



A FRAGILIDADE DOS FILTROS AO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

33

THE FRAGILITY OF FILTERS TO THE EXERCISE OF PUNITIVE POWER IN THE DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE SCOPE

Adel El Tasse

RESUMO

Analisa a realidade do processo administrativo disciplinar, oferecendo enfoque crítico à verificação da aplicação dos princípios e garantias que estruturam o Estado republicano e Democrático de Direito

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; PAD – Processo Administrativo Disciplinar; Estado Democrático; Estado Republicano; Princípios e Garantias Fundamentais; processo justo.

ABSTRACT

The article analyzes the reality of the disciplinary administrative process, offering a critical focus on verifying the application of the principles and guarantees that structure the Republican and Democratic State.

KEYWORDS

Criminal Law; PAD - Disciplinary Administrative Procedure; Democratic State; Republican State; Fundamental Principles and Guarantees; fair process.

1 INTRODUÇÃO

Quando um servidor público é submetido ao processo disciplinar, a condenação final representa a manifestação do poder punitivo estatal (BORTONILI, 2012, p. 808), em alguns casos com características aproximadas da própria manifestação experimentada nas hipóteses criminais, como, por exemplo, a situação da imposição de demissão ao servidor concursado (BASTOS, 2016, p. 219).

Há um aspecto bastante negligenciado na abordagem da temática, qual seja, se diante de manifestação extrema do poder punitivo, capaz de desestruturar completamente a vida da pessoa punida e dos que dela dependem, privando-os das condições mínimas de manutenção, sem elementos mínimos para seu reestabelecimento, inaceitável que não seja cercada das regras e filtros próprios do sistema penal.

Sobre a aproximação do Direito Penal e do Direito Disciplinar Administrativo, Nelson Hungria (1945-1995, p. 15) já apontava: *A ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia BENTHAM que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas 'sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-múndi'. Assim, não há como falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. Conforme acentua BELING a única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau, está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com a outra. O ilícito administrativo é um minus em relação ao ilícito penal. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de 'estéril especulação', idêntica à demonstração da quadratura do círculo.*

A propósito, em que pese as devidas considerações, mas parte considerável da doutrina administrativa na matéria em comento, parece estar em certa paralisação, estruturada ainda nas regras desenvolvidas nos anos anteriores à Carta de 1988 e das regras que o modelo republicano e democrático impõe, como a existência de forte dogmática limitadora das manifestações punitivas estatais.

Nessa toada, *é importante observar que o direito se relaciona com a história, mas sob o prisma jurídico, através da forma de pensar as estruturas normativas de comportamento social, moral e obrigacional. As estruturas de conhecimento e de verdade (está relativizada pelas necessidades de momento), ao longo dos séculos que seguem a perspectiva de crescimento e desenvolvimento da sociedade, adaptam-se ao que se apresenta ao homem na medida de sua própria dimensão existencial e empírica* (PANZA, 2011, p. 98-99).

Em consequência, inviável que continuem sendo desenvolvidas práticas autoritárias, como os atos de instauração genéricos, as comissões processantes permanentes, a aceitação da deslealdade processual para responsabilizar o servidor acusado, o distanciamento judicial no controle das decisões extremas, entre outras situações, que fazem o processo disciplinar na administração pública aproximar-se muito dos modelos de investiga-

ção próprios da Idade Média (LIBERA, 1999, p. 55-84).

Nesse sentido, importante o estabelecimento de rediscussão sobre a matéria, dentro do viés republicano-democrático, com objetivo de estruturar os processos disciplinares, a partir da necessidade para a administração pública, porém, na lógica fixada pela Constituição de 1988 e pelos diferentes pactos internacionais em torno dos direitos humanos (PIOVESAN, 2000, p. 17 e ss.).

Rompendo com o tratamento, em geral, ofertado a esta matéria é preciso fixar o marco inicial acima tratado, qual seja, há nos processos administrativos disciplinares clara manifestação do poder punitivo estatal, em várias circunstâncias, de maneira extremada, com impacto aos direitos fundamentais, tais como, o direito à dignidade humana e à própria sobrevivência digna (ZAFFARONI, 2009, p. 22).

A partir dessa premissa, um novo cenário se descortina, calculado em necessário estabelecimento de regras de garantia em favor do acusado, somado ao controle rigoroso sobre o poder estatal, conduzindo a matéria em análise para profunda reavaliação dos instrumentos autoritários frequentemente utilizados e normalizados em pleno regime democrático, a partir de uma lógica tecnocrata em que a vontade de quem controla, em determinado momento a estrutura do poder estatal, não deve experimentar limites (MELO, 2003, p. 86-87).

