DIREITO DISCIPLINAR — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

— *Não se aplica, na esfera do direito disciplinar, o princípio nullum crimen, nulla poena sine lege.*

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES

PROCESSO C.E.N.E. N.º 1.299-44

* PARECER

Bruno Bechelli, 4.º Caixa das Caixas Econômicas do Estado de São Paulo, pediu, à Interventoria Federal naquele Estado, reconsideração do ato que indeferiu o pedido de revogação da pena de censura que lhe fôra imposta pelo Diretor Geral da Secretaria de Fazenda.

2. Não tendo sido o pedido despachado no prazo legal, recorreu o interessado para o Presidente da República solicitando o cancelamento daquela penalidade.

3. Alegou o recorrente, nas suas razões de recurso:

a) que aquela pena, além de injusta, era inaplicável; b) que houve, no caso, um lapso de julgamento do Diretor Geral da Secretaria de Fazenda; c) que êsse diretor, após considerar a inocência do peticionário e evidenciar que não houve infração de lei vigente na época dos acontecimentos julgados, aplicou, ao recorrente, inexplicavelmente, a pena de censura; d) que é do seguinte teor o despacho, na parte de que trata o recurso: "II — Quanto

COMENTÁRIO

DIREITO DISCIPLINAR — PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. A decisão supra reagita a questão concernente à independência entre o direito criminal e o direito disciplinar, resolvendo com acêrto a controvérsia jurídica a que pôs termo.

O próprio D.A.S.P. já estudou amplamente o assunto, na Exposição de Motivos n.º 2.328, de 11-9-1942, que provocou um artigo de doutrina por mim publicado na *Revista do Serviço Público*, de outubro de 1942, sob o título "O Poder Disciplinar e a Lei Penal Comum".

2. Salientei, então, que, apesar do muito que se tem escrito sobre a matéria, alguns autores continuam, sem maior exame, a sustentar a subordinação do direito disciplinar aos princípios do direito penal comum, ponto de vista êsse muito difundido entre os nossos juristas que se dedicam ao estudo do direito privado ou do direito

* NOTA DA REDAÇÃO: O parecer foi adotado pelo Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em Exposição de Motivos ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

ao indiciado Bruno Bechelli: 1.º) que não ficou provado nos autos de inquérito administrativo o seu concurso no assalto de que foi vítima a Caixa Econômica de Botucatu; 2.º) que não foi provada a prática de atos que corresponderiam hoje às infrações previstas nos itens IV e XI do art. 224 e no item IX do art. 239 do Estatuto dos Funcionários; 3.º) que ao tempo em que se consumaram os fatos, provados no processo administrativo, de haver o indiciado participado de sociedade comercial como sócio de indústria e exercido funções de gerência, assim como de haver o mesmo se incumbido de defesas fiscais, não constituíam tais fatos infração expressa e especificamente prevista na legislação estadual em vigor” e) que o próprio julgado patenteou que não houve infringência da legislação estadual, demonstrando a inculpaabilidade do indiciado; f) que, entretanto, contrastando com seu próprio pronunciamento, sem considerar direitos, objetivando punir, por qualquer forma, aplicou pena arbitrária e sem fundamento, cuja defesa é encontrada nos considerandos do próprio julgador; g) que o D.S.P. opinou que não deve ser considerado, administrativamente, o princípio do “nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege poenali”; h) que a Interventoria Federal indeferiu o recurso que, sobre o assunto interpôs; e i) que espera provimento para o recurso agora apresentado.

4. A Interventoria Federal juntou cópias das informações prestadas pelo Departamento do Serviço Público, onde se esclarece: a) que a circunstância de que as irregularidades imputadas ao recorrente não eram, no período imediatamente anterior à vigência do estatuto estadual, expressamente havidas por violação do dever funcional, é destituída da relevância que lhes quer emprestar o interessado; b) que as leis concernentes à responsabilidade disciplinar não definem, com precisão, os elementos caracterizadores da falta, deixando ao critério da autoridade o julgar a ilicitude do ato ou omissão, para o efeito de imposição da pena; c) que, como afirma BIELSA, “*El poder disciplinario, por su misma naturaleza y objeto, consiste no sólo en la facultad de ejercer medidas disciplinarias, sino también en la competencia necesaria para determinar en ciertos casos, por decirlo así, ex-novo, deberes cuya transgresión constituye pre-*

penal, e que pretendem raciocinar no campo do direito administrativo baseados nas mesmas normas fundamentais, esquecidos de que ao passar “*por el tamiz del criterio administrativo*” tais normas adquirem nova côr e novo caráter¹. Ressalvei, todavia, a orientação dos nossos tratadistas de direito administrativo, que não comungam da mesma idéia e sustentam, ao contrário, a necessidade de se distinguir acuradamente a responsabilidade *disciplinar da civil e da penal*².

