de um dever de ofício, e como não é possível fazer uma enumeração de todos os deveres de ofício, da mesma maneira não é concebível um código de faltas disciplinares.

Como se percebe, não só juridicamente necessário, mas impossível é, na opinião de D’Alessio, a estatuição legal dos tipos disciplinares, pela impossibilidade de enumeração de todos os deveres funcionais. Mais à frente em sua obra, D’Alessio lança mão de outro argumento utilizado por Vitta: o *Leitmotiv* da desnecessidade de regulação da responsabilidade disciplinar seria o regime de especial sujeição a que se submetem os servidores públicos. O direito de exercer supremacia sobre os que ingressaram nos quadros do Estado seria um direito subjetivo público, e decorreria do estado de sujeição

especial próprio desse ingresso:<sup>12</sup>

[...] um direito subjetivo público do Estado e das demais entidades públicas, um direito de supremacia especial que o Estado e as demais entidades públicas exercitam sobre quem se coloca em um *status specialis subiectionis*, por terem assumido um emprego público.

Esses fundamentos sempre serviram de justificativa à desregulamentação ou à abertura dos tipos na esfera da responsabilização disciplinar dos servidores públicos, bem, como em qualquer esfera na qual se identificava uma ‘relação de especial sujeição’. Mas, em 1972, a Corte Constitucional alemã pontificou a ruína jurídica da teoria das relações de sujeição especial:<sup>13</sup>

[...] muitas vezes, até há pouco tempo, sob indicação da figura jurídica da relação especial de sujeição, foi defendido o ponto de vista de que os direitos fundamentais dos detentos já seriam limitados de um modo geral pela relação jurídica da execução penal. Tratar-se-ia de limitações implícitas que não precisariam ser expressamente estabelecidas em uma lei formal. Contra a concepção tradicional, a opinião [hodierna] – segundo a qual a Grundgesetz, enquanto uma ordem axiológica objetiva com abrangente proteção dos direitos fundamentais, em face de cuja realização todo o poder público estaria obrigado, não permitindo uma proteção *ipso iure* limitada dos direitos fundamentais para determinados grupos de pessoas – pôde impor-se somente em forma paulatina.

Mesmo fulcrado em tão lúcidas considerações, Luís Cabral de Moncada não dá o passo adiante, que se entende como o mais correto a fazer, pois professa que:

[...] A densidade requerida no domínio do direito disciplinar não se compara à que se torna indispensável no domínio do direito penal, em que as exigências de densidade são máximas, mas ainda assim há-de ser alguma, sendo certo que o princípio da legalidade não impõe aqui que a lei esgote completamente a descrição do ilícito e da sanção, podendo estes elementos constitutivos do tipo ser ulteriormente concretizados por regulamento

Neste ponto, calha trazer a lume que o regime disciplinar legislado português adota fórmula ampla para definir infração. Assim, o Decreto-Lei n.º 24, de 16 de janeiro de 1984, por seu artigo 3º, 1, define infração disciplinar como “[...] o facto, ainda que meramente culposo, praticado pelo funcionário ou agente, com violação de algum dos deveres gerais ou especiais decorrentes da função que exerce”.

Os deveres gerais são apresentados no item 4 do mesmo artigo 3º, do Decreto-Lei n.º 24/84. Mas, apesar dessa opção pelas formulações amplas e vinculadas aos deveres funcionais, há a enumeração de alguns tipos específicos, devidamente relacionados com as penalidades. Mesmo nesses casos, não se trata de um fechamento pleno, pois o enunciado das normas sempre se utiliza

da fórmula “são infrações passíveis de tal penalidade, nomeadamente”. O termo “nomeadamente” abre a possibilidade de enquadramento amplo, e remete à fórmula geral de cumprimento dos deveres funcionais.

A Lei n.º 8.112/90, ainda que sem a densidade que entendemos ser a melhor condizente com o estágio do Estado de Direito do século XXI, estabeleceu diversos tipos disciplinares específicos, especialmente no que toca às penalidades atrativas de penalidade demissória, conforme enumeração de seu artigo 132. Afastou-se, portanto, a legislação brasileira da abertura ampla, amplíssima que caracteriza a tradição europeia, fortemente vinculada à ideia mesma de sujeição dos servidores a um regime especial, em que a desregulação e a discricionariedade nas decisões são a tônica.

