

# O DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ELEMENTOS PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SEUS FUNDAMENTOS

*[The disciplinary law of the prosecution office: elements for a critical analysis of its fundamentals]*

**Luciano de Faria Brasil<sup>1</sup>**

**Resumo:** O texto examina o Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos agentes do Ministério Público. Para tanto, aborda suas premissas, contornos e sentido de aplicação, circunscrevendo suas efetivas possibilidades de intervenção. Em seguida, analisa a estrutura da falta ou infração disciplinar, destacando os seus elementos constitutivos, a partir da recuperação da tradição do Direito Administrativo brasileiro e de uma releitura dessa tradição à luz da Constituição da República e da evolução dos conceitos jurídicos ocorrida nas últimas décadas.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Disciplinar. Ministério Público. Infração disciplinar.

**Abstract:** *The text examines the disciplinary administrative law of the officers of Prosecution Office. Therefore, the text examines its tenets, outlines and the purpose of its enforcement. The text also examines the structure of the offence in the field of disciplinary law, pointing to its constitutive elements, according to the tradition of administrative law and to the reinterpretation of the tradition in the face of the Constitution and the recent developments of juridical concepts.*

**Keywords:** *Disciplinary Administrative Law. Prosecution Office. Offence in the field of disciplinary law.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direito administrativo disciplinar: premissas, lineamentos e sentido. 3. Infração disciplinar e seus elementos estruturantes. 3.1. Elemento objetivo da tipificação. 3.2. Elemento subjetivo da tipificação. 3.3. Ilicitude. 4. Considerações finais. 5. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem o propósito de examinar alguns aspectos relativos ao Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público,

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, classificado na Promotoria de Justiça de Habitação e Defesa da Ordem Urbanística de Porto Alegre. Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Sul (Ceaf/MPRS) no biênio 2015-2017. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS). Mestre em Filosofia (PUCRS). Diplomado pelo "Curso Internacional de Planificación del Ordenamiento Territorial" (ILPES/Cepal, Chile). E-mail: lfbrasil@mprs.mp.br. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1294680808763297>>.

apresentando uma proposta de reflexão crítica sobre os seus conceitos. Para tanto, o artigo propõe a análise pontual de alguns de seus institutos fundamentais, de forma a elucidar os elementos e o sentido do regime jurídico disciplinar incidente sobre a conduta funcional (e sobre os demais comportamentos em relação direta com o exercício da função pública) dos órgãos do Ministério Público.

Ressalte-se a evidente importância do tema, na medida em que está diretamente relacionado com o cotidiano da atividade exercida pelo Ministério Público e, especificamente, com a atividade exercida pelas respectivas Corregedorias.<sup>2</sup> Embora diretamente ligado à atividade de fiscalização e repressão dos ilícitos disciplinares, o Direito Administrativo Disciplinar fornece o quadro normativo de referência também para as atividades de avaliação e orientação. Assim, o Direito Administrativo Disciplinar do Ministério Público oferece balizas normativas e conceituais indispensáveis para o desempenho da atividade funcional, atuando para a garantia da correta prestação do serviço público, nos moldes assegurados pela Constituição da República.

O itinerário proposto é bastante simples. Pretende-se realizar uma breve introdução ao tema do Direito Administrativo Disciplinar, com ênfase em suas efetivas possibilidades de intervenção. Em seguida, a exposição avança para o exame da estrutura da falta ou infração disciplinar, analisando os seus elementos constitutivos, com destaque para pontos que sejam controversos ou que mereçam exame mais detalhado. Também serão eventualmente abordados outros assuntos que apresentam uma clara correlação com a temática do presente artigo, embora não integrem diretamente o campo de estudos do Direito Administrativo Disciplinar. É o caso, por exemplo, da forte conexão do Direito Administrativo Disciplinar com o sentido constitucional e estratégico da atividade do Ministério Público.

O núcleo argumentativo do presente texto remonta a um singelo artigo publicado pelo autor no começo da década passada, abordando a mesma temática.<sup>3</sup> Como não poderia deixar de ser, o presente escrito busca muitos de seus argumentos e formulações naquela fonte, recuperando boa parte daquele artigo, com a releitura proporcionada pelo amadurecimento crítico e pela evolução institucional e conceitual permanente do Ministério Público desde aquela data. Com isso, não se almeja estrita originalidade na apresentação do material, mas apenas na reestruturação parcial da sequência argumentativa, em face da transformação legal e institucional antes realçada, acrescida de novos materiais e percepções. Destaca-se que, ao assim proceder, o texto assume a forma de ensaio, com viés exploratório, percorrendo com liberdade expositiva os tópicos abordados. Por isso mesmo, não há qualquer pretensão de esgotar o tema, mas apenas de ofertar alguns elementos para um permanente reexame sobre a temática.