1 DIEGO TOBON ARBELÁEZ, *Principios Fundamentales del Derecho Administrativo*, Medellín, Colômbia, 1940. Vêde, ainda, ANDRÉ HAURIU, *A Utilização em Direito Administrativo das Regras e Principios do Direito Privado*, trad. de PAULO DE MATA MACHADO, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. I, pág. 465.

2 Cfr. J. GUIMARÃES MENEGALE, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, Metrópole Editora, Rio, 1938, tomo I, pág. 227; TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Instituições de Dir. Adm.*, vol. II, Freitas Bastos, ed. 1938; pág. 35; JOSÉ MATOS DE VASCONCELOS, *Direito Administrativo*, Imprensa Nacional, Rio, 1937, vol. II, pág. 477. Vêde, também, ODILON C. ANDRADE, *Função Pública*, Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1928, pág. 90, para quem a diferença é, tão só, de grau e extensão.

cisamente falta disciplinaria" (*Der. Adm.*, 1938, t. II, pág. 209); d) que desde quando NEZARD publicou *Les Principes Généraux du Droit Disciplinaire*, em 1903, se afirma que há *dessemelhanças substanciais* entre o crime e a falta disciplinar, de onde, pelo menos, pertencer cada uma dessas figuras jurídicas ao seu regime, no regime próprio; e) que, como ensina o insigne jurista francês, "se o direito disciplinar é assim, mais restrito do que o direito penal, é, ao contrário, mais vasto que este último quanto aos fatos que caem sob seu controle. Pune não somente como a lei penal os fatos previstos e punidos pelas disposições legais, mas atinge todos os fatos não caracterizados que podem enfraquecer a confiança do público na função que ele ocupa, fatos da vida privada como até da vida pública, deveres morais como obrigações profissionais legais. Enquanto, segundo a regra geral, tudo o que não é proibido é permitido pela lei e tudo o que é proibido não o é senão porque perturba a ordem ou a segurança pública, em matéria disciplinar não se pode afirmar o mesmo sobre o que a lei silencie, se esses fatos são proibidos pela moral ou por escrúpulos especiais à profissão" (ob. cit., págs. 91 e s.); f) que, como se vê, o princípio "*nullum crimen sine proevia lege*" é próprio tão somente do direito penal, por que se funda na necessidade da garantia de um bem natural da pessoa humana (da liberdade) se não do mesmo direito; g) que, diferindo a sanção disciplinar da pena criminal, por seu conteúdo e fins, seria um absurdo dar-lhe o mesmo regime jurídico da repressão do crime; h) que é corrente, hoje, na doutrina universal, que a falta disciplinar é punível sem a exigência da anterioridade da lei que a especifique, de onde não se poder negar a aplicação retroativa da lei; i) que, segundo BIELSA, "a transgressão de deveres do funcionário ou empregado constitui precisamente falta disciplinar. E a sanção disciplinar difere de outras sanções administrativas pelo meio com que opera: a pena disciplinar." Em síntese, "são elementos característicos da falta disciplinar os seguintes: 1.º) inexecução imputável de uma obrigação da função ou emprego, legalmente constituída; 2.º) que essa falta seja passível de pena disciplinar, esteja ou não previamente estabelecida; 3.º) que ela não esteja prevista nas leis penais, caso em que haverá responsabilidade penal" (*Princ. de Der. Adm.*, págs. 408 e s.); j) que, como

3. GUIDO ZANOBINI³ adverte, aliás com procedência, que somente os autores muito antigos, de época anterior à renovação do direito público (BERNER, SCHUTZE, ZORN, MITTERMAYER), admitem a confusão entre o *jus puniendi* e o poder disciplinar do Estado sobre os seus funcionários, não se encontrando essa confusão entre os autores mais modernos, muito embora possam estes divergir no tocante ao fundamento mesmo do direito disciplinar⁴.