É racional, razoável, e quase que instintivamente identificável, a erronia de uma teoria que enquadra, sob o mesmo regime, atores sociais tão diversos quanto estudantes, servidores públicos e presidiários. A sujeição não é especial, e sim legal.

Se não houve, por ato do Poder Legislativo, a reprovação normativa expressa de determinada conduta, é autorizado a deduzir que a sociedade não está a isso demandar. O silêncio do Legislativo, a ausência de tipificação, podem significar uma eloquência ímpar. Mais uma vez, entende-se que se deve se despir da visão normativista, muito negada, tão presente. Afinal, reconhecer a impossibilidade de regulação legal da totalidade dos ilícitos da vida funcional e se escorar no embotado conceito de relação de sujeição especial é ter a pretensão dessa totalidade, sem querer, para exercitá-la, pagar o preço do jogo democrático.

Claro que não se é cândido a ponto de se acreditar que a morte das ideias dos tipos abertos disciplinares e das relações de sujeição especial impliquem o pleno fechamento das descrições das faltas administrativas. Esse fechamento não ocorre sequer na esfera criminal, vide os elementos normativos do tipo. Não é essa a pretensão. Não se tem essa veleidade.

Todavia, como a ideia precede e orienta a ação, acreditamos que se partirmos da necessidade do fechamento e da obrigatoriedade da intervenção legislativa, alcançar-se-ão resultados outros (e melhores) do que aqueles resultados obtidos de uma atuação arraigada, ciente ou inconscientemente, na visão misoneísta, que se agrilha a noções de todo superadas e, até mesmo, desnecessárias.

## **5 EXISTE OU NÃO EXISTE DISCRICIONARIEDADE NA IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE DISCIPLINAR?**

Feitas todas essas considerações, é necessário, concluir se a sanção disciplinar é infligida por meio de discricionariedade ou por meio de vinculação. Na estreiteza deste trabalho e limitando-se aos fins propostos, se define discricionariedade como uma liberdade de atuação da Administração, a fim de possibilitar-lhe a escolha decisória em face da conjuntura do problema a ser solvido ou da medida a ser implementada.

Essa liberdade não é ampla, sendo legalmente estatuída e qualificada. Seu controle judicial é limitado, a fim de evitar mera justaposição de uma escolha da autoridade administrativa por uma escolha do julgador. Viu-se, também, que as diversas utilizações do termo discricionariedade acabam por gerar a ideia de uma discricionariedade forte, que seria a descrita acima, e a ideia de uma discricionariedade fraca, decorrente da interpretação de conceitos indeterminados, e que acabam por implicar a necessidade de escolhas entre possibilidades que o caso concreto atrairá.

Nessa segunda hipótese, a utilização do termo discricionariedade é inadequada. Não é apenas a existência de uma margem de liberdade decisória que identifica a discricionariedade. Essa margem de liberdade há de ser preenchida por processo de escolha em que as pautas de oportunidade e conveniência sejam a razão de ser da decisão. Mais correto, dessarte, para situações de liberdade decorrente da amplitude ou vagueza da lei ou do caso concreto, é se lançar mão de conceitos indeterminados. O controle para essa hipótese é bem mais amplo, até porque as situações do caso sob análise podem conduzir a apenas uma resposta, como também o processo de escolha é guiado por interpretação, e não por escolha livre.

Diferentemente do que pensa Eduardo García de Enterría, acredita-se que pode, sim, haver, em conceitos indeterminados, variedades de decisões a escolher. Nesses casos, há uma barreira ao controle judicial, que, mais uma vez, não deve confundir controle jurídico com substituição de escolhas.

Bem, siga-se o que foi proposto no título deste item, há ou não discricionariedade no sancionamento disciplinar? A autoridade administrativa pode ou não escolher a penalidade a ser imposta? A comissão processante pode ou não escolher o tipo no qual enquadrará a conduta sob apuração processual? Atuam, comissão e autoridade com discricionariedade nesse procedimento de escolha?

