

FUNCIONARIO PÚBLICO — PENA DISCIPLINAR — DISPONIBILIDADE

— *A disponibilidade pode ser estabelecida e decretada como pena disciplinar, conforme a lei ordinária, ainda que omissa a Constituição.*

— *As penas criminais não se confundem com as penas disciplinares.*

PARECER

I — O Cônsul João Batista da Silva Teles Soares de Pina, envolvido em vários incidentes policiais, em Nova Iorque, Moscou e São Paulo, submetido a processo administrativo, sofreu a pena de disponibilidade, decretada pelo Presidente da República, em 28 de agosto de 1952, na vigência, portanto, do antigo Estatuto dos Funcionários, de 28 de outubro de 1939.

Em 11 de setembro de 1953, pediu revisão do processo para o fim de ser reintegrado nas suas funções, procurando justificar-se, nos vários incidentes em que se viu envolvido, os quais, como se disse, serviram de base à aplicação da mencionada pena.

Foi constituída, no Ministério das Relações Exteriores, uma comissão para apreciar o pedido de revisão.

Após a punição do diplomata foi, em 1952, publicado o novo Estatuto dos Funcionários, Lei n.º 1.711, de 28 de outubro desse ano.

Discutiu-se, então, largamente, no processo, a constitucionalidade e a legalidade da subsistência dessa penalidade. O certo é que o Ministro Raul Fernandes, desprezando essa prejudicial e o parecer favorável ao peticionário proferido pela Comissão Revisora, indeferiu o pedido de revisão do diplomata, por despacho de 10 de janeiro de 1955.

Inconformado, o Cônsul Soares de Pina requereu ao egrégio Tribunal Federal de Recursos mandado de segurança contra a decisão ministerial, logrando deferimento em parte, apenas para que a decisão do processo fôsse proferida pela autoridade competente, no caso, o Pre-

sidente da República, a mesma que decretara a disponibilidade.

Em cumprimento ao julgado, o Ministro das Relações Exteriores submeteu o assunto à alta decisão do Chefe do Governo.

Após parecer do DASP, no sentido de ouvir-se esta Consultoria Geral, determina o Excelentíssimo Senhor Presidente da República o nosso pronunciamento, no caso.

II — Conforme ficou assinalado, o pedido de revisão foi examinado por uma Comissão formada, no Itamarati, a qual emitiu parecer favorável ao peticionário, parecer, contudo, desprezado pelo então Ministro das Relações Exteriores.

A Consultoria Geral da República é convocada a manifestar-se, no processo, a propósito sobretudo de duas questões jurídicas:

1.^a A Constituição de 1937 admitia, em preceito expresso, a pena de disponibilidade (art. 157). A Constituição de 1946, não reproduzindo o preceito, daí decorreria a impossibilidade de imposição da pena?

2.^a O Estatuto dos Funcionários de 1939 prescrevia a pena de disponibilidade. Em face do novo Estatuto dos Funcionários, que a omitiu, subsiste a pena imposta ao servidor público na vigência do Estatuto de 1939?

Quanto à primeira questão, estou de acordo com o Parecer n.º 206-R, proferido pelo ex-Consultor Geral da República, Professor Haroldo Teixeira Valadão, no sentido de que a questão não é de ordem constitucional, é de ordem legal e, destarte, não obstante a omissão

da penalidade na Carta Política vigente, mas, consignada em lei ordinária, a saber, no Decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939 (Estatuto dos Funcionários), a consequência é a sua subsistência, a subsistência da pena, por preceito de ordem legal.

Essa conclusão não é pacífica. Em sentido oposto, se manifestaram Carlos Meideiros Silva (*Diário Oficial* de 14-7-49, pág. 10.087) e Alcides de Mendonça Lima, (*Revista de Direito Administrativo*, pág. 391, vol. 19).

O saudoso jurista Alaim de Almeida Carneiro, comentando acórdão do Tribunal da Paraíba, ao concluir pela subsistência da pena, mostra que, mesmo antes da Constituição de 1937, a legislação ordinária a contemplava, sem eivas de inconstitucionalidade, como medida disciplinar, aplicável, principalmente, a agentes diplomáticos (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 55). Assim sendo, a matéria era mesmo de ordem legal, como, de resto, concluiu o DASP, mudando sua opinião, a respeito (*Revista* citada, vol. citado, página 290).