Este artigo justamente se concentra em avaliar alguns desses mecanismos autoritários, que foram ao longo dos anos se acomodando na estrutura do Estado brasileiro e hoje produzem total descompasso entre o processo administrativo disciplinar e, até mesmo, em relação às garantias mínimas previstas em favor do ser humano.

2 O SERVIDOR DENUNCIADO COMO OBJETO

A primeira característica a chamar a atenção no processo administrativo disciplinar é o rebaixamento do denunciado à condição de objeto, de sorte que a confusão realizada entre as obrigações dele, como servidor público, conduzem a que os direitos essenciais da pessoa acusada sejam afastados.

O estabelecimento da pessoa denunciada como objeto é um importante mecanismo do período inquisitorial (KRAMER; SPRENGER, 1993, p. 528), pois a concepção deste modelo faz com que a defesa se constitua em mera atuação formal (ANJOS, 2016, p. 206-219), pois o acusado fica privado de uma série de possibilidades defensivas previstas nos principais documentos internacionais que garantem os direitos essenciais à condição humana¹.

No processo administrativo disciplinar, a atribuição da condição de objeto deliberadamente inferioriza o denunciado em relação aos membros da comissão processante, pois, *observa-se que a ciência não pensa quando somente busca poder. No saber para dominar, o ente interrogado é um objeto e o interrogador um sujeito que inquirir para dominar mais e melhor. A relação entre o interrogador e o interrogado, neste saber, de dominus é assimétrica, pois o interrogado sempre está em um plano inferior* (ZAFFARONI, 2012, p. 52-53).

A estratégia de objetivização do servidor denunciado é muito clara quando se constata que toda a estrutura processante atua como se o acusado fosse subordinado hierárquico aos membros da comissão e, assim, tivesse de estar sempre pronto

a cumprir suas determinações, atuar conforme suas ordens e assumir posicionamento absolutamente submisso.

Alguns aspectos são bastante frequentes em decorrência da objetivização do denunciado, como, por exemplo, a produção do completo ignorar do direito da não produção de prova contra si mesmo, sendo verificada algumas decisões que indo mais longe, constroem a mirabolante fórmula de punir o servidor como autor de improbidade administrativa (dever de lealdade) quando ele se vale do direito insito à condição humana da não produção de prova contra si mesmo.

O avanço da matéria da não autoincriminação no processo penal deve ser transportado para o processo administrativo disciplinar, conferindo ao servidor denunciado todas as suas dimensões: (1) *direito ao silêncio*, (2) *direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal*, (3) *direito de não declarar contra si mesmo*, (4) *direito de não confessar*, (5) *direito de declarar o inverídico (ou de não declarar a verdade)*, sem prejudicar terceiros, (6) *direito de não apresentar provas que prejudiquem sua situação jurídica*. A essas seis dimensões temos que agregar uma sétima, que consiste no *direito de não produzir ou de não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo*. Esse genérico direito se triparte (7) *direito de não praticar nenhum comportamento ativo que lhe comprometa*, (8) *direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios* e (9) *direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória* (GOMES, 2014, p. 140).

Também é comum que o servidor sofra constrangimento direto pelos membros da comissão, com determinações de ficar em silêncio o tempo todo, de não produzir qualquer manifestação, ainda que atuando na sua própria defesa², além de ser, por vezes, moralmente atacado pelos membros da comissão ao apresentarem suas posturas pessoais, como regras taxativas que devam ser seguidas pelo denunciado, ademais, de submeter o acusado a assédio permanente, em diferentes horários, por variados meios de comunicação e em períodos de férias, fa-

zendo com que toda a condição humana da pessoa denunciada seja ignorada, em prol do estabelecimento do indivíduo como um objeto de uso dos membros da comissão processante.

Nesse diapasão, é particularmente relevante notar que o princípio constitucional do estado de inocência, de fundamental relevância no atual estágio civilizatório da humanidade (NICOLITT, 2012, p. 57), inexistente no processo administrativo disciplinar, embora devesse, necessariamente, ser transportado a ele, visto se tratar da clara manifestação do poder punitivo estatal.

A estratégia de objetivização do servidor denunciado é muito clara quando se constata que toda a estrutura processante atua como se o acusado fosse subordinado hierárquico aos membros da comissão e, assim, tivesse de estar sempre pronto a cumprir suas determinações [...]

Assim, é possível afirmar que, nos processos administrativos disciplinares, não está havendo aplicabilidade ao princípio constitucional do estado de inocência, pois ele não se constitui em proclamação puramente retórica, mas dele decorrem posturas e ações incompatíveis com a objetivização da pessoa denunciada³.

Entre as decorrências essenciais do princípio constitucional do estado de inocência está a necessária observância, durante todo o processo, da condição de não culpado do acusado, implicando que esse processamento – que por si só já se configura como meio de sofrimento – não se converta em deliberada ação de ataque à sua integridade moral e psicológica.