Os autores clássicos, estrangeiros e nacionais, entendem que o poder disciplinar da Administração Pública há de ser exercido de maneira discricionária. Essa é a opinião, por exemplo, de Marcelo Caetano;<sup>14</sup> dos já citados D'Alessio e Cino Vitta; de Themístocles Brandão Filho;<sup>15</sup>

Enrique Sayagués Laso acrescenta um argumento interessante à classificação do poder disciplinar como poder discricionário. Para o autor uruguaio, o poder disciplinar possui, sim, natureza discricionária. Todavia, entende que essa discricionariedade, ínsita à natureza mesma da disciplina dos servidores públicos, pode ser, e geralmente o é, restringida pela legislação:<sup>16</sup>

Sendo a potestade disciplinar uma faculdade discricionária, o hierarca determina livremente a forma como aplicará as sanções. Mas essa solução acaba por ser geralmente descartada, em maior ou menor grau, pela existência de textos constitucionais ou legais que impõem certos procedimentos para o exercício dos poderes

disciplinares. A discricionariedade administrativa se queda, assim, devidamente modificada e os funcionários obtêm alguma garantia de não serem sancionados arbitrariamente.

No direito legislado brasileiro, a discricionariedade no apenamento disciplinar dos servidores públicos não foi apenas restringida ou modificada. A discricionariedade foi extirpada.

Em verdade, se se considera ser discricionariedade a liberdade de escolha legalmente estatuída e pautada por juízos de oportunidades de conveniência, apenas em uma situação ela existe no regime disciplinar do servidor público, tal qual se encontra regulado pelos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90. Esta é a situação da conversão da penalidade suspensiva pela aplicação de multa, que se encontra prevista no artigo 130, § 2º, da lei de regência:

Art. 130. § 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

O enunciado do § 2º do artigo 130 da Lei n.º 8.112/90 traz expressamente o termo conveniência, a ser traduzido por escolha discricionária da autoridade administrativa, Como limite à discricionariedade, é atada à conveniência ao serviço, e não ao servidor apenado. Conjectura-se sobre casos como ser o servidor apenado o único técnico da repartição em determinada matéria ou, ainda, ser a repartição mal aquinhoad numericamente de servidores para o desempenho de sua messe institucional. Todavia, em ambos os casos, a escolha é discricionária.

Afora essa situação específica, não há qualquer juízo de oportunidade ou conveniência no regime disciplinar do servidor público federal.<sup>17</sup> A tipificação da conduta, o enquadramento dos fatos nas normas feito pela comissão processante é caracterizado pelo preenchimento de hipóteses normativas, em razão das provas colhidas no processo. Não há escolha, há interpretação dos fatos em face da lei.

A escolha existente é tão somente aquele elemento volitivo indissociável ao processo hermenêutico, que muito é afastado em situações de regulação mais cerrada e clara. Quão maior a abertura do tipo, maior será o preenchimento. Mas esse processo não se confunde com discricionariedade. É vinculado.

Nesse sentido, Odete Medauar<sup>18</sup> se mostra avessa à presença de discricionariedade no exercício do poder disciplinar. A professora paulista, em razão de o direito administrativo contemporâneo denotar uma circunscrição e um direcionamento da discricionariedade e a inviabilidade de se invocarem poderes livres, considera que “soaria estranho” associar o poder disciplinar com discricionariedade, até mesmo em razão desse poder disciplinar ser exercido sob paradigmas processuais, respeitadores das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Outrossim, como se viu acima, o Supremo Tribunal Federal já classificou expressamente os tipos disciplinares da Lei n.º 8.112/90 como conceitos indeterminados, exercitando sobre o tipo de improbidade e proceder de forma desidiosa um controle de qualificação jurídica dos fatos. Cuida-se do acórdão proferido no Mandado de Segurança n.º 24.699, Primeira Turma, Relator Ministro Eros Grau, DJU de 01/07/2006. Nesse julgado, ficou assentado no voto do Ministro Relator que apenas em caso de expressa determinação legal existe a discricionariedade administrativa. O que, decerto, não ocorre no regime disciplinar do servidor público, tirante o já mencionado caso de substituição da penalidade suspensiva por multa (art. 130, § 2º).