3 GUIDO ZANOBINI, *Le Sanzione Amministrative*, Giuffrè, Milão, pág. 111.

4 Cfr. OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, Paris, 1906, tomo IV, pág. 78; LABANDI, *Le droit Public de l'Empire Allemand*, trad. française de Grandilhon et Lacuire, 1901, tomo II, pág. 183; GASTON JÈZE, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, 3.ª ed., tomo III, 1926, pág. 88; MARCEL WALINE, *Manuel Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1939, pág. 386; H. BERTHÉLEMY, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 10.ª ed., 1923, pág. 68; SANTI ROMANO, *I Poteri Disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, em *Giurisprudenza Italiana*, LIV, 1898, pág. 241; FRANCESCO D'ALESSIO, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 448; MODESTINO PETROZZIELLO, *Il Rapporto di Pubblico Impiego*, Milão, 1935; MARCELO CAETANO, *Do Poder Disciplinar*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1932; GIOVANNI PACINOTTI, *L'Impiego delle Pubbliche Amministrazioni*, Turim, 1907, n.º 18.º.

afirma BULLRICH, "a administração realiza seus fins por meio dos funcionários e empregados, que devem cumprir sua incumbência com correção e competência, para que sua gestão seja eficaz e logre o objetivo visado. Por isso a administração deve possuir os meios necessários para atuar sobre o seu pessoal quando este não realiza as tarefas da forma que deve fazê-lo, meios que, têm de poder ser utilizados de modo sensível e rápido quando seja mister; é o que se denomina o regime disciplinar da administração. Este conceito foi definido pela doutrina francesa nos seguintes termos: A disciplina administrativa é a sanção dos poderes de vigilância da administração sobre os seus subordinados, para garantir-se o cumprimento, por estes últimos, das obrigações de seu cargo" (citação de W. R. SHARP, *The French Civil Service*, pág. 284, Nova York, 1931) (RODOLFO BULLRICH, *Princ. Gen. de Der. Adm.*, pág. 356 e s.); l) que ainda este autor, ao demonstrar que entre o *direito penal* e o regime disciplinar existem diferenças substanciais, que comprovam tratar-se de duas instituições distintas, escreve: "Entre elas convém anotar a de que o direito só se aplica quando a lei tenha qualificado o fato como infração e determinado a pena correspondente, enquanto que no regime disciplinar a discricionariedade do superior pode determinar a aplicação de uma sanção ainda quando não existam essas circunstâncias", afirmando, mais, que "a falta disciplinar pode existir em virtude de uma qualificação prévia, ou ser determinada a *posteriori* pela apreciação discricionária de superior (*Adm.*, pág. 357 e s.); m) que, entre nós, adotou o legislador, relativamente à falta disciplinar que pode acarretar a demissão, o critério da especificação quanto possível, prevendo no inciso III do art. 238 do Estatuto, com a rubrica "procedimento irregular", não mais uma *espécie*, mas um gênero de falta que pode levar à expulsão do agente; n) que foi uma orientação sábia, porque conciliou o direito da Administração com o interesse do funcionário, em matéria cuja gravidade, cuja delicadeza, não podem ser maiores; o) que o estatutos dos funcionários suíços (Lei Federal de 30-6-27) se-

4. Acresce notar que não são apenas os mestres e os estudiosos do direito administrativo que insistem pela diferenciação entre as duas situações jurídicas, pois a mesma distinção é proclamada, também, pelos tratadistas de direito penal. Assim, por exemplo, FLORIAN, no seu *Trattato di Diritto Penale*, ensina que o direito disciplinar não participa do conteúdo do direito penal, de que se diferencia por sua *finalidade*, seu *objeto*, seus *meios* e seu *processo*:

"*Del diritto penale disciplinare si fa qui cenno, per affermare che essi non partecipano al contenuto del diritto penale... Se ne differenzia per lo scopo, che è di procacciare l'osservanza degli speciali doveri propri degli addetti ai singoli servizi o degli appartamenti ai singoli gruppi e non già la difesa giuridica generale; per l'oggetto, che non è il reato nel senso della legge penale... per i mezzi adoperati, che non sono pene in senso giuridico... per il procedimento, in quanto le pene disciplinare possono e sogliono applicarsi senza l'esatta osservanza delle norme del diritto processuale penale*"⁵.