Por essa razão, o sigilo do processo deve ser observado de forma muito estrita, impedindo que a revelação indevida do objeto investigado gere, sem a formação de culpa, desconforto para o denunciado no seus ambientes profissional e social, devendo, a propósito, ter a comissão, nas diligências investigativas que realiza, uma postura discreta, bem como discrição na linguagem utilizada em documentos eventualmente produzidos e que serão de conhecimento de terceiros, a fim de expor minimamente o servidor denunciado.

Igualmente, não há justificativa plausível para que o servidor investigado seja compelido a estar em tempo

integral à disposição da comissão, pois esta deve observar os horários regulares de expediente e respeitar os afastamentos do servidor.

Em verdade, é um dever da comissão, dentro da organização de seus trabalhos, estabelecer racionalmente a sequência dos atos, de maneira a ser possível cumprir com a tarefa que lhe foi designada, preservando os direitos do servidor denunciado.

A imposição de qualquer medida restritiva ao servidor investigado somente pode se dar na forma da lei e nos seus exatos limites, afinal, *o princípio da le-*

galidade, representação mais evidente do estado de Direito, constitui a norma-matriz do regime jurídico-constitucional aplicado à Administração Pública, segundo o qual, a função administrativa é realizada nos termos da lei, isto é, respeitando as normas do ordenamento jurídico, sob pena de nulidade (SOUZA, 2012, p. 201).

Desse modo, não há subordinação hierárquica entre o servidor denunciado e os membros da comissão, razão pela qual não estão estes legitimados a constranger o denunciado, determinando que ele pratique ou deixe de praticar atos, afora atendimento às regulares intimações processuais, na forma considerada mais adequada dentro do seu trabalho de defesa, sendo o comportamento diverso, evidente prática de abuso de autoridade (BRASIL, Lei n. 13.869/2019, art. 33).

Igualmente há necessidade de respeitar a lógica da prova, havendo incompatibilidade plena na produção de decisões calcadas em conceitos próprios de regimes autoritários de poder, como verdade sabida ou a livre convicção íntima.

As decisões no processo administrativo devem estar estritamente vinculadas à prova produzida e, por mais gravosa que seja a acusação, não havendo consecução de robusto conjunto probatório da prática da infração, tanto seus aspectos objetivos quanto subjetivos, há de prevalecer o esta-

do constitucional de inocência, até porque, de forma complementar, importante destacar que a culpa deve decorrer de certeza, na medida em que também atua em favor do servidor denunciado o princípio *in dubio pro reo* (PEREIRA, 2015, p. 77).

Quando não produzida prova robusta e certa capaz de afastar o estado de inocência e gerar certeza plena da prática da infração pelo servidor, ele deve ser imediatamente absolvido, fazendo cessar o constrangimento processual.

A relevância do estado de inocência é tamanha que *os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, em face dos princípios da verdade processual e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos.* (RANGEL, 2009, p. 420)

A estruturação dessa forma é importante, pois não habilita possibilidades punitivas calcadas no desejo pessoal ou nos sentimentos íntimos dos membros da comissão, uma vez que a presença do estado constitucional de inocência e do *in dubio pro reo* fazem ser a negativa de absolvição, na ausência de prova robusta da culpa, caracterizadora da omissão ao cumprimento da obrigação de ofício de declarar o acusado inocente, com lastro em sentimento pessoais dos membros da comissão, o que, em tese, pode caracterizar o crime de prevaricação.

Fica claro que as provas para condenar devem ser robustas, a ponto de fazer ruir um princípio constitucional, lógica reversa é inaceitável, pois implica a retirada da impessoalidade nas decisões administrativas, aproximando o modelo disciplinar de estrutura própria aplicável nas tiranias, a um nível equiparável aos dos antigos Tribunais do Santo Ofício.

3 A BUSCA DA AFIRMAÇÃO RETÓRICA DE CULPA INDEPENDENTE DAS PROVAS

À medida que a comissão inicia os trabalhos com a íntima convicção de culpa e atua simplesmente objetivando demonstrar seu próprio acerto, é desenvolvido o que Zaffaroni (2011, p. 46) se refere como sendo a geração dos quadros mentais paranoicos no inquisidor, ou seja, há verdadeira paranoia em demonstrar o seu próprio acerto, o que significa que a culpa do servidor deve ser necessariamente afirmada e, portanto, não há limites nos mecanismos utilizáveis para fazê-lo.

Com isso, a prova da inocência é ignorada, a ponto de a comissão ao encontrá-la deliberadamente não realizar sua juntada aos autos, sendo, ainda, os argumentos defensivos mitigados e qualquer elemento, mesmo controverso, a permitir alguma valorização no sentido da responsabilização, superestimado, sendo suas contradições matéria de silêncio.

