

A ATIVIDADE FISCALIZADORA DAS CORREGEDORIAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE DISCIPLINAR

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Resumo: O presente artigo busca identificar os objetivos do Direito Administrativo Disciplinar e as funções da sanção disciplinar. Da mesma forma, pretende iniciar a discussão a respeito do método de aplicação da sanção disciplinar aos membros do Ministério Público brasileiro.

Palavras-chave: Ministério Público. Fundamentos da pena disciplinar. Aplicação da sanção disciplinar.

Abstract: The present article seeks to identify the goals of the Disciplinary Administrative Law and the functions of the disciplinary sanctions. Besides, seeks to begin the discussion about the methods of determination of the disciplinary sanctions imposed to the Public Prosecutors in Brazil.

Keywords: Public Prosecutor Office. Foundations of the Disciplinary Sanctions. Determination of Disciplinary Sanctions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da aplicação da Pena. 2.1. Da identificação da sanção aplicável. 2.2. Da aplicação da sanção na teoria da pena exata (regra aplicável à maioria das sanções disciplinares). 2.3. Da aplicação da sanção na teoria do âmbito do jogo (v.g. suspensão). 2.4. Do concurso de ilícitos disciplinares. 3. Conclusão. 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

O papel da Corregedoria na sua atividade fiscalizadora não se esgota com a apuração dos fatos em reclamação disciplinar ou em sindicância, afigurando-se fundamental o acompanhamento do resultado dos trabalhos por ela desenvolvidos.

Assim, a coroação e ápice de um trabalho adequado da Corregedoria, caso se confirmem os fatos descritos na peça de acusação, vem com a condenação a uma sanção disciplinar justa.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do *Max-Planck-Institut* para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg/Alemanha. É promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, estando atualmente convocado para atuar como membro auxiliar da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Atua, também, como promotor-corregedor da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná.

Essa simples constatação já é suficiente para revelar a importância, também para a Corregedoria, do desenvolvimento de critérios adequados para a aplicação da sanção disciplinar, mesmo porque caberá à Corregedoria, também, avaliar se houve a adequada aplicação da pena para decidir se é o caso ou não de interposição de recurso perante o órgão interno de revisão ou mesmo de propositura de pedido de revisão de processo administrativo disciplinar perante o plenário do Conselho Nacional do Ministério Público.

Tal relevância, no entanto, é diretamente proporcional à complexidade e dificuldade que apresenta a abordagem do tema, que envolve questões profundas, como as que tratam das funções do Direito Administrativo Disciplinar, da relação entre tais funções e a aplicação da sanção, assim como dos parâmetros e *guidelines* de determinação da pena.

Toda essa complexidade, inexoravelmente, leva a uma primeira conclusão: um artigo introdutório sobre o tema da aplicação da sanção disciplinar, como o presente, para que possa se desenvolver de modo minimamente fluido, deve, necessariamente, partir de algumas premissas, sobre as quais – por limitações de tempo e espaço – não será possível debater com a profundidade necessária.

Com isso em mente, no presente trabalho da opção metodológica de assumir, sem discussão, três premissas fundamentais para o desenvolvimento do tema.

(i) A primeira premissa diz respeito à função do Direito Administrativo Disciplinar. Aqui, partir-se-á da concepção de que o Direito Disciplinar tem como função iniludível prevenir a prática de novos ilícitos administrativos. Assim, a exemplo do que ocorre no Direito Penal, levar-se-á em conta neste trabalho que a pena não tem função retributiva, mas sim preventiva².

Afinal, como bem preconiza Vives Antón:

[...] toda punição que não sirva absolutamente a qualquer finalidade de prevenção geral, nem especial e que, portanto, não cumpra função alguma de tutela, é juridicamente inaceitável, por mais grave que seja o delito que justifique a sua imposição; pois, carente de qualquer finalidade, a punição já não seria uma pena jurídica, mas sim uma espécie de exorcismo.³

A segunda premissa, que servirá de apoio ao presente artigo, é a de que deve existir necessariamente uma inter-relação entre as funções do Direito