A segunda questão concerne à vigência da pena, em face de sua omissão no novo Estatuto dos Funcionários, Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, a saber, se, em face de tal omissão prevalece a pena, quando decretada antes de publicada essa última Lei.

O peticionário, por seu eminente advogado, equipara a pena criminal à pena disciplinar e invoca, em seu prol, o artigo 141, § 29, da Constituição, segundo o qual a lei penal retroagirá para beneficiar o réu. Eis o princípio invocado: "A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá para beneficiar o réu" (art. 141, § 29).

Ao fundamentar o seu petitório, o requerente, por seu ilustre patrono, analisando a natureza jurídica da pena disciplinar, apoiado em doutrinadores e magistrados, entre os quais o eminente Ministro Nelson Hungria, sustenta a tese de que a diferença entre as penas cri-

minais e as disciplinares é apenas de grau.

Neste particular, desassiste razão ao postulante. A diferença é fundamental, é de fundamento, é de modo de aplicação, de objeto, de processo.

Como assinala Florian, no seu *Trattato di Diritto Penale*, há, a propósito, *diferenzia per lo scopo* (*Parte Generale*, 4.ª ed., vol. I, 1934, pág. 13). Na verdade, atendendo ao escopo, as penas criminais são estabelecidas para garantia da convivência humana, enquanto que as penalidades disciplinares visam à eficiência dos serviços administrativos.

É o mesmo que se lê em Arnaldo de Vales: *Si è molto discusso se queste sanzioni disciplinari abbiano natura analoga alle sanzioni penali: è da ritenere che mentre queste ultime sono stabilite a garanzia della convivenza umana, e quindi del rispetto di norme di carattere generale, le sanzioni disciplinari non possono aver luogo che a garanzia di una speciale obbligazione di diritto pubblico (impiegati, studenti, militari, ecc.)* (*Elementi di Diritto Amministrativo*, 2.ª ed., pág. 131).

Da natureza diversa das duas penas decorrem consequências práticas relevantes, assinaladas pelos modernos autores de direito administrativo: as penas criminais são estabelecidas em leis, jamais em regulamentos e, ao contrário das disciplinares, o são de modo preciso, em texto de interpretação restrita.

As penas criminais são fixadas por juízes togados, em processo penal, enquanto que as disciplinares o são por autoridades administrativas, em processos administrativos.

Para aplicação da pena disciplinar, não é necessário esteja a mesma expressamente prevista na lei, não se sujeitando à idéia da prévia tipicidade, como discursa Manzini citado por Lúcio Bittencourt:

"Nel diritto penale, infatti, i reati sono tassativamente indicate e definiti. Per il diritto disciplinare, invece, ogni mancanza ai doveri di servizio, o quelli della convivenza interna, della subordi-

nazione, del decoro personale, può essere considerata torto disciplinare, sin o non preveduta da norma giuridiche o da atti amministrativi” (Trat. di Dir. Penale, 1920, vol. I, pág. 80).

É o que sustentam Duez et Debeyre, expressando a *communis opinio* dos tratadistas franceses: “*Détermination de la faute disciplinaire. On note ici une différence capitale avec le délit penal: ce dernier est à contours précis, arrêtés par un texte législatif qui s’interprète restrictivement. En matière disciplinaire, cette précision n’existe pas et elle n’existe pas à dessein: on veut une large souplesse pour pouvoir atteindre par la repression disciplinaire tous les manquements aux devoirs et obligations du fonctionnaire, quels qu’ils soient, même les faits accomplis hors du service, lorsqu’ils portent atteinte à l’honneur et à la considération de l’agente et sont susceptibles, par répercussion, de nuire au prestige de la fonction publique*”. (Traité de Droit Administratif, 1952, n.º 927, pág. 677).

E em seguida, acrescentam os mesmos tratadistas: “*Il n’y aura donc pas, dressé par les textes, un catalogue des fautes disciplinaires, comme il existe un catalogue des délits. Le principe “nulum crimen sine lege” ne trouve en la matière aucune application. Le supérieur hiérarchique possède un large pouvoir discrétionnaire, pour déterminer et apprécier la faute disciplinaire*” (ob. cit., loc. cit.).

O Ministro Luís Gallotti, quando Procurador Geral da República, teve ensejo de sustentar êsses mesmos princípios (Parecer, 1.º vol., 1947-1948, páginas 246-8).