2 Conforme lição doutrinária, as atividades típicas das Corregedorias são a avaliação, a orientação e a fiscalização; sendo no âmbito da fiscalização que se desenvolve a “atividade de controle disciplinar” propriamente dita (GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público resolutive. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. 1, p. 232, 2016.).

3 BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.

## 2. DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: PREMISSAS, LINEAMENTOS E SENTIDO

Em uma rápida e preliminar mirada, pode-se afirmar que o Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos membros do Ministério Público assenta-se sobre uma série de premissas, que devem ser destacadas desde logo.

Referidas premissas têm caráter variado, constituindo pressupostos de ordem normativa, histórica e circunstancial que efetivamente modelam a compreensão do Direito Administrativo Disciplinar na atual quadra de seu desenvolvimento histórico. Nesse ponto, não se confundem com os lineamentos ou contornos, tratados logo adiante, e que dizem respeito, em última análise, ao próprio estatuto epistemológico do Direito Administrativo Disciplinar, i.e., dos elementos que o diferenciam dos demais ramos do direito, assinalando os lindes de sua fronteira conceitual. Da mesma forma, diferenciam-se do sentido de aplicação das normas de Direito Administrativo Disciplinar, que também será examinado brevemente em momento oportuno.

A primeira premissa é a circunstância de que o Direito Administrativo Disciplinar comporta uma multiplicidade de formas e conceitos, com origens históricas e normativas advindas de distintas fontes (leis estaduais, legislação federal, atos normativos diversos etc.) e diferentes tradições jurídicas. Além disso, no processo de construção histórica do Direito Administrativo Disciplinar, vários institutos jurídicos foram tomados de empréstimo do Direito Administrativo e do Direito Penal, produzindo distintos resultados, nem sempre coerentes ou de fácil intelecção em uma perspectiva sistemática. A dinâmica inerente à existência de normas e tradições concorrentes (que devem ser valorizadas, na medida em que representam a acumulação do saber ao longo de gerações de intérpretes), coexistindo em âmbito nacional e nas diversas unidades federativas, adiciona especial dificuldade ao estudo do Direito Administrativo Disciplinar, que se mostra como um campo jurídico ainda em construção.

A segunda premissa é constituída pela contraparte jurídico-institucional do pressuposto acima exposto. Trata-se da vocação uniformizadora representada pelas instituições nacionais, especialmente pelo Conselho Nacional do Ministério Público, criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. A força compressiva e saneadora da padronização de procedimentos levada a cabo de forma salutar pelo Conselho Nacional do Ministério Público e seus órgãos (como a Corregedoria Nacional) tem como repercussão imediata a busca pela reapreciação e uniformização dos próprios conceitos e construções jurídicas que servem de base à atuação disciplinar. Assim, o esforço coletivo para a construção de uma doutrina consistente e homogênea no campo do Direito Administrativo Disciplinar pode ser encarado como parte de uma tendência que integra uma agenda de cunho nacional.

Como terceira premissa, cumpre ressaltar a vinculação do Direito Administrativo Disciplinar à proteção de determinados bens jurídicos. A assertiva é posta como

petição de princípio, sem, contudo, pretender ingressar no largo debate sobre a definição de bem jurídico ou de sua relação com determinados valores ético-sociais. A definição de “bem jurídico” adotada para as finalidades da presente exposição é a mais ampla possível, e serve especificamente para destacar que o Direito Administrativo Disciplinar tem por finalidade a proteção ou tutela de determinados bens jurídicos, assim eleitos em âmbito legal ou constitucional.<sup>4</sup> Assim, a tarefa do intérprete é a de identificar corretamente os bens jurídicos selecionados para proteção por meio do Direito Administrativo Disciplinar.

Quanto aos lineamentos básicos do Direito Administrativo Disciplinar, importa mencioná-los muito brevemente, com ênfase absoluta em um dos elementos fundamentais para a sua compreensão.