² A respeito da evolução dessa discussão sobre os fundamentos da pena em Direito Penal, Schünemann consigna que: “Na Alemanha dominou até os anos sessenta a teoria da retribuição, sendo que a teoria da prevenção geral, estava, ao mesmo tempo, também em descrédito. Contra essa, entre outras coisas, se havia objetado – já em 1963, por nosso homenageado, professor e mentor Claus Roxin – que não podia fundamentar o rigor da pena, nem limitar suas consequências; que era questionável desde o ponto de vista político-criminal e que carecia de uma firme legitimação em consonância com os fundamentos jurídicos. Poucos anos mais tarde, se proclamava o ‘adeus a Kant e Hegel’ pelos que haviam sido autores do Projeto Alternativo, que tão extraordinariamente influenciou na reforma do Direito penal e que permitiu a na sequência considerar, durante certo tempo, como verdadeiro motor da reforma penal alemã, a tese da prevenção especial, com as medidas de segurança de caráter sócio-terapêutico como sua ponta de lança, propostas por dito Projeto e aceitas à época pelo legislador. No entanto, poucos anos mais tarde, se declarava em uma ampla frente a crise da ideologia do tratamento. E se alça agora, com impressionante rapidez, surgindo como a Fênix das cinzas, o conceito da denominada prevenção geral positiva. Em 1992, Claus Roxin a classifica como ‘quase dominante’” (SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva*, in *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (homenaje a Claus Roxin). Barcelona: Bosch, 1997, p. 89-90).

³ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 1060.

Disciplinar e as balizas interpretativas que iluminarão as operações de aplicação da sanção disciplinar.

Em outras palavras, na aplicação da pena disciplinar, a autoridade administrativa deverá, necessariamente, levar em conta a função preventiva do Direito Disciplinar como norte interpretativo⁴.

A última premissa adotada neste trabalho – e possivelmente, também, a mais problemática – é a de que a melhor forma de prevenir a prática de novas infrações disciplinares é por meio da observância de uma relação de proporcionalidade entre a gravidade do fato e a gravidade da pena.

Essa última premissa pode causar certa estranheza precisamente porque a ideia de proporcionalidade tem íntima ligação com a natureza retributiva da pena (que é rechaçada neste trabalho, como visto na primeira premissa), não tendo tradicionalmente vinculações diretas com as teorias preventivas.

No entanto, aqui se defende que a melhor forma de prevenir ilícitos é que a Administração tenha uma atuação justa, evitando-se, assim, o surgimento de sentimentos de revolta naqueles que eventualmente tenham imposta contra si uma pena excessiva ou de sentimentos de desamparo naqueles que – apesar de terem se deparado ou sofrido os efeitos de um ilícito disciplinar grave – acabem por verificar, ao final, a aplicação de uma pena insuficiente⁵.

Em suma, aqui se defende que, na aplicação da sanção disciplinar, deve-se levar em conta que:

- (i) o Direito Disciplinar tem uma nítida função preventiva;
- (ii) na aplicação da pena, tal função deve ser levada em consideração; e

(iii) a melhor forma de promover-se a função preventiva do Direito Disciplinar é por meio da observância rigorosa pelo julgador do princípio da proporcionalidade, em que deve existir um paralelismo entre a gravidade do fato e a gravidade da pena, evitando-se excessos e insuficiências.

2. SOBRE A APLICAÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR

Assentados esses três pontos fundamentais, não há alternativa que não o exame da legislação de regência sobre o tema para verificar como deve se dar a aplicação da sanção disciplinar.

4 A doutrina majoritária do Direito Penal – cujas razões aqui são também aplicáveis –, do mesmo modo, entende que deve existir necessariamente tal inter-relação. No entanto, vale advertir que vêm ganhando forças as propostas que propugnam uma desvinculação entre a função preventiva do Direito Penal e os critérios de aplicação da pena (nesse sentido são especialmente as teorias da proporcionalidade da pena). Sobre esse tema, cf.: BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena: Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch 2011, p. 85 e seguintes.

5 Sobre esse tema e a fundamentação para adotar essa premissa, discorri largamente alhures (ainda que com a finalidade de justificar a necessidade de um tratamento penal mais severo para os injustos dolosos que para os culposos): CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del Lenguaje*. Tesis (Doctoral) – Universidad Pablo de Olavide, 2016a, p. 64 e seguintes.