Também o Superior Tribunal de Justiça classificou expressamente os tipos disciplinares como conceitos jurídicos indeterminados, no acórdão proferido no EDcl no MS n.º 12.689, Terceira Seção, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 18/03/2008.

De outra sorte, crê-se que as lições doutrinárias e decisões judiciais que reconhecem a presença de discricionariedade no apenamento disciplinar, fazem eco à doutrina estrangeira de origem europeia, que não é adequada para a análise das situações ocorrentes sob o ordenamento jurídico brasileiro.

Enquanto na Europa, a tradição é de se remeter às sanções ao descumprimento dos deveres funcionais, implicando, com isso, uma ampla margem de atuação tanto na escolha das faltas quanto na escolha das penalidades, no Brasil, pelo menos desde 1939, e em relação à demissão, a perspectiva extraível do direito legislado é diversa. Isso porque desde o advento do Decreto-Lei n.º 1.713/1939, existe a enumeração de faltas administrativas específicas e suas penas correlatas, alçando-se à correlação entre a falta e a penalidade de demissão em forma assemelhada ao regime ora em vigor.<sup>19</sup>

O mesmo sistema de correlação de falta e penalidade foi adotado pela Lei n.º 1.711/1952<sup>20</sup> e, como se demonstrou acima, pela Lei n.º 8.112/90, ora em vigência. Por essas razões, outra não é a lição de José Cretella Júnior<sup>21</sup> senão a de considerar o ato punitivo da Administração Pública um “ato vinculado típico”, em que não existe mérito da administração, quando muito existem “vestígios de mérito”, uma vez que:

A Administração não pode decidir que o afastamento do funcionário é inoportuno ou inconveniente, nem que o agente faltoso deva ser mantido porque sua ausência acarretaria danos graves para o bom funcionamento do serviço público. [...] Justa ou injusta, oportuna ou inoportuna, boa ou má, útil ou inútil, a ação administrativa está pré-traçada, quer na demissão, quer na promoção [por antigüidade], porque antes, na esfera legislativa, já se esgotou integralmente o aspecto político ou optativo do ato.

Os tipos disciplinares considerados abertos devem ser classificados como

conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque encerram conceitos vagos ou imprecisos, mas que não são preenchidos ou solucionados por processos de escolha pautados por oportunidade e conveniência. São preenchidos por processos de interpretação e pelas circunstâncias do caso concreto.

## 6 CONCLUSÃO

Conceitos indeterminados são os signos pelos quais a lei é representada sem que se possa, aprioristicamente, definir seu significado. São caracterizados pela textura aberta, pela presença de ambigüidade ou vagueza. Não são peculiares ao direito administrativo, mas presentes em todos os ramos do Direito. Seu preenchimento se dá por processo interpretativo. Isso não impede, todavia, que sobre as questões legais vazadas dessa maneira sejam emitidos pareceres pelos órgãos de advocacia pública de Estado, a fim de uniformização da atuação administrativa, bem como visando ao asseguramento de uma maior segurança dos que se encontram no campo de incidência legal.

O regime disciplinar dos servidores públicos federais encerra a previsão de tipos disciplinares abertos, sendo assim entendidos aqueles que não descrevem detalhadamente a conduta delitiva. Todavia, a inexistência de tipos fechados e enumerados taxativamente, nos moldes do direito penal, não constitui cheque em branco para o arbítrio estatal na punição dos servidores públicos. Esses tipos disciplinares abertos são espécie de conceitos indeterminados. Por isso, não há discricionariedade na atuação punitiva disciplinar.

A vetusta idéia de regime de especial sujeição não pode servir de informadora da atividade disciplinar da Administração pública, seja para ampliar a abertura dos tipos administrativos, seja para inserir no processo decisório a atuação sob aspectos discricionários.