Como já destacado em anterior oportunidade, a concepção tradicional advinda da teoria da identidade substancial, que aduzia não haver diferença essencial entre o poder disciplinar e o Direito Penal, é objeto de críticas.<sup>5</sup> Em razão da suposta unidade ontológica do ilícito, a falta administrativa seria apenas um *minus* em relação ao crime; segundo Nelson Hungria, ambos seriam “*species* do mesmo *genus*”.<sup>6</sup> Caso afastada a ideia de uma unidade substancial entre ilícitos penais e administrativos, existe uma grande variedade de formulações para a definição dos contornos mínimos, deixando ao intérprete uma grande latitude de escolha das concepções doutrinárias que resultem adequadas em face dos mandamentos constitucionais e da respectiva adequação sistêmica. Nessa linha, parece apropriado o entendimento que concebe a função disciplinar<sup>7</sup> na esfera administrativa como uma relação punitiva ou sancionadora de caráter especial, a regular a conduta de pessoas determinadas, sujeitas a relações de supremacia não territorialmente limitadas.<sup>8</sup>

Compreendendo-se de tal forma a função disciplinar, é fácil perceber a sua possível correlação com a função hierárquica existente no âmbito do Direito Administrativo. Pretende-se com tal observação recuperar a filiação primária da função disciplinar aos métodos e institutos do Direito Administrativo, refutando a aplicação acrítica e extensiva dos paradigmas e métodos próprios do Direito

4 “Sabendo-se que um bem é todo o elemento apto à satisfação de uma necessidade, o conceito de bem jurídico é dotado de considerável amplitude: ele compreende toda a realidade possuidora de relevância social e protegida pela ordem jurídica – bem é “tudo o que sirva para o homem atingir qualquer fim” (OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014 [reimpressão da edição de novembro de 2013], v. 1. p. 438). Para um registro da evolução da categoria “bem jurídico” no âmbito do direito penal, consulte-se: SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 113-126.

5 Brasil, op. cit., p. 90-91. Para um registro das críticas a que foi submetida a teoria da identidade substancial, consulte-se: BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 10-52.

6 HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. *Revista de Direito Administrativo* (Seleção Histórica), Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 17, 1991.

7 Prefere-se o uso da locução “função disciplinar” ao invés de “poder disciplinar” porque o eixo metodológico do direito público gira em torno da ideia de dever, não da ideia de poder. O poder é instrumental, meio para que se cumpra aquele dever, atingindo-se a finalidade legal. Caracteriza-se, assim, como uma *função* no sentido jurídico do termo, pois existe uma situação jurídica, assinalada por um comando normativo, com uma finalidade a cumprir, mediante o manejo de certos poderes. Sobre isso: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13-16.

8 Sobre o tema: Barros Júnior, op. cit., p. 63-65.

Penal. É importante notar que essa diferenciação entre o tratamento dos ilícitos penais e dos ilícitos administrativos tem simples propósito metodológico e didático, recusando qualquer ideia de ontologização dos conceitos.<sup>9</sup> Sabe-se que é facultado ao legislador escolher a técnica adequada para proteção de determinados bens jurídicos, e que, além disso, pode alterar seu entendimento a qualquer tempo, “convertendo” ilícitos administrativos em ilícitos penais e vice-versa, dificultando a elaboração de qualquer distinção rigorosa entre temas criminais e temas disciplinares. Por isso, a distinção assumida neste texto entre as classes de ilícitos tem menos a ver com uma posição teórico-conceitual fechada, e mais com um enfoque prático-hermenêutico no uso dos conceitos jurídicos.

Em razão de tal posicionamento, propõe-se aqui que a aproximação entre ilícitos penais e ilícitos administrativos deve ser buscada em outro nível ou estrato de comparação. A resposta para esse problema específico não está no âmbito sistemático, na estrutura interna do sistema e de seus diversos componentes, mas na forma como um determinado recorte do ordenamento jurídico (o Direito Administrativo Disciplinar) produz efeitos sobre a realidade. A solução pode ser encontrada na análise do sentido de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar, que circunscreve o campo e as possibilidades de sua efetiva intervenção.