Antes, porém, é de se consignar que, no que diz respeito ao regime jurídico de aplicação da sanção disciplinar – a exemplo do que ocorre no Direito Penal –, as Leis Orgânicas do Ministério Público têm à sua disposição, pelo menos, três modelos fundamentais de individualização da pena:

(i) a teoria do âmbito de jogo (*Spielraumtheorie*), que defende que a aplicação da pena não pode ser estabelecida em um ponto concreto, mas sim que deve existir uma franja de atuação, com patamares mínimos e máximos previstos pelo legislador, no âmbito do qual o julgador deve trabalhar para a individualização da pena;

(ii) a teoria da pena exata (*Punktstrafetheorie*), em que se defende que a culpabilidade deve ser concretizada por meio de um ponto exato, sendo que somente tal valor é o adequado para reprovar a culpabilidade do sujeito, ou seja, o legislador fixa a pena que entende correspondente a cada delito; e

(iii) a teoria do valor de posição (*Stellenwerttheorie*), em que, uma vez fixado o *quantum* da pena em um ponto concreto, deve-se, em seguida, avaliar o tipo de pena a ser aplicada, de acordo com os fins preventivos da sanção penal⁶.

Expostas essas hipóteses, cumpre agora analisar qual foi o regime jurídico de aplicação da pena escolhido pelo legislador para ser aplicado aos membros do Ministério Público brasileiro.

Aqui, porém, enfrenta-se um grave problema: cada Lei Orgânica de cada Ministério Público tem a competência legislativa e a possibilidade de estipular um regime próprio de aplicação de sanção administrativa aos seus respectivos membros.

Felizmente, contudo, apesar dessa possibilidade, é possível constatar – da análise das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União – que a solução apresentada pelos diversos legisladores foi bastante homogênea, uma vez que quase todas as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos brasileiros⁷, com exceção de uma⁸, acabaram por adotar, em geral, a teoria da pena exata.

6 BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Civitas: Pamplona, 2010, p. 1304-1305. Sobre o tema, também, veja-se: MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg, 2001, p. 146 e seguintes; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena: Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. Marcial Pons: São Paulo, 2015, p. 35 e seguintes.

7 Cf.: LOMPAC, arts. 198 a 199; LOMPAL, arts. 170 a 175; LOMPAP, art. 161; LOMPAM, arts. 132 a 135; LOMPBA, arts. 212 a 219; LOMPCE, arts. 229 a 242; LOMPES, arts. 129 a 133; LOMPGO, arts. 196 a 200; LOMPMA, arts. 141 a 145; LOMPMT, arts. 94 a 97; LOMPMS, art. 178; LOMPMPG, arts. 209, 211 a 220; LOMPPA, arts. 170 a 176; LOMPPPB, arts. 190 a 195; LOMPPPR, art. 16; LOMPPE, arts. 80 a 85; LOMPPI, arts. 152 a 158; LOMPJR, arts. 129 a 132; LOMPJR, arts. 215 a 220; LOMPJR, arts. 115 a 118b; LOMPJR, arts. 153 a 156; LOMPJR, arts. 153 a 158; LOMPJR, arts. 240 a 244; LOMPJR, arts. 129 a 132; LOMPJR, arts. 176 a 181; LOMPJR, art. 240.

8 A Lei Orgânica do MPSC, relativamente às penas de advertência, censura ou suspensão inferior a quarenta e cinco dias, parece adotar a teoria do âmbito de jogo (vide: “Art. 223. As penas de advertência, censura ou suspensão inferior a quarenta e cinco dias serão aplicadas no caso de descumprimento de dever funcional, conforme a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada, os danos que dela resultaram ao serviço, a terceiro, à dignidade da Instituição ou da Justiça, e os antecedentes do infrator”). Ainda que, relativamente às sanções de suspensão, de quarenta e cinco a noventa dias (art. 224), de cassação de disponibilidade ou da aposentadoria (art. 226) e demissão (art. 227), também, adote a teoria da pena exata.