Destarte, *esse vírus, não raramente, contamina a comissão – chamada comissão de inquérito – que, a partir de elementos que lhes são apresentados com o ato instaurador parte da premissa que ali repousa a verdade pura. Nesse caso, todas as reações do acusado são inócuas, todos os argumentos são descon siderados, todo o seu esforço de defesa é inútil* (ALVES, 2016).

É perceptível, portanto, que a declaração de absolvição do servidor depende muito mais da capacidade que tenha ele de cativar subjetivamente os membros da comissão, do que da racionalidade probatória, pois o quadro paranoico gerado impede

que o membro da comissão visualize a falha de seu juízo prévio de culpa e, portanto, a não condenação não é propriamente uma declaração de inocência, mas assume a característica de um ato de perdão, de compreensão, jamais de demonstração do desacerto da imputação inicial.

Evidente que reconhecer a não comprovação da denúncia é assumir a própria falha no juízo subjetivo prévio de culpa, o que remete o membro da comissão processante a um quadro mental esquizofrênico, em que o seu eu acusador precisa ser declarado errado pelo seu eu julgador.

Por isso, muito mais fácil, ao eu julgador, seguir em linearidade com o eu acusador e sempre reconhecer a culpa (MESTIERI, 2012, p. 74) e a absolvição se estruturar, não em um juízo de que ocorreu um equivocado inicial, mas no autossentimento de superioridade ética, capaz de compreender a situação particular do acusado.

Por outro lado, o servidor denunciado, que não é capaz de produzir o suficiente sentimento de compaixão subjetiva, será inevitavelmente condenado, independentemente da existência ou não de provas e do desacerto da denúncia, havendo clara prevalência da retórica às provas.

Não é incomum observar termos de indiciamento ou relatórios de comissão que se valem de expressões genéricas como, *a prova é robusta*, porém sem indicar qualquer prova; *está amplamente demonstrado*, mas não apresenta os elementos racionais de demonstração.

Seguindo a mesma lógica, as provas e argumentos de defesa são afastados com afirmações puramente retóricas, da espécie, *o argumento é contrário a prova dos autos* (que prova?), *a prova não é suficientemente convincente* (por quê?); *a prova não conseguiu afastar a convicção* (ou seja a prova vale menos que a simples impressão subjetiva).

A estratégia da simples proclamação retórica de culpa, a partir de jogos linguísticos distantes das provas, não é nova, era fundamentalmente o modo de ação desenvolvido na inquisição: *Spee destaca o fenômeno da falsificação semântica, denuncia o argot tecnológico que oculta a realidade. Farão depois os discursos críticos ao sistema punitivo, colocando entre aspas algumas expressões utilizadas com clara ironia, para destacar que é a mesma é totalmente contrária ao que acontece na realidade* (ZAFFARONI, 2003, p. 36).

A verdade é que o processo administrativo disciplinar, como gênero do processo punitivo, exige construção racional da decisão, com análise das teses defensivas e justificativa sobre a não consideração das provas apresentadas, em favor do servidor denunciado.

Assim, eventual decisão não é válida se limitada a fundamentar convicções com base em elementos parciais e proclamações retóricas genéricas, pois, necessariamente, precisa esgrimir sobre os fundamentos da defesa, demonstrando com base em provas, não em simples argumentação ou impressões pessoais.

Nesse passo, é bastante relevante refletir sobre a prova testemunhal produzida, isso porque não é incomum que as testemunhas arroladas pelo servidor denunciado tenham o conteúdo de seus depoimentos linearmente ignorados pela comissão processante e, em consequência, no julgamento final.

Em perspectiva histórica, *na Europa continental da baixa Idade Média, desde os séculos XII ou XIII, iniciou a expansão do sistema denominado inquisitivo, que em pouco tempo pode ser considerado “o direito comum da Europa”. Isso deu origem a uma forte concentração dos poderes de acusação e julgamento na cabeça dos juízes, expressão clara de um sistema político no qual o poder emanava de uma única fonte: o Rei. Dessa forma, a tarefa de justiça era funcionalmente delegada aos inquisidores, os quais, entendia-se, guardavam o poder real. Essa unificação de poderes, foi considerada pelo pensamento iluminista em geral como origem de uma clara arbitrariedade e irracionalidade* (QUIRÓS, 2004, p. 344-345).

A propósito, vale observar que, seguindo a mais pura lógica inquisitiva, no processo administrativo disciplinar, a prova testemunhal é produzida, em ato presidido pelo presidente da comissão que não é um receptor da prova, mas pode produzi-la livremente, questionando o que desejar, realizando as contraposições que considerar viáveis, seguido dos demais membros da comissão que igualmente podem questionar livremente a testemunha e, ainda, não está a comissão impedida de, após o testemunho, trazer outras pessoas para serem ouvidas ou efetuar a juntada de documentos.