Considerando o giro interpretativo proporcionado pela mudança de foco, a tese da unidade substancial pode ser recepcionada de forma fraca ou mitigada, partindo de um simples reconhecimento de certas semelhanças morfológicas entre o Direito Administrativo Disciplinar e o Direito Penal. Um ponto comum decorrente dessa coincidência de formato entre as respectivas classes de ilícitos é justamente a fragmentariedade da intervenção, por meio da seleção dos bens jurídicos aptos a serem tutelados ou protegidos. Não é a totalidade da vida que é alcançada pela incidência da função disciplinar, mas apenas os recortes fixados na legislação vigente. Resta a pergunta pela intensidade e pelo modo de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar (vale dizer, pelo seu sentido) à luz do reconhecimento de uma intervenção fragmentária, voltada para a tutela de bens jurídicos específicos.

A solução apontada em anterior oportunidade parte de uma operação de integração conceitual, transportando uma formulação doutrinária do Direito Penal para o campo do Direito Administrativo Disciplinar. Ao operar um deslocamento de sentido – uma resignificação, em termos semânticos – trasladando um conceito para outro domínio de aplicação, pretende-se construir uma resposta adequada e transversal para a questão do sentido de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar.<sup>10</sup> Desse modo, propõe-se o uso de uma noção formulada inicialmente para aplicação no seio do Direito Penal: trata-se do conceito de “intervenção

9 Sobre o interessante tema do “fetiche da lei” (ou seja, da objetificação dos conceitos jurídicos), consulte-se: OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 60.

10 A permanente atualização dos significados dos conceitos jurídicos e das construções argumentativas constitui circunstância inerente à historicidade própria dos conceitos nas ciências humanas, portadores que são de diversas camadas de sentido. Por isso, estão sempre abertos à reconstrução e ao uso inovador. Sobre o tema da historicidade e da polissemia dos conceitos, consulte-se: BARROS, José D'Assunção. *Os conceitos: seus usos nas ciências humanas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016, p. 52-65.

minimamente necessária”.<sup>11</sup> O conceito permite equacionar a relação entre o modelo de intervenção fragmentária inerente ao Direito Administrativo Disciplinar e o papel estratégico e funcional atribuído ao Ministério Público no texto da Constituição da República.

Com efeito, o Direito Administrativo Disciplinar apresenta-se como um dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento da missão dada ao Ministério Público no texto constitucional e na subsequente legislação infraconstitucional. A pauta do Ministério Público na Constituição da República é clara, podendo ser inteiramente deduzida de suas missões primárias: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por essa razão, o correto e eficiente desempenho de tais atribuições pelos órgãos do Ministério Público afigura-se essencial na construção do Estado Democrático de Direito instaurado em sede constitucional. Sobre o sentido estratégico do papel do Ministério Público, diz a doutrina:<sup>12</sup>

No Pacto de 1988, o constituinte conferiu ao Ministério Público a tarefa de promover os interesses estratégicos da sociedade brasileira, o que implica participação ativa na implementação do projeto de democracia substantiva nela delineado. As forças sociais vitoriosas no processo constituinte apostaram no Ministério Público, projetando-o como um dos principais protagonistas do processo de democratização que ali se iniciava.

Em face da importância e da extensão das tarefas conferidas ao Ministério Público para a garantia do cumprimento da ordem constitucional, resta clara a dimensão estratégica decorrente da necessidade de um desempenho funcional eficiente e de alta qualidade. É por isso que o Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos agentes do Ministério Público deve, pois, ser exercido da forma minimamente necessária à efetivação, por seus agentes, de uma conduta funcional eficaz, apta ao cumprimento da missão estabelecida pela Constituição da República.

Não há espaço, portanto, para um “Direito Administrativo Disciplinar mínimo”, simetrizado com sua formulação na área penal, vinculado a um dogma liberal ultrapassado e alienado em relação ao papel do Ministério Público no texto constitucional.<sup>13</sup> Da mesma forma, não há razão para a existência de um Direito Administrativo Disciplinar excessivamente interventivo, afastado de sua missão de tutela de bens jurídicos e posto a serviço de metas meramente quantitativas, instrumentais ou político-institucionais. À parte as desarrazoadas perspectivas fundadas no minimalismo ou no maximalismo, propõe-se como constitucionalmente adequada uma intervenção administrativa disciplinar na forma minimamente necessária ao cumprimento da missão constitucional do Ministério Público.