No entanto, tal homogeneidade tem uma importante exceção escondida no bojo de grande parte das Leis Orgânicas consistente na previsão da aplicação da pena de suspensão⁹.

Isso porque, normalmente, a previsão da pena de suspensão traz consigo um marco mínimo de dias de suspensão e um marco máximo, adotando, dessa maneira, a denominada teoria do âmbito do jogo.

Em suma, a maioria das sanções administrativas aplicáveis aos membros do Ministério Público brasileiro segue a teoria da pena exata, tendo tal regra uma exceção principal no que diz respeito à pena de suspensão, em que se adota a teoria do âmbito do jogo.

Assentada essa premissa, tem-se claro que a operação de aplicação da sanção disciplinar deverá atentar-se para os seguintes passos: a) identificar a pena correspondente ao tipo administrativo; b) caso a pena aplicável seja exata, deverá esta ser a aplicada; e c) caso a pena aplicável submeta-se ao âmbito do jogo, deverá o julgador realizar uma nova operação, em que deverá individualizar a pena entre os marcos estabelecidos na lei.

De tal maneira, com o objetivo de dar seguimento ao exame da fixação da pena disciplinar no âmbito do Ministério Público, a seguir serão expostos esses passos com maior detalhamento.

2.1. Da identificação da sanção aplicável

O Direito Administrativo Disciplinar trabalha – a exemplo do Direito Penal – com tipos administrativos que descrevem as condutas ilícitas e as correspondentes sanções a serem aplicadas.

No entanto, ao contrário do Direito Penal, o Direito Disciplinar – precisamente por ser a *prima ratio*, e não a *ultima ratio* como é o Direito Penal – trabalha com tipos administrativos mais abertos¹⁰.

9 Nesse sentido, veja-se a previsão do art. 164, incisos IV e V, da LOMPPR: “Art. 164. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas: (...) IV - a de suspensão, até quarenta e cinco dias, em caso de reincidência em falta anteriormente punida com censura; V - a de suspensão, de quarenta e cinco a noventa dias, em caso de reincidência em falta anteriormente punida com suspensão até quarenta e cinco dias, e mais seguintes:” Constata-se, pois, que a pena de suspensão pode ser fixada entre um a quarenta e quatro dias ou entre quarenta e cinco e noventa dias, ou seja, existem marcos mínimos e máximos para a fixação da pena de suspensão.

10 Ainda que em Direito Administrativo exista certo grau de liberdade na elaboração de tipos administrativos mais abertos, há restrições a tal técnica de tipificação. A esse respeito, consigna García de Enterría o seguinte a respeito do Direito Administrativo espanhol, cujo raciocínio é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro: “En materia disciplinaria [...] resulta difícil evitar [...] la formulación de standards deontológicos de conducta a los que conectar efectos sancionatorios. A este efecto, convendrá retener dos cosas: una, que el artículo 26 de la Constitución prohíbe formalmente los llamados Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración Civil, que juzgaban ‘en conciencia’ si el inculpado era ‘indigno de seguir desempeñando sus funciones’ (Ley 17 octubre 1941), juicio abierto e inmotivado que resulta, por tanto, excluido de nuestro ordenamiento, y no sólo por razones de procedimiento; en segundo lugar, que esos standards deberán interpretarse como conceptos jurídicos indeterminados y, por tanto, deberá rellenarse a través de un análisis pormenorizado y concreto de los hechos y de una calificación de los mismos desde los valores expresos en dichos conceptos jurídicos y no por meros juicios apodícticos o de invocación del abstracto honor o dignidad de un colectivo.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2006, p. 180). Sobre deontologia no Ministério Público, cf.: PACILEO (2011, p. 413 e ss).

Precisamente por conta dessa abertura, é comum na prática que a Administração Pública se depare com uma conduta que pode ser subsumida a mais de um tipo administrativo.

Em outras palavras, considerando que existem diversos tipos administrativos abertos nos ilícitos disciplinares, torna-se bastante frequente a constatação de que a um mesmo fato seja possível aplicar mais de um tipo legal.

De tal maneira, caso isso ocorra, estará configurado o que tecnicamente se denomina de concurso aparente de normas ou de leis, em que um mesmo fato pode ser subsumido a duas normas distintas.