5 EUGÊNIO FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale, Parte Generale*, 4.^a ed., vol. I, Milão, 1934, pág. 13.

guiu, a rigor, o princípio doutrinário da indeterminação das faltas, preceituando na alínea 1 do art. 30 que: "O funcionário que infringe seus deveres de serviço, seja intencionalmente, seja por negligência, é passível de uma pena disciplinar"; p) que ROGER BONNARD expõe, em resumo, a pacífica doutrina administrativa sobre a falta disciplinar, escrevendo: "o princípio da legalidade não é ainda aplicado a falta disciplinar. Esta não é objeto de nenhuma determinação legal ou regulamentar, como a infração penal. Assim, a este respeito, o poder discricionário subsiste completamente na repressão disciplinar. Conseqüentemente, o juiz não pode controlar a qualificação de falta que se dê a um fato determinado. Ele pode somente apreciar a existência material ou legal desse fato (*Précis de Droit Adm.*, pág. 395 e s.); q) que MARCEL WALINIE, depois de assinalar os elementos diferenciais entre o direito penal e o direito disciplinar, chega a afirmar, até, "não haver nenhuma aplicação da regra *nulla poena sine lege*", acrescentando que "a escala das penas aplicáveis em cada serviço é estabelecida pelos respectivos regulamentos orgânicos" (*M. Elem. de Droit Adm.*, pág. 337 e s.); r) que, ainda segundo o mesmo tratadista (ob. e loc. cit.), "*nulla poena sine lege*" pode significar, também, nenhuma incriminação sem lei, mas que neste sentido, igualmente, não se aplica essa regra no direito disciplinar: não há incriminação definida: a jurisprudência aprecia, em cada caso, no recurso do funcionário punido, se o procedimento que se lhe reprova constitui uma falta; s) que na definição dos deveres e proibições, como no elenco dos casos puníveis, nunca houve, nem pode haver, enumeração rígida, taxativa; t) que é incontroverso não ser possível em direito disciplinar, aquela especificação própria da essência do direito penal, porque, neste, exaurem as especificações as figuras do ilícito incrimi-

Do mesmo sentir manifesta-se MEZGER, salientando que o Estado, ao aplicar sanções disciplinares ou "punições de serviço", não age como um soberano em relação à totalidade de seus súditos, mas como responsável por um serviço especial⁶. O mesmo pensa VON LISZT, quando sustenta que a pena disciplinar é imposta pelo Estado "não como entidade investida do poder público repressivo, mas na sua qualidade de superior nas relações hierárquicas e no interesse do serviço interno"⁷. Também MANZINI, depois de demonstrar a existência de uma "*potestà disciplinare*" na igreja, na família e nas sociedades em geral, que "*non può essere posta in relazione generale col diritto penale*", evidencia a diferença entre essa situação e o poder disciplinar do Estado, para concluir pela existência de manifesta distinção entre êle e o direito penal: êste último concernente à sujeição dos cidadãos, em geral, às exigências da ordem jurídica; aquêle restrito ao estado de "sujeição particular" em que se encontra o funcionário perante o Estado;

6 E. MEZGER, *Strafrecht*, trad. ital. de FILIPPO MANDALARI, Pádua, 1935, pág. 7.

7 FRANZ VON LISZT, *Trat. Dir. Pen. Alemão*, trad. bras. de JOSÉ HIGINO, Briguiet, Rio, 1899, tomo I, pág. 405. Vêde, também, a tradução francesa de LOBSTEIN, tomo I, pág. 368. JOSÉ HIGINO, em nota, aponta, como seguidores do mesmo ponto de vista, MEYER, BINDING e HÄMEL, indicando STEUFFERT como adepto de opinião contrária.