Em resumo, a comissão de processo disciplinar tem disponíveis todos os mecanismos possíveis para contraditar a prova, desacreditá-la, contrapor, enfim, todas as possibilidades de atuar como parte acusatória no processo, uma parte acusatória com capacidade acrescida, pois não depende de deferimento de qualquer requerimento seu, tendo plenitude na capacidade de atuação acusatória.

Pois bem, ouvida a testemunha arrolada pela defesa, dentro do cenário descrito, não havendo elementos que se contraponham aos seus termos, tem valor bastante consistente e não pode simplesmente ser ignorada, ao contrário, deve ser subsídio fundamental, pois, submetida ao crivo do contraditório e de todas as possibilidades de contraposição, permaneceu rija (MALATESTA, 2005, p. 319).

Mais uma vez o que se mostra é a persistência da retórica à prova, pois se o

testemunho isenta o denunciado de responsabilidade e não há outra prova que a ela se contraponha, seu afastamento é puramente retórico, com o objetivo de permitir que se reafirme a convicção subjetiva pré-processual, fazendo com que o processo e a instrução probatória, nele realizada, sejam meras formalidades a conferir validade a uma decisão que já foi tomada antes da realização de qualquer ato processual, com base em sentimentos e posições subjetivas, dentro dos moldes das práticas mais autoritárias de processo já experimentadas na história humana.

[...] o processo administrativo disciplinar, como gênero do processo punitivo, exige construção racional da decisão, com análise das teses defensivas e justificativa sobre a não consideração das provas apresentadas, em favor do servidor denunciado.

Interessante observar que recentemente a adoção do método de afirmação de culpa com base em elementos parciais e genéricos e desconsideração das provas em favor do acusado foi duramente combatida no cenário internacional, representando uma das páginas mais vergonhosas da história, pois o método adotado para processar e julgar os prisioneiros de Guantánamo, conforme a importante denúncia dos advogados que tentavam, em vão, defendê-los: *Com frequência se pedía aos prisioneiros que contestassem as acusações, mas o tribunal não apresentava informações ou provas que a respaldassem ou a explicassem. Em definitivo, os procedimentos nada mais eram que leitura de declarações sucintas e infundadas por juízes auxiliares* (DENBEAUX; HAFETZ, 2009, p. 175).

A afirmação retórica da culpa, independentemente das provas do processo, é importante demonstrativo da ausência de imparcialidade nos julgamentos administrativos disciplinares, situação que pode ser ampliada, quando o processamento é executado por comissão permanente.

4 AS COMISSÕES PERMANENTES COMO ELEMENTOS IMPEDITIVOS DA IMPARCIALIDADE

As comissões permanentes de processo administrativo disciplinar são concebidas, a partir de um falso discurso de que seriam importantes para garantir

atendimento ao princípio do juiz natural, pela designação prévia ao fato, das pessoas responsáveis pelo processamento e julgamento.

Na realidade, o princípio do juiz natural não se vincula à pessoa, mas ao órgão, de sorte que a essencialidade é a prévia previsão legal do órgão de processamento e julgamento, com clara normatização da forma de ocupação de seus cargos, independente de quem seja a pessoa a integrá-lo, se assim não o fosse, não poderia, por exemplo, um juiz de direito processar ou julgar um fato

ocorrido antes de seu ingresso na magistratura e os integrantes dos tribunais ficariam vinculados somente ao julgamento de fatos acontecidos após sua posse nos respectivos tribunais.

Destarte, a existência de comissão permanente de processo disciplinar não é uma exigência do princípio do juiz natural e, já em uma primeira linha de raciocínio, fica bastante evidente terem as comissões permanentes de processo administrativos disciplinar forte tendência a gerar microespaços de poder paralelo dentro do Estado, na medida em que todo o poder disciplinar é delegado para alguns poucos servidores, estes passam a constituir estruturas sobrepostas aos demais, experimentando possibilidade de intocabilidade e imposição de seus conceitos morais.

Difícilmente o membro de uma comissão permanente será processado e, se o for, a condução da apuração dos fatos por pessoa de sua relação direta, parte de uma mesma corporação gerada dentro do Estado, tende a produzir a prevalência do protecionismo.

Por outro lado, para os que não integram a corporação permanente de processo disciplinar, o distanciamento com as instâncias decisórias tende a se alargar, pois, a permanência dos mesmos servidores em atuação nas comissões dos disciplinares produz inevitável aproximação deles em relação aos órgãos su-

periores da administração pública, ampliando o valor da retórica por eles sustentada, em detrimento dos argumentos dos demais servidores, ainda que as provas os acompanhem.