Nesses casos, o julgador deverá lançar mão dos três critérios existentes para a solução do conflito aparente de normas, quais sejam, o princípio da especialidade, da subsidiariedade e da consunção.

(i) O princípio da especialidade é aplicado quando existe a possibilidade da aplicação de duas normas, mas um dos tipos legais (*lex specialis*) ostenta determinadas características adicionais que o outro não detém (*lex generalis*), devendo, portanto, ser aplicado o tipo especial (*lex specialis derogat legi generali*)¹¹.

(ii) O princípio da subsidiariedade incide quando um determinado tipo legal deva ser aplicado apenas de forma subsidiária, existindo, pois, uma lei primária que deve ser a utilizada no caso (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)¹².

(iii) O princípio da consunção deve ser utilizado quando “o conteúdo de um ilícito-típico inclui em regra o de outro facto, de tal modo que, em perspectiva jurídico-normativa, a condenação pelo ilícito-típico mais grave exprime já de forma bastante o desvalor de todo o comportamento.”¹³

Portanto, uma vez constatada a existência de um conflito aparente de normas, cumprirá ao julgador empregar esses três princípios para a solução do conflito com o objetivo de identificar o tipo administrativo mais adequado ao fato que é objeto do processo administrativo disciplinar.

Por fim, caso persista a dúvida interpretativa do tipo administrativo aplicável, cumprirá ao julgador fazer a subsunção pelo tipo administrativo mais benéfico, em uma espécie *in dubio pro reo* interpretativo.

O uso desse último princípio, porém, é excepcionalíssimo, uma vez que o *in dubio pro reo* é utilizado, via de regra, para a solução a respeito de dúvidas de fato, sendo que as dúvidas a respeito da aplicação do direito, como visto, devem ser solucionadas com o auxílio dos vetores e critérios de interpretação.

Assim, cumprida a primeira etapa da aplicação da pena, consistente na identificação clara do tipo penal a ser aplicado à espécie, cumprirá ao julgador verificar se a sanção correspondente ao aludido tipo penal prevê uma pena exata

11 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral, Tomo I. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Coimbra/RT, 2007, p. 994 e ss.

12 Ibid., p. 997 e ss.

13 Ibid., p. 100-1001.

(v.g. advertência, censura, demissão, cassação de aposentadoria) ou prevê um âmbito de jogo na aplicação da pena (v.g. suspensão de quinze a trinta dias).

Dependendo do critério adotado pelo legislador, as operações relativas à aplicação da pena seguirão um caminho distinto, como se explicará a seguir.

2.2. Da aplicação da sanção na teoria da pena exata (regra aplicável à maioria das sanções disciplinares)

Uma vez constatado que o tipo administrativo aplicável à espécie adota a teoria da pena exata, fica fácil a aplicação da pena, uma vez que, nesse caso,

[...] não é possível admitir que exista um marca ou uma zona adequada à culpabilidade, mas apenas que a culpabilidade deve concretizar-se em um ponto exato. Esse e somente esse é conteúdo da pena adequado à culpabilidade do sujeito.¹⁴

Nesses casos, portanto, não há discricionariedade do julgador, devendo, pois, aplicar precisamente aquela pena prevista em lei para o ilícito praticado.

No sentido de que a aplicação da pena nesses casos é um ato vinculado, é farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vem decidindo que:

4. Não obstante os procedimentos administrativos estarem sujeitos a controle judicial amplo quanto à legalidade, uma vez verificado que a conduta praticada pelo servidor se enquadra em hipótese legal de demissão (art. 132 da Lei 8.112/1990), a imposição dessa sanção é ato vinculado, não podendo o administrador ou o Poder Judiciário deixar de aplicá-la ou fazer incidir sanção mais branda amparando-se em juízos de proporcionalidade e de razoabilidade.¹⁵

Portanto, quando a pena prevista para o tipo administrativo é determinada, não se faz mais necessária a observância de qualquer outra etapa na dosimetria da pena: basta aplicar a sanção prevista em lei.