11 SANTOS, André Leonardo Coppeti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 27-38, 2003.

12 Goulart, op. cit., p. 218-219.

13 Para a crítica do minimalismo penal: Santos, op. cit., p. 27-38.

### 3. INFRAÇÃO DISCIPLINAR E SEUS ELEMENTOS ESTRUTURANTES

Apresentados alguns elementos para reflexão crítica sobre as premissas, os lineamentos e o sentido de aplicação do Direito Administrativo Disciplinar dos agentes do Ministério Público, parece necessário realizar também um breve exame de sua unidade conceitual básica, i.e., a falta ou infração disciplinar.

Para tanto, intenta-se submeter o conceito de falta disciplinar a um breve reexame, estudando as possibilidades advindas do encontro da tradição jurídico-administrativa com os arranjos institucionais e conceituais presentes na Constituição da República, para viabilizar uma compreensão crítica do tema analisado. Pretende-se com isso não apenas uma análise de fundo teórico, mas também auxiliar os operadores no manejo prático dos temas ligados ao Direito Administrativo Disciplinar. Sem descer ao exame pontual das diversas legislações estaduais ou da legislação federal incidente na espécie, realiza-se uma operação de desconstrução analítica da noção de falta disciplinar, para evidenciar a sua estrutura básica e os seus elementos constitutivos.

O caminho escolhido tem suas especificidades. Embora ocorra evidente paralelo morfológico com o conceito analítico do crime, em suas diversas variantes doutrinárias, optou-se por buscar os componentes do conceito de falta disciplinar não no âmbito penal, mas na tradição do Direito Administrativo brasileiro, conforme ressaltado no exame dos lineamentos do Direito Administrativo Disciplinar. Há uma nota discricionária nessa escolha, como não poderia deixar de ser (todo ato de atribuição de sentido no contexto de uma determinada tradição cultural envolve escolhas razoáveis no âmbito de uma gama de possibilidades), mas a decisão de recuperação dos elementos presentes na tradição jurídica está em consonância com a perspectiva hermenêutica adotada como pressuposto orientador do trajeto metódico afirmado neste artigo.<sup>14</sup>

Como salientado, o Direito Administrativo Disciplinar filia-se ao Direito Administrativo, com suas peculiaridades conceituais e metodológicas. Assim, o aparato conceitual do Direito Administrativo Disciplinar deve ser construído a partir dessa premissa, sem transplantes excessivos de outros ramos do direito. É claro que é importante manter o diálogo permanente entre os diversos horizontes de racionalidade presentes na metodologia jurídica: teórica, tecnológico-social e prático-jurisprudencial.<sup>15</sup> Por isso, como ressaltado no tópico anterior, quando da utilização transversal e interdisciplinar de construção argumentativa advinda de outra matriz teórica, entende-se que a interdisciplinaridade é necessária e produtiva, especialmente no contato com institutos do Direito Penal, desde que realizada de forma crítica.

14 Com a menção à perspectiva hermenêutica, o que se pretende destacar no percurso comparativo entre aportes doutrinários e textos legislativos é o papel constitutivo da linguagem na formação do horizonte de compreensão do intérprete, demandando especial atenção às formulações conceituais presentes na tradição jurídica. Sobre o tema da linguagem na hermenêutica: SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. de Fábio Ribeiro. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 165-188.

15 Sobre o tema: CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Studia Iuridica, I. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2013 [reimpressão], p. 34-81.

Isso posto, sugere-se uma divisão analítica para o conceito de falta ou infração disciplinar, compreendendo três elementos constitutivos básicos:

1. Elemento objetivo da tipificação (ato ou omissão).
2. Elemento subjetivo da tipificação (imputação a uma vontade esclarecida e livre).
3. Ilicitude (perturbação no funcionamento do serviço público).

Em termos gerais, os elementos estruturantes acima sugeridos correspondem a uma vetusta e respeitável lição da doutrina administrativa, que naquela ocasião se encontrava em outro estágio de desenvolvimento teórico e conceitual. Naquela obra, os elementos constitutivos da falta disciplinar são referidos respectivamente como “elemento material”, “elemento moral” e “elemento formal”.<sup>16</sup> A atualização terminológica acima realizada ilustra as possibilidades de um diálogo interdisciplinar produtivo com o Direito Penal, sem abandono das especificidades do Direito Administrativo. Ademais, entende-se que a tripartição sugerida, com raízes na tradição do Direito Administrativo brasileiro, atende melhor às necessidades práticas do cotidiano funcional dos agentes do Ministério Público e dos órgãos de controle, além de estabelecer um horizonte de compreensão para o objeto de estudo.