Mas, há uma crítica mais profunda, sob a perspectiva do impedimento ao julgamento imparcial.

Quando da Revolução Francesa, a introdução do Tribunal do Júri não foi casual. Foi constatado ser o princípio da imparcialidade mera proclamação retórica, dependendo sua efetividade da integração de conteúdo (TASSE, 2018, p. 12).

A propósito, os legisladores do pós-revolução francesa constataram que, na ocasião da Revolução Gloriosa, na Inglaterra, uma das preocupações essenciais dos constitucionalistas foi a redução do poder do rei com a introdução de um sistema de processamento e julgamento não possível de controle pelo soberano (SOARES NETO, 2018, p. 159).

Destarte, surge a tradição anglo-saxã do emprego do Tribunal do Júri, pois a imparcialidade dependeria do desinteresse do julgador na estrutura de poder do Estado, de sorte que o juiz de direito seria desaconselhável, pois sempre teria presentes necessidades para galgar melhores postos, para obter prestígio junto às estruturas de poder, por isso melhor constituiu-o como garantidor da regularidade do processo e intérprete da lei, mas não responsável pelo veredicto de condenação ou absolvição (TASSE, 2008, p. 19-22).

Assim, para a produção do veredicto é concebida a figura do jurado, pessoa comum, sem qualquer relação direta com o Estado, portanto, sem interesses vinculados à sua carreira e, muito importante, seria sempre submetido à rotatividade, participando apenas de um julgamento ao longo de sua vida, de forma a não desenvolver laços de amizade ou inimizade, compro-

qual, em alguns casos, ocorre, inclusive, conforto no trabalho realizado no dia a dia.

Na Procuradoria Geral Federal, por exemplo, onde se adota o modelo de comissões permanentes de processo disciplinar, um procurador que atue na matéria previdenciária no Paraná deve cumprir entre quarenta (40) e cinquenta (50) tarefas semanais, em sua maioria, contestações e recursos⁴, enquanto podem existir servidores com poucas tarefas ou nenhuma tarefa a cumprir em um processo disciplinar.

Parece óbvio que o fechamento dessa equação, de difícil justificação para as comissões permanentes, está em algo há muito ensinado pela criminologia: as instâncias formais de combate ao crime são, em verdade, geradoras do próprio crime, pois se são tão eficazes que o delito desaparece, com ele desaparece a necessidade das próprias estruturas que o combatem (BARATTA, 1999, p. 171-182).

É muito fácil verificar, seguindo esta lógica, ser indispensável para as comissões permanentes gerar a sua necessidade, para justificar a sua própria existência, algo obtido primeiro quando servidores são processados e segundo quando há servidores severamente punidos.

Para atender a primeira ideia, a existência de processamento de servidores, as instâncias preliminares de controle sobre a denúncia passam a ser fluidas, garantindo que grande parte delas seja recebida e processada, quando poderiam ser objeto de imediato arquivamento, a partir dos esclarecimentos prestados pelo denunciado e dos documentos por ele juntados.

O problema não acaba aí, pois o simples processamento não seria suficiente a justificar a existência de comissões permanentes, implicando que condenações precisem acontecer e sejam elas extremas, a gerar a sensação de que fatos graves estão sendo descobertos, quando, na maior parte dos casos, há uma maximização de situações banais.

Com isso, a imparcialidade é pulverizada, desde o primeiro momento, pois a denúncia não deve ser rejeitada e há um percentual de servidores processados que deverá ser punido e alguns necessariamente de forma extrema.

A lógica que passa a vigorar é a da autossustentância da comissão permanente, gerando o maior número possível de processos, depois selecionando hipóteses a punir e, entre elas, as punidas de forma extrema, tudo independente das provas.

Esse retrato, por certo, não é de um Estado Democrático, no qual obrigatoriamente o poder punitivo precisa ser seriamente contido e sua habilitação somente pode se dar de forma excepcional, após a garantia de um processo justo, com defesa ampla e efetiva, com presença do contraditório real e imparcialidade em sua resolução.

O que se experimenta é simulacro do Estado autoritário dentro da própria estrutura do Estado brasileiro, pois para que as comissões processantes possam conviver no regime democrático, há necessidade impreterível de total afastamento das comissões permanentes, com a adoção de mecanismos garantidores de controle efetivo sobre as ações punitivas, as quais não podem ser um mero jogo retórico exercitado por quem se encontra investido na condição de poder.

Bem a propósito, o Código de Processo Penal, na disciplina ofertada ao Tribunal do Júri, em sua busca por atribuir conteúdo

[...] fica bastante evidente terem as comissões permanentes de processo administrativos disciplinar forte tendência a gerar microespaços de poder paralelo dentro do Estado, na medida em que todo o poder disciplinar é delegado para alguns poucos servidores [...]

metedores da efetivação da imparcialidade do órgão julgador.