nável; u) que essa verdade tão sabida vem comprovada pela prática, sendo de notar, principalmente, aquela inspirada no desejo manifesto de vincular quanto possível a competência dos órgãos aplicadores das penalidades, como, por exemplo, nos Estados Unidos da América do Norte (cfr. *Pub. Pes. Adm.*, pág. 391 e s., de WILLIAM E. MOSCHER, I. Dold Kingsley, Nova York); v) que antes de alinhar extensa enumeração de casos geralmente ali puníveis, advertem os citados e modernos expositores desse direito (MOSCHER e KINGSLEY) que “*although discharges, suspensions or reductions may be for other causes*”; x) que é tamanha a dificuldade de organizar, sem maiores e mais graves omissões, os elencos de casos puníveis disciplinarmente, que o Estatuto chileno, promulgado em 1944 (Decreto n.º 2.500, de 24-6-44) não adotou o sistema das enumerações possíveis; z) que, ainda que reconheça, como RUIZ Y GÓMEZ, que a fixação das faltas é outra garantia concedida ao funcionário a fim de evitar que causas estranhas ou alheias ao serviço possam dar lugar a uma sanção disciplinar injusta (*Princ. Gen. de Dir. Adm.*, pág. 421, 1935), entende, nos seus devidos limites, a tendência apontada, de se fixar o mais exato e minuciosamente possível as faltas puníveis; aa) que o problema compreende o direito iniludível da Administração (cuja causa final é o interesse público) de exercer o poder disciplinar para preservação e defesa do serviço, e o legítimo interesse do funcionário em não ser punido por causa estranha de todo, ao mesmo serviço; ab) que tanto é assim, que o próprio RUIZ Y GÓMEZ encerra os seus comentários sobre esse ponto observando que, “no caso de não haver essa garantia com toda a amplitude assinalada por ele — como regra geral —, se deve assentar que é falta ou pode constituir falta

L'obbligazione di soggezione particolare, di cui il contratto di servizio nei pubblici impieghi è soltanto una specie, dà origine ad una potestà 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 così tra l'obbligato, e l'autorità 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.”⁸

5. É preciso não confundir, também, o direito disciplinar com o chamado “direito penal administrativo”, cuja conceituação foi magnificamente exposta por J. GOLDSCHMIDT, no seu livro *Das Verwaltungstrafrecht*, e cujas idéias foram divulgadas, entre nós, na admiráveis síntese feita pelo professor NELSON HUNGRIA no seu estudo *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*, publicado nesta Revista. A concepção do delito administrativo (*Verwaltungsdelikt*) diz respeito mais de perto às contravenções ou às infrações de polícia, que, por

⁸ VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, Turim, 1920 vol. I, pág. 77.

sancionável disciplinarmente, toda infração dos deveres do cargo e dos deveres gerais como funcionário, precisamente porque a correição disciplinar obedece à finalidade de manter os serviços públicos no desempenho de seus deveres como tais" (*ob. e loc. cit.*); ac) que a tese de que não se pode punir disciplinarmente ato ou omissão lesivos do interesse do serviço público, que lei anterior não haja definido como falta punível, é indemonstrável. Os fatos, o direito e a doutrina o repelem; ad) que já ensinava há mais de 30 anos o prof. ALCIDES CRUZ que, "se o funcionário público está adstrito ao cumprimento dos deveres, não se lhe pode abrir exceção à regra penal que faz nascer da violação dêles a competente responsabilidade, que equivale à sanção inseparável de todos quantos têm deveres e obrigações a cumprir" (*Dir. Adm. Bras.*, pág. 43); ae) que à autoridade investida do poder punitivo compete, por conseguinte, o considerar certo ato ou série de atos do funcionário como falta e infligir a pena que, a seu juízo, guiada unicamente pelos critérios exemplificativos estabelecidos na lei, seja adequada a reprimir a infração; af) que, no caso, a própria lei, então vigorante, mandava expressamente fôsse a pena de censura imposta a critério da autoridade competente; ag) que a atuação irregular do funcionário punido ocorreu já durante a vigência do Estatuto Federal, que, mandado aplicar subsidiariamente nos Estados, interditava, ao funcionário, o exercício de funções de gerência ou o ter parte em sociedades comerciais; ah) que a imposição da pena de censura obedeceu às normas orientadoras do poder punitivo disciplinar.

4. O Conselho Administrativo foi de parecer: a) que o episódio de que resultou a aplicação da pena recorrida foi objeto de ruidoso processo, não só policial como administrativo; b) que nenhuma responsabilidade criminal foi apurada contra o recorrente, que, entretanto, praticou atos que a Secretaria da Fazenda julgou incompatíveis com a função por êle exercida, razão pela qual o censurou; c) que ao transcrever, nas razões do recurso, as palavras do julgador, deixou o recorrente de as completar com os motivos finais e a conclusão do despacho, que foram as seguintes: "certo é, entretanto, que a atuação do indiciado não se poderia considerar regular, tendo-se em vista a sua qualidade de funcionário da Caixa Econômica. Não cabendo, porém, pena

serem *ilícitos administrativos*, nem por isso se evadem da esfera do direito penal. Essa a inteligência dada por MEZGER às idéias de GOLDSCHMIDT, inteligência que parece mais de acôrdo com o que pretendia êste autor.