Se considerar ser discricionariedade a liberdade de escolha legalmente estatuída e pautada por juízos de oportunidades de conveniência, apenas em uma situação ela existe no regime disciplinar do servidor público, tal qual se encontra regulado pelos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90. Essa situação é a situação da conversão da penalidade suspensiva pela aplicação de multa, que se encontra prevista no artigo 130, § 2º, da lei de regência.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO FILHO, Themístocles. **Direito e processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, [s./d.].

BRASIL. **Controladoria-Geral da União**. Corregedoria-Geral da União. Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/AreaCorreicao/RelatoriosExpulsoes>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t.1.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

D’ALESSIO, Francesco. **Instituzioni di diritto amministrativo italiano**. Torino: Unione Tipografico, 1949.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos**. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime disciplinar do servidor público civil da União**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HAGE SOBRINHO, Jorge. **O Governo Lula e o combate à corrupção**. São Paulo: Perseu Abramo, 2010.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideo: [s.n.], 1963. v. 1.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VITTA, Cino. **Diritto Administrativo**. Torino: Unione Tipografico, 1949.

- 1 Cf. **Controladoria-Geral da União**. Corregedoria-Geral da União. Relatório das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/AreaCorreicao/RelatoriosExpulsoes>>. Acesso em: 6 dez. 2010. Os números de punições aplicadas no período anterior à Lei n.º 10.683/2003 não gozam da transparência desejável. Contudo, do sítio virtual da CGU é possível colher a informação de que, entre janeiro de 2001 e abril de 2002, foram punidos com demissão 227 servidores, quantidade que é inferior a média anual de demissões do período 2003/2010, mesmo contando com 15 meses, em vez de 12 meses. Cf. Controladoria-Geral da União. CGU disponibiliza banco de punições, Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Imprensa/Noticias/2002/noticia96.asp>> Acesso em: 5 mar. 2010.
- 2 O regime disciplinar do servidor público federal está previsto nos Títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90. São previstas as seguintes espécies de penalidades: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada (art. 127).
- 3 ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos**. 3. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 36-37.
- 4 Respectivamente: Decreto n.º 58.693/66 e Lei Complementar n.º 73/1993. Sobre a uniformização decorrente do seguimento obrigatório do pareceres, bem observou Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 193) que: “A necessidade de segurança, sentida com igual veemência no plano das decisões do Poder Executivo, ensejou o surgimento dos precedentes administrativos. A prática se propagou e se firmou com tanta rapidez que se passou logo a admitir a formação de uma jurisprudência administrativa como mais um imperativo decorrente da expansão do Estado contemporâneo.”