### 3.1. Elemento objetivo da tipificação

Sob a égide do elemento objetivo da tipificação disciplinar encontram-se as discussões atinentes à conduta do infrator e também, por óbvio, à tipicidade administrativa sobre ela incidente. O conceito genérico de conduta do agente não oferece maiores dificuldades, nele estando incluídos os comportamentos comissivos e omissivos. Quanto à tipicidade disciplinar propriamente dita, é necessário examinar as suas características no plano do Direito Administrativo, apontando a existência de eventuais especificidades em relação ao conceito de tipificação existente no Direito Penal.

Parcela da doutrina mais antiga, produzida antes da promulgação, em 1988, da Constituição da República, entendia não vigorar a regra da fixação taxativa em relação às faltas disciplinares, cogente no campo criminal. Os textos legislativos contentar-se-iam com a indicação genérica das infrações, não sendo obrigatória a previsão legal da falta para que fosse exercido o poder disciplinar<sup>17</sup>. É claro que esse modelo aberto de tipicidade da falta disciplinar produzia grande precariedade jurídica, não permitindo a identificação segura – *ex ante* – dos comportamentos vedados.

Por essa razão, e também pelo teor da Constituição da República, não mais se admite tal espécie de modelo descritivo inteiramente aberto, a ser “preenchido”

<sup>16</sup> FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 191.

<sup>17</sup> Sobre o tema: Barros Júnior, op. cit., p. 72.



pelo aplicador com ampla discricção interpretativa. Ao contrário, considera-se a tipificação das faltas administrativas como consequência do princípio da segurança jurídica, e este como corolário do princípio da legalidade. Segundo o magistério de Fábio Medina Osório, ao discorrer com propriedade sobre o tema:<sup>18</sup>

A tipicidade, em todo caso, é e há de ser considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete, com maior ou menor rigidez, dependendo do bem jurídico tutelado e dos direitos fundamentais em jogo, bem assim da natureza da relação de sujeição entre o Estado e o infrator.

Conforme ressaltado no texto anterior, há um dado que pode servir de baliza na distinção entre a tipicidade administrativa disciplinar e a sua congênere no direito criminal.<sup>19</sup> Trata-se do recurso frequente a conceitos jurídicos indeterminados na descrição das condutas tipificadas. O desvalor ético-social da conduta é expresso em fórmulas linguísticas amplas, com o propósito de enunciar comportamentos antitéticos às exigências do serviço público. Nesse ponto, para bem esclarecer a questão, transcreve-se a lição de Odete Medauar:<sup>20</sup>

As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas; ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, hão de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não se ensejem arbítrio e subjetividade.

Em suma, cumpre afirmar a necessidade de adequada tipificação administrativa para a responsabilização pela prática de faltas disciplinares, como decorrência da necessidade de segurança jurídica e como corolário do princípio da legalidade, em consonância com os ditames da Constituição da República. Essa tipicidade administrativa, todavia, é abrandada por uma construção típica mais aberta, parcialmente indeterminada, de forma a permitir uma salvaguarda mais eficaz dos bens jurídicos protegidos e uma defesa mais ampla do interesse público. Entretanto, destaca-se que a tipicidade mais aberta ou indeterminada não se confunde de forma alguma com a ideia de discricionariedade.

### 3.2. Elemento subjetivo da tipificação

Reúnem-se aqui todos os aspectos relativos à subjetividade e à volição do agente público, conectando a conduta a uma vontade esclarecida e livre. Na terminologia própria do Direito Penal, aqui trazida para compreensão do fenômeno tratado, o elemento subjetivo da tipificação (“elemento moral” da falta disciplinar, nos termos da doutrina tradicional antes referida) compreenderia o dolo<sup>21</sup> (e também a culpa *stricto sensu*, mas apenas quando for expressamente

18 OSÓRIO, Fábio Medina *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 232.

19 Brasil, op. cit., p. 95-96.

20 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 144.

21 O dolo é considerado aqui como ‘vontade realizadora do tipo’, desdobrado em um aspecto cognoscitivo e um aspecto volitivo. Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 480-505.

prevista ou logicamente decorrente da descrição típica), os elementos subjetivos especiais do tipo<sup>22</sup> e até a própria culpabilidade.<sup>23</sup> Dessa forma, todos os componentes relativos a essas categorias jurídicas advindas do campo criminal ficam alojados sob a égide do elemento subjetivo da tipificação.

