

AJUSTAMENTO DE CONDUTA E PODER DISCIPLINAR

Como exercer o controle da disciplina atendendo aos princípios da segurança jurídica, razoabilidade e eficiência.

Léo da Silva Alves

Estimado Dr. Léo Alves:

Me siento honrado de quedar en contacto con Usted. Su aporte jurídico en materia disciplinaria en todo el territorio brasileño sentará las bases definitivas del procedimiento sancionador y el respecto al debido proceso y las garantías constitucionales.

*Daniel Maljar
(Jurista argentino)*

1. DIREITO DISCIPLINAR COMO CIÊNCIA

O Direito Disciplinar, enquanto ramo científico, tal qual o Direito Penal, deve primar pela correção e justiça. A Administração não pode patrocinar violências. Não pode pretender retorquir uma eventual incorreção de conduta agindo, também, incorretamente; não pode ser elemento desagregador de valores, proferindo decisões injustas, que arrasam com a honra e aniquilam carreiras.

O atual sistema de controle da disciplina está falido. O mundo evoluiu em tecnologia e em necessidades, mas a Administração Pública continua presa a conceitos ultrapassados e a uma burocracia absolutamente descomprometida com a lógica e a eficiência. Esta, aliás, é uma praga que vem atacando os institutos jurídicos e o Direito como um todo. Extremamente conservadora, tradicional, a ciência jurídica continua presa a pensadores da Antigüidade, como se o raciocínio da era pré-cristã necessariamente pudesse ser transposto às relações da sociedade do século XXI.

Todas as ciências operam em direção ao futuro e, de alguma forma, contribuem para a melhoria da vida. O Direito – incluindo-se aqui o seu reflexo na Administração Pública – praticamente não evolui. Perceba-se o quanto a medicina prosperou nos últimos cem anos. No início do século XX morria-se de nó nas tripas; mas o século fechou com avanços fantásticos, indo de eficientes vacinas aos inimagináveis transplantes. A engenharia, em todos os seus segmentos, proporcionou também maravilhas. O ano 1900 começou com o homem viajando em lombo de burros; cinquenta anos depois, viajava-se na velocidade da bala de um fuzil e, logo em seguida, assistia-se o desembarque de astronautas na Lua. Perceba-se o quanto a química e a bio-química prosperaram, oferecendo à coletividade qualidade de vida superior. Enfim, não é difícil perceber a extraordinária contribuição de diversos ramos da ciência para o desenvolvimento do Brasil e da humanidade. E o Direito? O Direito parou. Ficou estagnado em discussões

estéreis. A ciência jurídica não tem logrado oferecer ao povo uma resposta à altura das exigências de um novo tempo.

O sistema Judiciário, ainda que contando com o concurso da tecnologia, é lerdo e ineficiente. Um processo judicial que, na época de Rui Barbosa, levava cinco anos, continua levando cinco, dez, quinze, vinte anos. Fala-se, nos Tribunais Superiores, uma linguagem de deuses, que nem Hermes, o deus-intérprete, consegue explicar à sociedade angustiada.

Qual é a resposta do Direito Penal ao crescimento do crime e da insegurança? Abre caminhos para privilegiar assassinos, em detrimento da vítima, da viúva e dos órfãos; é uma fórmula retardada quando se trata de restabelecer a paz do cidadão de bem, mas é lépida e faceira para devolver às ruas toda espécie de bandidos.

O sistema de repreensão social não resiste à mínima avaliação sob o crivo da razoabilidade. Há 300 anos conhece-se a fórmula razoável de punir e de ressocializar o indivíduo, mas o sistema não funciona. É como se o Estado tivesse o antídoto, mas nunca o colocasse na ampola para injetar no braço do doente moribundo.

O Direito Civil é uma pérola. Precioso nos conceitos. Moderno no conteúdo. Até o instante em que um cidadão não precisar exercê-lo contra a vontade ilegítima de um terceiro. Porque se precisar afirmar o seu direito, perante um magistrado, no meio entrar á o processo. E um processo, que deveria ser um instrumento para simplificar o que é complicado, habitualmente complica o que é simples.

O Direito Administrativo não organizou um Estado melhor. A máquina dos serviços públicos funciona por teimosia, porque se dependesse da eficácia dos seus instrumentos, ficaria esvaída em uma burocracia inútil.

O controle da disciplina entra nesse desarranjo jurídico, em meio a uma enxurrada de leis (federal, estaduais e municipais) que estão absolutamente divorciadas da razoabilidade, completamente descomprometidas com um resultado eficaz. Em nome de um Estado democrático e de valores como segurança jurídica e ampla defesa, inventou-se uma fórmula esquisita, que dificulta ao Poder Público restabelecer a ordem entre os servidores perniciosos; e, curiosamente, impõe reações desproporcionais, via processo, a funcionários que, pelos seus pequenos equívocos, poderiam ser corrigidos, de maneira rápida, sem exposição, sem violência psicológica e sem constrangimentos.

Um pouco de racionalidade, todavia, veio ao mundo jurídico com dois instrumentos: a transação penal e o ajustamento de conduta. O Direito continua em débito com a sociedade e com a história, mas, pelo menos, deu dois passos que podem significar que ainda está vivo. O presente trabalho, por conseguinte, entra na sombra desses institutos, aproveita o entusiasmo decorrente dos seus resultados, para semear a ideia de, na seara do controle da disciplina, também promover-se a inovação.

Ou o Direito Disciplinar sustenta-se com um mínimo de fundamento científico – e atende o seu compromisso com a boa Administração e com o povo -, ou entrega-se, de vez, à inutilidade dos carimbos.