- 5 As principais causas de demissão de servidores públicos federais são o cometimento dos tipos de improbidade administrativa (art. 132, IV, da Lei n.º 8.112) e de valimento do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 132 c/c art. 117, IX, da Lei n.º 8.112/90). A improbidade constitui 32,31% das causas de demissão e o valimento constitui 18,46%. Cf. Relatório de acompanhamento de punições expulsivas.
- 6 ENTERRÍA, op. cit., p. 39.
- 7 A Lei n.º 8.429/92 não fecha por completo a noção de improbidade administrativa. Ao enumerar 32 atos de improbidade, distribuídos em três espécies, deixa anotado o caráter não taxativo desse rol, ao utilizar-se do termo 'notadamente' no caput dos artigos que contém a enumeração (arts. 9, 10 e 11).
- 8 Da ementa do Parecer/AGU n.º GQ - 200, de 19/08/1999, translata-se o seguinte: "Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta". Por sua vez, esta é a ementa do Parecer/AGU n.º GM - 17, de 8/11/2000: "À caracterização de falta disciplinar como ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios que regem o Serviço Público é imprescindível considerar a natureza da infração e sua gravidade".
- 9 No original: "*La responsabilità disciplinare si applica a tutti coloro che si trovano in uno stato di sudordinazione speciale verso l'a.p. in seguito a particolare rapporto giuridico*" (VITTA, Cino. **Direito administrativo**. Torino: Unione Tipografico, 1949. v. 1, p. 454).
- 10 No original: "*È principio riconosciuto che il fatto che può dar luogo a sanzione disciplinare, a differenza di ciò che è stabilito per le sanzioni penali, non ha d'uopo di esser previsto dalle fonti di diritto, benchè ormai molto di frequente esso sia definito in leggi e regolamenti; basta insomma qualsiasi transgressione ai doveri derivanti dal rapporto per giustificare la sanzione di cui ci occupiamo*". (VITTA, op. cit., p. 454).
- 11 No original: "*A differenza di quello che noi abbiamo rilevato per la responsabilità penale, qui non occorre che la legge stabilisca una precisa elencazione di mancanze, che possono dar luogo a responsabilità disciplinare. La sanzione disciplinare è correlativa a qualunque violazione dei doveri di ufficio; e, como non è possibile fare un elenco di tutti i doveri di ufficio, casi non è concepibile un código delle mancanze disciplinari*". (D'ALESSIO, 1949, p. 577).
- 12 No original: "[...] *un diritto subietivo dello Stato o degli altri enti pubblici, un diritto di supremazia speciale. Che dallo Stato degli altri enti si esercita su coloro che verso di essi si collocano in uno status specialis subiectionis, accettando ed assumendo un pubblico impiego.*"
- 13 BVERFGE 33,1. In: Martins (2005, p. 163).
- 14 CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t.1, p. 753.
- 15 BRANDÃO FILHO, Themístocles. **Direito e processo disciplinar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, [s./d.], p. 89.
- 16 No original: "*Siendo la potestad disciplinaria una facultad discrecional, el jerarca determina libremente la forma como aplicará las sanciones. Pero esta solución resulta generalmente descartada, en mayor o menor grado, por la existencia de textos constitucionales o legales que imponen ciertos procedimientos para el ejercicio de los poderes disciplinarios. La discrecionalidad administrativa queda así debidamente encauzada y los funcionarios obtienen alguna garantía de no ser sancionados arbitrariamente*" (LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideo: [s.n.], 1963. v. 1, p. 331).
- 17 No mesmo sentido, considerando que não existe discricionariedade na instauração do processo ou na aplicação da sanção disciplinar: GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime disciplinar do servidor público civil da União**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 97). Por sua vez, FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 990 entende que é vinculada o exercício do poder disciplinar; ressalvados, contudo, dois momentos em que é exercida a discricionariedade no regime disciplinar: a mencionada conversão de suspensão em multa e a gradação da penalidade mesma de suspensão.
- 18 Odete Medauar (2003, p. 131)
- 19 Artigos 238 e 239 do Decreto n.º 1.713/1939, que dispunha sobre a demissão no âmbito do Estatuto dos Servidores Cíveis da União. Este Decreto foi revogado pela Lei n.º 1.711/1952.
- 20 Artigo 207 da Lei n.º 1.711/52, que dispunha sobre a demissão no âmbito Estatuto dos Funcionários Cíveis da União. Esta Lei foi revogada pela Lei n.º 8.112/90.
- 21 CRETELLA JÚNIOR, José. **O "desvio de poder" na administração pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 78.

## COMPLETING UNDETERMINED NOTIONS IN DISCIPLINARY TYPES OF OFFENSES: THOUGHTS ON UNIFORMIZATION, SPECIAL DISCIPLINE SYSTEM AND DISCRETIONARITY

### ABSTRACT

Administrative disciplinary types of offenses are sometimes composed of legal terms outlined in general wording. Such legislative technique is known as undetermined administrative notions (in more general features) or open types of offenses (in more specific terms). This paper is aimed first at examining the present situation of the practical activity of government sectors occupied with disciplinary issues in public administration and, afterwards, at verifying how disciplinary types of offenses are determined as disciplinary penalties are executed. In order to do so, the author focus on the issues of the uniformization of judge opinions, of the existence of discretionarity in decision-making in this area and of the possible influence of the idea on the special discipline system.

**Keywords:** Undetermined notions. Disciplinary Penalty. Discretionarity.