6. Não podemos concordar com a opinião de NELSON HUNGRIA, no sentido de que "não há porque distinguir entre a pena disciplinar e as outras penas administrativas". É certo que o eminente mestre brasileiro invoca a seu favor a lição de ZANOBINI, mas êste autor incide, neste ponto, em várias contradições e incoerências.

Poderíamos reeditar aqui, para pôr em evidência a indiscutível diferença que existe entre aquelas, os mesmos argumentos invocados por FLORIAN para mostrar a distinção entre o direito penal e o direito disciplinar. Há uma diferença de *fundamento*, de *objeto*, de *meios* e de *processo*.

mais grave, por não estar expressamente prevista em lei, como ficou referido, capitula-se a atuação irregular do indiciado na alínea e do art. 251 do Decreto n.º 10.197, de 17 de maio de 1939, pelo que determino que lhe seja aplicada a pena de censura”; d) que a defesa principal do recorrente consiste em sustentar que a pena de censura a que se referia a lei de 1939 não se aplicava especificamente ao seu caso, tendo êle sido, portanto, punido com pena não prevista em lei, o que é defeso em face das leis penais; e) que seria ocioso citar opiniões de tratadistas para mostrar que, na esfera administrativa, não é de rigor a observância daquele princípio, isto porque na própria lei invocada se encontra a justificativa da sentença; f) que o art. 250 do Decreto número 10.197, de 1939, estabelecia que os funcionários da Secretaria da Fazenda estavam sujeitos às seguintes penas disciplinares: a) advertência; b) censura; c) multa; d) suspensão; e) demissão; g) que as penas de advertência e censura seriam aplicadas quando os funcionários: a) forem omissos no

7. O fundamento do *direito disciplinar* é inconfundível com o das penas administrativas aplicáveis *erga omnes*. Estas têm em vista a defesa da ordem jurídica *em sua totalidade*, e a diferença entre elas e as penas criminais é, tão só, diferença de *grau* e de *intensidade*.

O direito disciplinar, ao contrário, não é um direito *inerente ao Estado* — como o de aplicar penas criminais ou administrativas — mas comum a *tôda e qualquer organização social*, porque é um direito que dimana do próprio escalonamento hierárquico, em que, necessariamente, têm de se moldar *todos os grupamentos humanos*.⁹

Daí o encontrar-se tal direito na igreja, na família e nas sociedades em geral (MANZINI), justificando a afirmação de ALFRED LEGAL e JEAN BRETHER DE LA GRASSAYE, no sentido de que “o exercício do direito disciplinar é inerente a *tôda* sociedade organizada e independe de qualquer declaração legal”.

Essa circunstância tem gerado discussões entre os juristas no tocante à subordinação do direito disciplinar, por isso que, mesmo afastada a confusão entre êste e o direito penal, persiste a de saber se o assunto deve caber ao direito administrativo, ou ao direito

9 Cfr. CATHERYN SECKLER-HUDSON, *Our Constitution and Government*, Washington, 1940, pág. 24; CARL J. FRIEDRICH e J. COLE, *Responsible Bureaucracy*, Harvard University Press, 1932; JAMES HART, *An Introduction to Administrative Law*, New York, 1940, pág. 66; GIOVANI PACINOTTI, *L'Impiego nelle Pubbliche Amministrazioni*, Turim, 1907, págs. 211, 212. Vêde, ainda, em citado artigo “O Poder Disciplinar e a Lei Penal Comum”, in *Rev. Serviço Público*, outubro, 1942, pág. 87.

cumprimento de seus deveres; b) revelarem a matéria de despachos e deliberações; c) perturbarem o silêncio da repartição; d) deixarem de tratar com delicadeza e urbanidade; e) praticarem qualquer falta que não comporte pena mais grave; h) que foi esta última, a penalidade aplicada; i) que não pode deixar de constituir, pelo menos, falta leve, não punível com penalidade mais grave, a de um funcionário que, tendo exercício em repartição de fazenda, é sócio de indústria de uma casa comercial, aí exerce, por vêzes, as funções de gerência e faz defesas fiscais em localidade em que tem exercício, embora alegue que era a sua espôsa quem as fazia; j) que o Decreto número 10.197, citado, prescrevia no art. 254 que: "A pena de censura será aplicada quando a de advertência tiver sido ineficaz, ou a gravidade da falta o exigir, a critério da autoridade competente para a aplicação"; l) que o recurso não merecia provimento.