2.3. Da aplicação da sanção na teoria do âmbito do jogo (v.g. suspensão)

Caso o tipo administrativo, no entanto, preveja uma pena que estabeleça marcos mínimos e máximos, em clara adoção à teoria do âmbito do jogo, como ocorre normalmente com as penas de suspensão, o procedimento da aplicação da pena prescindirá de uma nova etapa.

14 BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal*, op. cit., p. 1304. Veja-se que esse modelo está praticamente abandonado no Direito Penal, cf.: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*, op. cit., p. 36.

15 STJ – MS 18.350/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2016, DJe 29/11/2016. Veja-se que há um largo número de precedentes nesse sentido, como, inclusive, consta da ementa citada, *verbis*: “Nesse sentido: MS 21.197/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 10.2.2016; MS 18.504/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 2.4.2014; MS 18.122/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20.2.2013; MS 15.690/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.12.2011; MS 15.437/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 26.11.2010; MS 11.093/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe 2.6.2015; RMS 35.667/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.9.2013, e AgRg no REsp 1.279.598/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 31.10.2014.”

Nesse caso, cumprirá inicialmente ao julgador examinar se na respectiva Lei Orgânica existe algum dispositivo orientador a respeito de como deverá ser calibrada a pena entre os marcos mínimos e máximos.

Na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná, assim como na Lei Orgânica do Ministério Público da União (a exemplo do que ocorre em outras Leis Orgânicas), existe previsão expressa que estabelece as balizas de tal fixação da pena.

Nesse sentido, o art. 241 da LOMPU dispõe:

Art. 241. Na aplicação das penas disciplinares, considerar-se-ão os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça.¹⁶

Assim, cada um desses critérios deverá ser sopesado, no momento da aplicação da sanção disciplinar, para examinar se a pena deverá ser fixada no mínimo, em patamar intermediário ou no seu máximo legal.

Veja-se que essa operação de aplicação da pena disciplinar deverá ser iluminada pelo horizonte interpretativo estabelecido pelas funções do Direito Administrativo Disciplinar, consistente na busca do ideário preventivista que deve informar toda e qualquer aplicação de sanção administrativa, como já consignado no início deste trabalho.

Assim, a observância do princípio da proporcionalidade entre a gravidade do fato e a severidade da sanção, como meio de obtenção de penas justas, constituirá um inegável parâmetro a ser seguido nas operações de aplicação dessas penas disciplinares.

Vale lembrar, como pontua Hörnle, que:

A gravidade do delito depende da responsabilidade objetiva (do dano, em outras palavras) e da responsabilidade subjetiva (as intenções e grau de negligência), assim como da culpabilidade individual.¹⁷

De tal maneira, a pena deve guardar um grau de severidade paralela à gravidade do ilícito, com o objetivo de promover-se a função preventiva do Direito Disciplinar, evitando-se, assim, penas insuficientes ou excessivas.

2.4. Do concurso de ilícitos disciplinares

Por fim, outra questão que se afigura extremamente relevante na aplicação da sanção administrativa diz respeito ao concurso de infrações disciplinares.

Aqui, ao contrário do concurso de leis já comentado, em que há a possibilidade de aplicação de mais de uma norma para um só fato, constata-se a concorrência de

16 No mesmo sentido é o art. 165 da LOMPPR: “Art. 165. Na aplicação das penas disciplinares, considerar-se-ão os antecedentes do infrator, a natureza e a gravidade da infração, as circunstâncias em que foi praticada e os danos que dela resultaram ao serviço ou à dignidade da Instituição ou da Justiça.”

17 HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD, 2003, p. 36.

diversos fatos ilícitos, que podem – e muitas vezes o são – ser processados e julgados em um mesmo processo administrativo disciplinar, por conta de conexão entre eles.

A grande dúvida aqui repousa sobre a possibilidade ou não de aplicar-se o instituto da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, também, aos ilícitos administrativos.

Em nossa opinião, somente é possível a aplicação da ficção jurídica da continuidade delitiva às infrações disciplinares quando houve previsão expressa de tal possibilidade na respectiva Lei Orgânica, inclusive com a fixação de critérios para a majoração da pena nessas hipóteses¹⁸.