DIREITO DISCIPLINAR E PROCESSO DISCIPLINAR

O Direito não está restrito à lei. J. Cretella Jr. observa, com efeito, que o processo administrativo é formado por princípios teóricos e regras de direito positivo. Quando tratamos de Direito Disciplinar, devemos compreender que o processo é apenas uma parte dele. O trato da matéria disciplinar é mais amplo. O Direito Penal, por exemplo, não fica restrito ao processo penal. Ao contrário, envereda por outras searas, como a Sociologia, a Psicologia, a Criminologia. E não se esgota nas normas positivadas (legislação). Recolhe, por exemplo, as contribuições da doutrina e dos princípios.

Assim, devemos, para a melhor compreensão da matéria, entender que o círculo em torno do qual laboramos é o do DIREITO DISCIPLINAR. Dentro dele, está o processo disciplinar, no qual não precisamos, necessariamente, tocar. Ou então, com ele vamos trabalhar, mas sem tirá-lo de dentro do círculo que o protege.

O processo administrativo, como leciona Cretella Jr., tem princípios teóricos. O Direito (Disciplinar) além dos princípios específicos do processo administrativo, possui princípios próprios, que se sobrepõem aos princípios gerais do processo.

Os princípios

Em 1999, a Administração Pública federal brasileira ganhou a Lei nº 9.784, conhecida como Lei do Processo Administrativo. Antes, o Estado de São Paulo viu editada a Lei estadual nº 10.177, à qual se seguiram leis similares em outros Estados, como Mato Grosso e Sergipe. No texto federal, estão firmados, entre os princípios relacionados no caput do art. 2º, a finalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a eficiência. Assim, na esfera disciplinar, pressupõe-se, com um processo, que:

- a) atenda ao fim, que é a garantia da ordem e da justiça (finalidade);
- b) os meios e o resultado não contrariem a lógica e o bom senso (razoabilidade);
- c) a reação do Poder Público não vá além da lesão sofrida (proporcionalidade);
- d) sejam usados os instrumentos legítimos do Direito (segurança jurídica);
- e) chegue a um resultado que efetivamente atenda ao interesse público (eficiência).

Desta forma, os processos disciplinares devem ser desencadeados e conduzidos dentro desse raciocínio. Por outro turno, como se verá no presente trabalho, é perfeitamente possível, em alguns casos, alcançar-se o mesmo efeito sem que seja necessária a instauração de um processo

disciplinar. O Estado pode exercer o seu poder – potestade -, sem o emprego de processo e, obviamente, sem ferir garantias constitucionais de terceiros. Isso se dá pelo ajustamento de conduta.

O ajustamento de conduta pode, assim, atender tanto aos princípios do processo administrativo como satisfazer, o que é mais interessante, aos princípios que orientam o Direito Disciplinar.

A RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL

O Direito Disciplinar é uma espécie do gênero Direito Penal. Em 1935, Gerhard Hübernagel, na Alemanha, sustentava a existência do chamado DIREITO PENAL NÃO-CRIMINAL. Enquanto o Direito Penal Criminal trata de crimes e contravenções, o Direito Penal Não-Criminal divide-se, segundo o doutrinador alemão, em:

Ø Direito Penal Administrativo – quando o Poder Público aplica sanções, no exercício, por exemplo, do seu poder de polícia;

Ø Direito Penal Disciplinar – relacionado à aplicação de sanções pela autoridade administrativa aos agentes da Administração, face infrações cometidas no desempenho das suas atribuições.

No Brasil, juristas de peso, como Nelson Hungria, Heleno Fragoso e Magalhães Noronha seguiram essa linha. Magalhães Noronha trata a questão disciplinar dentro do que chama de Direito Penal Especial.

Observe-se que o Estatuto da Advocacia trata, expressamente, do uso subsidiário dos diplomas penal e processual penal nos processos disciplinares a que se sujeitam os advogados. O mesmo faz a legislação que cuida dos processos disciplinares a que estão sujeitos os membros do Ministério Público federal.

Referência do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União, hoje, é uma referência idônea para pôr fim à celeuma. Em Sessão Reservada, de 10.06.98 - Ata nº 22/98, Decisão nº 358/98 -, a Corte, referido-se a matéria disciplinar submetida à Corregedoria do órgão, decidiu:

“... no caso de omissão da Lei nº 8.112/90 e de suas alterações, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições contidas nas normas do Poder Judiciário, em especial os Códigos Penal e de Processo Penal.”

Os princípios do Direito Penal

O argentino Daniel E. Maljar vê a questão disciplinar como ramificação del género comum (...) que es el poder punitivo do Estado.

Chega um momento, segundo o professor da Universidade Nacional de La Plata, que a questão ou fica afeta a el derecho administrativo sancionador ou a el derecho penal común. Mesmo quando se resume ao derecho administrativo sancionador (disciplinar) entiendo que deben aplicarse (...) los principios del derecho penal, diz o jurista.

O Tribunal Constitucional espanhol , a propósito, decidiu:

"... aplicables, sin perjuicio de las oportunas modulaciones, los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador (...) en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de esse precepto y la seguridad jurídica (...)"

O Tribunal, obviamente, teve cautela ao explicar que cada espécie (sancionador e penal) mantém regramento específico. O que se aproveita são princípios que resulten compatibles con su propia naturaleza.

O Judiciário espanhol também proferiu :

"Es la doctrina ya consolidada que los principios inspiradores de el derecho penal son aplicables con ciertas matizaciones a el derecho sancionador administrativo. La razón es clara: ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo Del Estado (...)"

O Direito Disciplinar, portanto, muito mais amplo que o mero processo disciplinar, precisa beber na fonte dos princípios do Direito Penal, em razão da natureza similar de ambas as ramificações.