O processo disciplinar atua no Brasil, na sua matriz fundamental vinda da Lei n. 8.112/1990, tendo no processo penal a sua fonte integral e possui clara conexão sistemática com o Tribunal do Júri, de sorte que as preocupações relacionadas à efetiva atribuição de imparcialidade também devem se fazer presentes, algo de todo comprometido, quando o órgão público faz a opção pela comissão permanente de processo disciplinar.

Uma vez constituída a comissão permanente de processo disciplinar e nomeados seus membros, passam, dentro do microcosmo de poder que integram, a ter interesses em nele permanecer, pelo status e invulnerabilidade de que são dotados, somado a particular possibilidade de obterem melhores postos no serviço público, ante o destaque pessoal obtido junto aos órgãos centrais de poder.

Surge, portanto, a necessidade de demonstrar importância das comissões permanentes; justificar ser necessário manter alguns servidores gozando desta particular situação de poder, na

ao princípio da imparcialidade, deve ser a fonte hermenêutica primeira.

Nesse sentido, assim como ocorre com o Tribunal do Júri, a denúncia deve ser objeto de controle rigoroso, com ampla garantia de defesa, de sorte a possibilitar ao servidor denunciado, já em seu início, a obtenção do arquivamento e não a submissão ao constrangimento processual (BRASIL, CPP, arts. 406 a 409).

Ademais, há plenas condições de que os membros da comissão processantes sejam escolhidos, de maneira análoga à seleção dos jurados no Tribunal do Júri, em sorteio eletrônico público, entre todos os membros da carreira do servidor denunciado, com fiscalização por ele e de sua defesa, na medida em que os recursos informáticos atualmente disponíveis dispensam deslocamentos ou presença física das pessoas no mesmo local.

O método de sorteio, para definição dos membros da comissão processante, tem grandes vantagens na geração de imparcialidade, por permitir a constituição de colegiado em que os integrantes não tem contato prévio, portanto, não estabeleceram juízos anteriores sobre o fato, garantindo, ainda, que o universo de pessoas a atuar nas comissões se amplifique sensivelmente, fragmentando a possibilidade da formação de grupo de pessoas vinculadas às estruturas centrais da administração e, portanto, preocupadas em atender aos desejos dos ocupantes temporários dos cargos de comando.

A formação do colegiado pelo sorteio público também impede a escolha de pessoas com características próprias, a fim de atender aos desejos prévios de responsabilização ou absolvição.

Ainda, com lastro na experiência do Tribunal do Júri, é muito importante a aplicação da regra de quarentena (BRASIL, CPP art. 426 § 4º), que, transposta para os processos administrativos disciplinares, é de fácil regulamentação para impedir servidores integrantes de uma comissão processante de atuarem em outros processos disciplinares pelo prazo, por exemplo, de 24 meses.

A regra garante maior isenção, minorando consideravelmente as possibilidades de influências externas quanto à formação da convicção, também afastando a presença de interesses vinculados em obter aproximação com os detentores de

posição central na estrutura estatal.

A esse propósito, nos órgãos que atuam ou já atuaram com comissões permanentes, é bastante relevante que os membros destas fiquem impedidos em definitivo de participar de novas comissões, fazendo cessar as estruturas de micropoder internas ora existentes.

Eventuais aportes puramente técnicos de ordem processual, podem ser facilmente prestados aos membros da comissão, sem invasão do conteúdo de mérito, pelos órgãos correccionais e de controle existentes, nos diferentes níveis da administração pública.

5 A UTILIZAÇÃO FUNCIONAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É muito importante destacar o uso funcional que se tem feito da lei de improbidade administrativa, proclamando seus elementos de forma genérica, a fim de tornar a situação aparentemente mais grave, sem, contudo, realizar efetiva abordagem técnica dos elementos previstos nos tipos de conduta caracterizadores do comportamento improprio.

A verificação empírica indica tendência a justificar punições extremas com base no caput do art. 11 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, para tanto referindo à ocorrência de quebra a algum dos princípios descritos no mencionado dispositivo.

O preocupante, porém, é a perceptível fragilidade presente na afirmação da ocorrência de afronta ao disposto no art. 11 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, mencionado de maneira genérica e pouco científica, como mera proclamação retórica, com claro objetivo de atribuir aparência de gravidade excepcional a determinadas condutas, aproximando o processo administrativo disciplinar do autoritário direito penal do inimigo (PRADO, 2019, p. 106).

Sabidamente, a lei de improbidade administrativa deve ser interpretada dentro da estruturação dogmática do Direito Penal, portanto, não existem presunções de tipicidade, havendo obrigatoriedade, para eventual condenação, da demonstração do preenchimento dos elementos objetivos e subjetivos do tipo.