Assim, não havendo disposição legal específica permitindo a aplicação de tal ficção, afigura-se de rigor a imposição do cúmulo material das infrações disciplinares¹⁹, uma vez que: (i) a administração pública está vinculada ao princípio da legalidade (CR, art. 37, *caput*), sendo que, não existindo lei, não há como o julgador deixar de impor o cúmulo material; (ii) a continuidade delitiva tem efeitos deletérios tanto ao acusado quanto ao interesse público²⁰, não podendo ser aplicada analogicamente; e (iii) inexistindo previsão específica na legislação, não há como operacionalizar eventual

18 Osório consigna o seguinte sobre as omissões das legislações a respeito do tema da continuidade delitiva: “É preocupante, certamente, o silêncio sistemático e nocivo do Direito Administrativo Sancionador pátrio, como regra geral, no trato dessa matéria, sendo forçoso constatar o silêncio de inúmeras ou da quase totalidade das legislações administrativas repressoras no campo federal, nos Estados e Municípios, embora não se possa generalizar a esse respeito, até mesmo por ausência de pesquisas de campo nesse sentido.” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 347). Como se verá, a nosso sentir, não é equivocada essa omissão das legislações, dado os efeitos deletérios que o instituto da continuidade delitiva ostenta.

19 Sobre esses efeitos deletérios consignei alhures que: “A esse respeito, vale trazer alguns dos argumentos utilizados para a extinção do referido instituto na Alemanha, que serão expostos de acordo com as lições do professor Claus Roxin (os apontamentos a seguir foram extraídos fundamentalmente da obra: ROXIN, Claus. *Direito Penal, Parte General, Tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Thomson Reuter, 2014, p. 1027-1028). Em prejuízo do acusado, Roxin afirma que o instituto da continuidade delitiva trazia dois efeitos deletérios. O primeiro consistia na facilitação que a continuidade trazia aos juízes na apreciação do feito. Nesses casos, não raro, o juiz acabava por fundir a análise dos fatos em um exame global, gerando assim apenas um exame superficial dos ilícitos imputados. Ou seja, analisava-se os fatos de modo geral, sem aprofundar a apreciação de cada fato individual imputado nas acusações penais. Foi precisamente nesse sentido crítico que decidi o Tribunal Federal alemão ao consignar que: ‘A utilização generosa da ação continuada induziu também, em várias ocasiões, a comprovações demasiadamente globais, que impediram um exame da realização do tipo e do grau da culpabilidade pelo tribunal de revisão, dando lugar a consideráveis restrições às possibilidades de defesa do acusado, que suscitaram a preocupação de que o juiz houvesse se deixado levar por uma impressão do conjunto, confusa em seus limites, e não pela convicção a respeito da realização do tipo em cada caso concreto.’ (BGHSt 40, 147) Outro problema que a continuidade delitiva gerava ao acusado era o da prescrição. De acordo com a regência então vigente na Alemanha, o prazo prescricional somente começava a correr após a prática do último ato parcial que compunha a ação continuada. Com isso a persecução penal acabava alcançando fatos muitas vezes demasiadamente antigos, gerando assim sérios prejuízos ao acusado. Por outro lado, a continuidade delitiva, também, trazia efeitos deletérios à ideia de justiça, uma vez que resultava em um tratamento privilegiado para o autor de diversos fatos. Assim, por exemplo, quem cometia vinte ou duzentos fatos acabava recebendo a mesma pena, de modo que a continuidade delitiva acabar por importar em um sério prejuízo ao princípio da igualdade, já que dois criminosos que praticaram fatos bastante diversos acabavam por receber a mesma resposta penal do Estado. Além disso, após a prática de um determinado número de fatos criminosos, a regra da continuidade delitiva importa na total impunidade dos novos fatos praticados, não havendo mais qualquer motivo para o agente deixar de continuar a prática dos crimes, já que os novos fatos, ao fim e ao cabo, acabariam deixando de receber qualquer resposta penal. Não bastasse isso, a incidência da continuidade delitiva podia gerar consequências despropositadamente benéficas ao sentenciado no âmbito da coisa julgada. Isso porque, já tendo, por exemplo, o criminoso sido condenado por três fatos em continuidade delitiva, a eventual descoberta posterior de novos fatos praticados em continuidade delitiva, acabava ficando sem resposta penal, já que estava vedada a realização de nova imputação com relação a esses novos fatos, por se tratarem de atos praticados sob o marco de um mesmo fato contínuo, que já estavam protegidos pelos efeitos da coisa julgada.” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, 2016b, p. 15-17).