É importante destacar que a necessidade de responsabilização individualizada, realizada segundo os ditames do *due process of law*, afasta qualquer possibilidade de responsabilização objetiva, sem avaliação da volição ou intenção do agente público faltoso. Os valores e princípios presentes no texto da Constituição da República, assim como a evolução científica do Direito Administrativo, trazem a necessidade de contínua atualização do elemento subjetivo da tipificação disciplinar, incorporando ao referido conceito o conteúdo do princípio da culpabilidade.

Portanto, para a caracterização da falta disciplinar, é necessário inquirir sobre a presença do dolo (ou da culpa, se for o caso), sobre a eventual presença dos elementos subjetivos especiais inerentes a cada figura típica (os *animi* próprios de cada tipo), e, acima de tudo, sobre a culpabilidade do agente, adaptada, no que for possível, para as peculiaridades do Direito Administrativo. É muito importante ressaltar que o agir-de-outro-modo, que é o cerne da noção de culpabilidade, deve ser sempre aferido em face de uma situação concreta, repudiando juízos generalizantes ou apriorísticos. A exigibilidade de outra conduta há de ser vinculada a um homem concretamente situado, “no sentido de que vive em um mundo e de que é, assim, aquilo que através da ação objetiva no mundo e que o mundo subjetiva nele”<sup>24</sup>.

### 3.3. Ilícitude

É no campo da ilicitude que habitualmente reside o núcleo das discussões práticas sobre o ato da falta disciplinar. De acordo com a doutrina tradicional antes citada, o aspecto formal da infração disciplinar consistiria na perturbação do serviço público pelo agente faltoso. Desse modo, pode-se afirmar que o “regular e eficiente andamento dos serviços públicos prestados à coletividade” constituiria o bem jurídico primário tutelado pelo conjunto de normas do Direito Administrativo Disciplinar. Por sua vez, a locução “perturbação da eficiência do serviço” indicaria o desvalor da conduta inversa, sinalizando uma ofensa ao bem jurídico protegido pelo respectivo tipo disciplinar.

Os demais bens jurídicos tutelados pelo Direito Administrativo Disciplinar constituem derivações daquele bem primário e podem ser agrupados nos conceitos sistematicamente correlatos de “ordem interna do serviço” e “prevalência da

22 Considerando-se tais elementos como indicativos do desvalor da conduta e codeterminantes do injusto da ação. Para o exame desses elementos subjetivos de caráter próprio, autonomamente situados ao lado do dolo do tipo: WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976, p. 50.

23 Compreendida como ‘poder-de-outro-modo’ concretamente apreensível no seio do processo histórico-causal. Neste sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 242-250. Em um sentido mais amplo, para um registro atualizado das discussões sobre culpabilidade, além dos milites do presente texto: BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico*. Curitiba: Juruá, 2017.

24 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 237.

legalidade”, formando o núcleo de proteção e garantia das normas de Direito Administrativo. A mesma conclusão é obtida analisando-se o sistema de princípios e valores presente na Constituição da República.

Assim, no plano da análise da ilicitude ocorre a verificação da contrariedade às regras do ordenamento jurídico e da agressão ao bem jurídico que se encontra protegido pela tipicidade disciplinar. Quanto ao modo de caracterização da ilicitude, a tese sustentada neste artigo é a de que o Direito Administrativo Disciplinar trabalha com um conceito de ilicitude material. Somente quando caracterizada uma ofensa concreta ao bem jurídico é que estará presente a antijuridicidade necessária para a responsabilização disciplinar.

Como no Direito Penal, a ofensa ao bem jurídico pode consistir em uma lesão ou em uma submissão a perigo.<sup>25</sup> Salienta-se, porém, que o perigo a que é submetido o bem jurídico deve ser sempre concreto, não mais se admitindo a ideia de um perigo puramente abstrato para o bem jurídico. De qualquer maneira, somente a avaliação das condições reais de exercício funcional do agente público (ou seja, o exame das peculiaridades concretas do desempenho profissional) permitirá aferir a concretude do risco para o bem jurídico tutelado pela norma disciplinar.