5. Examinando o recurso, verifica-se: a) que o interessado não agiu com a correção e lisura com que deve proceder todo servidor do Estado; b) que o fato de a lei não configurar, com precisão, como atos proibidos, os praticados pelo recorrente, não inibia a Administração de exercer o seu poder disciplinar; c) que, conforme esclareceu o D.A.S.P. na E.M. n.º 2.328, de 11-9-42: "O Estado, pelas próprias relações que mantém com os seus servidores, relações de empregador e empregado, retém em seu poder a faculdade de punir o servidor faltoso. Sempre se entendeu que "o exercício do direito disciplinar é inerente a toda sociedade organizada e independe de qualquer declaração legal".

privado, como quer STOBBE, ou ainda à "teoria do direito das associações", como lapidarmente sustentou GIERKE.¹⁰

8. A discussão a respeito dessa autonomia do direito disciplinar não é meramente especulativa, como pode parecer. Dela decorrem conseqüências da maior relevância, no campo do direito.

Assim, por exemplo, a cumulação de penas não é vedada, porque as duas repressões diferem (MARCELO CAETANO) e a aplicação simultânea de pena criminal e pena disciplinar não fere nem viola o princípio *non bis in idem*.

9. Por outro lado, não sendo o direito disciplinar um ramo do direito penal, não cabe invocar em relação àquele o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*". O direito disciplinar é um direito implícito, "independe de declaração legal", não está sujeito à idéia da prévia tipicidade. A lei só intervém no seu campo "para delimitar ou restringir" o poder que, na ausência de declaração legal que o condicione, é ilimitado. "*La potestà disciplinare*" — diz FLORIAN — "*é il più delle volta discretiva*".

10 *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, vol. I, pág. 19.

A disciplina, como salienta o professor GIOVANNI PACINOTTI, é condição essencial de todo organismo administrativo sistematizado hierárquicamente, seja esse organismo de direito público ou de direito privado. Há grande afinidade entre o poder de qualquer *patrão* sobre o *trabalhador* e o do *chefe* de qualquer grupo organizado de pessoas sobre os *indivíduos* que o compõem. O poder do *pai de família* sobre esta e os seus membros, o do *diretor* de uma empresa sobre os seus empregados, o do *chefe* de qualquer sociedade sobre os componentes desta, apresenta grande afinidade com o poder disciplinar do Estado sobre os seus próprios empregados.

O poder do Governo, de punir os seus servidores e dispensá-los ou demiti-los, está implícito na própria relação do emprego. Só encontra peias na própria lei, quando esta existe, dispondo especialmente sobre o assunto e restringindo a liberdade do Executivo no que concerne à dispensa ou aplicação de penas.

Na esfera das relações entre o Estado e seus servidores, como na que concerne as relações entre empregador e empregado, a punição disciplinar depende de prévia lei ou prévio acôrdo. 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”; d) que, no caso, porém, a lei autorizava a pena de censura, “a critério da autoridade competente” (art. 254 do Decreto n.º 10.197, de 1939); e) que, conforme frisou a autoridade julgadora, a atuação do recorrente não podia deixar de constituir, “pelo menos, falta leve”; f) que o ato recorrido foi justo e não infringiu a lei; e g) que o recurso não merece provimento.

6. À vista do exposto, sou pelo não provimento do recurso.

Em 27-6-45. — Luís Simões Lopes, Relator.

Em contrário, afirmando dogmáticamente a aplicabilidade do princípio, encontra-se MARCELO CAETANO, que, todavia, não apresenta qualquer argumento em favor de sua opinião. Preferimos ficar com a maioria, acolhendo o ensinamento lapidar de MANZINI¹¹ e a serena lição de H. BERTHÉLEMY: “*Le pouvoir disciplinaire peut s'exercer sans que les faits punissables aient été précisés. Le chef qui l'exerce apprécie la faute, et prononce la répression en s'inspirant des nécessités du service*”.¹²

C. A. LÚCIO BITTENCOURT

11 “Mentre nel diritto penale domina il principio: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, il diritto disciplinare non è soggetto a tale riserva della legge.

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 subordinazione, del decoro personale, può essere considerata torto disciplinare, sia o non preveduta da norme giuridiche o da atti amministrativi” (VICENZO MANZINI, op. cit. vol. I, pág. 80).

12 H. BERTHÉLEMY, op. cit., pág. 77.