20 Sobre os problemas da aplicação da continuidade delitiva em matéria penal e seus reflexos na aplicação das sanções disciplinares, cf.: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, (2016b, p. 15 e ss.). Veja-se que o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público vem adotando a tese da impossibilidade da aplicação da continuidade delitiva, impondo-se assim o concurso material, veja-se: CNMP – PAD 1.00022/2015-81, rel. Antônio Duarte, j. 31.03.2016.

majoração da sanção disciplinar, pois, como visto, a quase totalidade das Leis Orgânicas dos Ministérios Público adota a teoria da pena exata, não havendo como trabalhar entre franjas mínimas e máximas, mesmo porque a maioria das sanções não trabalha com penas fixadas em prazo, mas sim em natureza distinta (v.g. advertência, censura, demissão)²¹. Portanto, não é possível majorar, por exemplo, uma censura em um sexto a dois terços, como ocorre no Direito Penal (art. 71).

De tal maneira, considerando-se a imprescindibilidade da previsão legislativa específica para aplicação da pena na forma de continuidade delitiva e tendo em conta os efeitos deletérios que podem causar ao acusado (v.g. facilitação na apreciação do caso, com uma vista geral do caso, sem uma atenção especial para cada fato) e ao interesse público (v.g. prejuízo ao princípio da igualdade com a aplicação de sanções iguais para autores que cometeram fatos bastante distintos e impunidade das infrações disciplinares após um determinado número de fatos) decorrentes de tal instituto²², é possível concluir pela inaplicabilidade dessa ficção jurídica no âmbito disciplinar, salvo se: (i) houver expressa previsão em lei; ou (ii) se a continuidade delitiva configurar a outra sanção administrativa mais ampla, a ser aplicada ao caso por força do princípio da especialidade.

3. CONCLUSÃO

Com isso, encerra-se esse breve ensaio sobre a aplicação da sanção disciplinar no âmbito do Ministério Público brasileiro, rogando-se que o tema seja cada vez mais debatido e desenvolvido para que se tenha cada vez mais um processo administrativo justo e uma pena proporcional, sem excessos nem insuficiências.

4. REFERÊNCIAS

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Civitas: Pamplona, 2010.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena: Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Dolo y lenguaje: hacia una nueva gramática del dolo desde la Filosofía del Lenguaje*. Tesis (Doctoral) – Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2016a.

21 Sobre inaplicabilidade da continuidade delitiva em matéria disciplinar, já me manifestei anteriormente em: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, (2016b, p. 15 e ss.). Veja-se que o Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público vem adotando a tese da impossibilidade da aplicação da continuidade delitiva, impondo-se assim o concurso material. Nesse sentido: CNMP – PAD 1.00022/2015-81, rel. Antônio Duarte, j. 31.03.2016.

22 A respeito dos motivos que levaram ao abandono de tal instituto no Direito Penal alemão, cf.: ROXIN Claus. *Direito Penal, Parte General, Tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Thomson Reuter, 2014, p. 1027-1028.

_____. *A questão da continuidade delitiva na aplicação das sanções disciplinares*. Boletim Informativo da Corregedoria Nacional, 2016b.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo/Coimbra: RT, 2007. Tomo I.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2006. v. II.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD, 2003.

MEIER, Bernd-Dieter. *Strafrechtliche Sanktionen*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PACILEO, Vincenzo. *Pubblico Ministero: Ruolo e funzioni nel processo penale e civile*. Assago: Utet Giuridica, 2011.

ROXIN, Claus. *Direito Penal, Parte General: especiales formas de aparición del delito*. Madrid: Thomson Reuter, 2014. Tomo II.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (Ed.). *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro homenaje a Claus Roxin). Barcelona: Bosch, 1997.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. Marcial Pons: São Paulo, 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.