Entretanto, cumpre registrar posição diversa em sede doutrinária, compreendendo que a ilicitude no âmbito disciplinar tem natureza formal:<sup>26</sup>

Prescindindo do resultado maléfico que possa produzir contra a administração pública, consuma-se a falta disciplinar com a mera conduta exteriorizada pelo funcionário transgressor, ainda que não seja concretizado o resultado danoso. Daí dizer-se que o ilícito disciplinar é formal. Basta apenas quer haja o risco de que tal dano possa ser produzido.

Respeitando-se o posicionamento acima transcrito, repisa-se o entendimento antes professado, no sentido de que, para a sua plena efetivação, a falta disciplinar necessita ofender concretamente o bem jurídico protegido pela regra de direito.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O texto examinou de forma sintética algumas questões relativas ao Direito Administrativo Disciplinar aplicável aos agentes do Ministério Público. Para tanto, abordou suas premissas, contornos e sentido de aplicação, circunscrevendo suas efetivas possibilidades de intervenção. Em seguida, examinou a estrutura da falta ou infração disciplinar, destacando os seus elementos constitutivos, a partir da recuperação da tradição do Direito Administrativo brasileiro e de uma releitura dessa tradição à luz da Constituição da República e da evolução dos conceitos jurídicos ocorrida nas últimas décadas. Apesar do recurso frequente a fundamentos de ordem teórica, o artigo tem finalidade preponderantemente prática, com foco na efetiva aplicação do Direito

25 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 87-88.

26 COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 210.

Administrativo Disciplinar, de modo a facilitar a produção de manifestações em sede disciplinar, nas diversas posições ou situações procedimentais.

Como destacado no curso do texto, o papel do Ministério Público foi reconfigurado na Constituição da República, assumindo uma dimensão estratégica na consecução da ordem constitucional em toda a sua plenitude. A própria atuação processual foi impactada, sendo objeto de um redesenho constante no período pós-1988, para privilegiar cada vez mais uma postura resolutiva em face dos desafios jurídicos e sociais contemporâneos. Com isso, de forma paradoxal, o nível de conflitualidade na atuação do Ministério Público aumentou, em que pese o uso intensivo dos instrumentos extrajudiciais de composição de conflitos. Diante da expansão das atribuições e do campo de atuação, há uma maior interface, uma maior “superfície de contato” com diversos segmentos da sociedade, expondo o Ministério Público a novas áreas de atrito. Nesse quadro, o papel das Corregedorias também se transformou, recebendo cada vez mais fatos para análise e ampliando sua atuação proativa, o que proporciona um desempenho mais intenso e direto no controle da atividade funcional.

O Direito Administrativo Disciplinar não é uma panaceia, mas apenas um instrumento importante na composição do quadro de referência legal e deontológica da atividade funcional do Ministério Público. É claro que a via repressiva tem suas limitações, devendo servir somente para a correção das imperfeições realmente relevantes no desempenho da função pública, por meio de uma intervenção minimamente necessária. Não se presta, portanto, a uma intervenção maximizada ou desproporcional. Nesse contexto, a reflexão crítica sobre os fundamentos do Direito Administrativo Disciplinar pode auxiliar na percepção renovada dos objetivos institucionais, iluminando o caminho para a reflexão sobre novas formas de atuação institucional e de proteção do interesse público e social. Afinal, é para tal objetivo que se orienta toda a legislação institucional do Ministério Público: servir à coletividade por meio do cumprimento das tarefas afirmadas na Constituição da República.

## 5. REFERÊNCIAS

BARROS, José D’Assunção. *Os conceitos: seus usos nas ciências humanas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 53, p. 89-106, 2004.

BUONICORE, Bruno Tadeu. *Culpabilidade e fundamentos filosóficos: compreensão do conteúdo material à luz do conceito onto-antropológico*. Curitiba: Juruá, 2017.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. *Stvdia Ivridica*, I. Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 2013 [reimpressão].

COSTA, José Armando da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

GOULART, Marcelo Pedroso. Corregedorias e Ministério Público resolutivo. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público*, Brasília, v. 1, p. 217-237, 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica)*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 15-21, 1991.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

OHLWEILER, Leonel. *Direito administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014 [reimpressão da edição de novembro de 2013]. v. 1.

SANTOS, André Leonardo Coppeti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 1. p. 27-38, 2003.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no Estado Democrático de Direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. de Fábio Ribeiro. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1991.

WESSELS, Johannes. *Direito penal (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.