Na verdade, trata-se de institutos completamente diversos, as penalidades disciplinares e as penas criminaes e, de tal sorte, que Zanobini adverte que somente autores muito antigos, de época anterior à renovação do direito público (Berner, Schutze, Zorn, Mittermeyer) admitem a confusão entre o *jus peniendi* e o poder disciplinar do Estado sobre os seus funcionários, aquêles visando a

convivência social, o último, a eficiência do serviço público (Guido Zanobini, *Le Sanzione Amministrative*, Milão, página 111; Lúcio Bittencourt, *Direito Disciplinar, Princípio da Legalidade*, in Revista de Direito Administrativo, volume 2.º, pág. 794).

E tratadista de renome universal Gaston Jèze afirma, peremptoriamente, que confundir a falta disciplinar e o delito penal constitui *erro capital*: “*La infracción disciplinaria y la infracción penal no tienen, pues, la misma naturaleza; no nos hallamos ante una cuestión de gravedad de la falta. Confundir la falta disciplinaria y el delito del agente público, seria un error capital, en el que muchas veces se ha incurrido. Olvidar esta idea fundamental, es correr el riesgo de dar al poder disciplinario una significación jurídica que no tiene. La represión disciplinaria de los agentes públicos que cometen faltas y la represión penal de los agentes públicos delinquentes son dos cosas totalmente diferentes*” (*Principios generales del Derecho Administrativo*, 1949, vol. III, pág. 92).

Em consequência, não cabe invocar dispositivos legais ou constitucionais sobre retroatividade de lei penal mais benigna para se aplicar, obrigatoriamente, na esfera administrativa, ao apreciar as faltas disciplinares, embora seja certo que entendeu o legislador ordinário que essa pena não mais deveria subsistir: nunca mais as autoridades administrativas poderão aplicá-la, do que, porém, não resulta a insubsistência de pena já aplicada, o que não foi objeto de deliberação legislativa.

E veja-se, a respeito, a apreciação do caso feita pelo Ministro Raul Fernandes: “O Senhor Pina praticou certos atos, concretamente apurados, que teriam plenamente justificado a aplicação da sanção mais grave — demissão, ou mesmo demissão a bem do serviço público. A Administração preferiu ser leniente: em vez de aplicar ao impenetrante a pena mais severa, que o Estatuto especificamente ligava à conduta verificada, decidiu-se simplesmente pela

disponibilidade. Afastou o Senhor Pina do serviço ativo, sem lhe impor, nesse afastamento, condições particularmente onerosas ou humilhantes e, até, conservando-lhe vencimentos proporcionais ao seu tempo de serviço.

11. O atual Estatuto dos Funcionários (Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952), omitiu a disponibilidade entre as penas disciplinares previstas. Manteve, porém, a demissão e demissão a bem do serviço público, aplicáveis *grasso modo* às mesmas faltas para as quais no Estatuto anterior se previam essas penalidades.”

Em verdade, não se pode negar ao Presidente da República, responsável pela Administração pública, pela eficiência dos serviços públicos, um largo poder discricionário, no apreciar as faltas funcionais: não se poderá, sem invasão de atribuições, anular, sem mais, atos disciplinares. Como expõem Paul Duez et Guy Debeyre, “*la supérieur hiérarchique possède un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer et apprécier la faute disciplinaire*” (ob. cit., loc. cit.). É o mesmo que sustenta o princípio dos administrativistas franceses: a autoridade administrativa aprecia a falta e impõe a pena tendo em vista as ne-

cessidades do serviço: “*Le chef qui exerce le pouvoir disciplinaire apprécie la faute et prononce la répression en s’inspirant des nécessités du service*” (Barthélemy, *Traité Elém. de Droit Administratif*, 10.ª ed., pág. 77).

A disponibilidade deixou de ser pena e, no caso em que pela nova lei tem cabimento, passou a ser com vencimentos integrais, a partir da vigência do novo Estatuto dos Funcionários (artigo 174).

Nestas condições, pela aplicação da mesma regra, não se deve negar ao recorrente, a partir da data do Estatuto, os vencimentos integrais do cargo, ao parecer desta Consultoria Geral.

Quanto ao aproveitamento, sugere esta Consultoria novo pronunciamento do atual Ministro de Estado das Relações Exteriores, Embaixador José Carlos de Macedo Soares, para que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, em cumprimento do acórdão do egrégio Tribunal Federal de Recursos, decida o recurso formulado pelo diplomata.

Salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1956.
— A. Gonçalves de Oliveira, Consultor Geral da República.