A estratégia utilizada de efetuar o precipitado enquadramento da conduta como descumpridora dos princípios administrativos é totalmente abusiva, pois,

deve-se considerar, ainda, que é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revela a falta de ética e não meras irregularidades que não configuram dano aos princípios e deveres administrativo. (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 266).

O art. 11 parece ser o escolhido por muitas comissões de processo disciplinar, por trazer, no caput, redação absolutamente ampla, sendo, então, aparentemente fácil efetuar construção argumentativa, independentemente das provas, de que determinado servidor descumpriu um outro princípio. Por exemplo, simplesmente se proclama, “com este comportamento foi desleal com a administração pública” e, na medida em que não há definição normativa do que é lealdade, eventual prática sem maior gravidade é convertida artificialmente em improbidade administrativa e habilitadora de uma sanção extrema.

Ocorre que esse processamento está absolutamente equivocado, contrariando toda a estrutura dogmática orientadora da interpretação da lei, pela qual os conceitos vagos e imprecisos devem se valer de estrutura conceitual decorrente dos próprios elementos comparativos oferecidos pela lei e, em relação ao art. 11, tais elementos estão definidos em seus incisos.

A simples leitura dos elementos *ex lege* de interpretação, fornecidos pelos incisos do art. 11, tornam evidente que as hipóteses caracterizadoras de improbidade, por descumprimento a princípios da administração pública, decorrem da prática de atos pelo servidor, na condição de servidor público ou se beneficiando dessa condição, ou seja, atos inerentes ao seu exercício funcional ou atos dele decorrentes.

Com isso, é impossível a tipificação com base em ato que tenha sido praticado fora da função pública ou sem dela se valer, pensar diferente, para afirmar a quebra aos princípios da administração pública, por atos que não se valeram da condição de servidor, representa clara afronta ao princípio da legalidade, descuidando da taxatividade que deve ter o tipo habilitador de punição.

Vale observar que a punição decorrente da violação ao art. 11 da lei de im-

probidade administrativa é de magnitude ímpar, demandando respeito mais estrito aos conteúdos dogmáticos.

Os tipos de atos da lei de improbidade administrativa são dolosos, de sorte que também é mister para a condenação demonstrar ter o servidor conhecimento de estar descumprindo com o princípio administrativo (elemento cognitivo) e vontade de praticar o ato, a partir deste conhecimento (elemento volitivo).

Nos processos judiciais, a jurisprudência vem pontuando a necessidade inflexível de demonstração, não de mera referência, da má-fé do servidor, para permitir a condenação na improbidade por descumprimento dos princípios que regem a administração pública⁵.

A questão é de certa obviedade, sendo a hipótese dolosa, não há como presumir o desejo do servidor de praticar os elementos descritivos da conduta sancionável e, na medida em que se vinculam a princípios, o nexu subjetivo realiza-se pela demonstração da irrelevância desses princípios para o servidor, o que vai revestir sua conduta de má-fé, ou seja, de atos efetivamente dotados de conteúdo fraudulento, o qual, ressalte-se, deve ser demonstrado e não meramente argumentado.

Negar a verificação e a demonstração do elemento subjetivo é contrário, até mesmo, ao atual estágio civilizatório da humanidade, pois, *para a punição não basta o fato material do qual já tratamos; necessário também, como já destacado, o concurso da vontade. Este conteúdo representa uma grande conquista da civilização humana, uma vez que nos povos primitivos era suficiente, para a responsabilização, uma relação objetiva de causalidade entre a ação do homem e o evento danoso.* (ANTOLISEI, 2003, p. 321) (Tradução nossa)

Claro, portanto, que a utilização de conceitos genéricos para impor responsabilização de servidores públicos é procedimento odioso e eivado do mais absoluto abuso, chegando em nível extremo, quando a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, é funcionalizada, pois a imposição da improbidade administrativa a alguém é pecha extremamente negativa e geradora de várias sortes de constrangimento e limitações. Constrangimentos, nos tempos atuais, amplificados pela incapacidade da pessoa que o sofre de demonstrar objetivamente a não sustentação da pecha contra si lançada, pois a pós-verdade atualmente vivenciada conduz o racional e o objetivo à irrelevância.

6 A ESTRUTURA TECNOCRATA NA ERA DA PÓS-VERDADE CONDUZINDO À “BANALIZAÇÃO DO MAL”

A partir de estudos articulados por Steve TESICH, desde 1992, o termo “pós-verdade” é empregado para conceituar o comportamento de distorção da realidade, no qual os dados objetivos são relegados a um plano secundário, em prol da prevalência do apelo às emoções e às crenças pessoais (KEYES, 2018, p. 112- 134).

A pós-verdade encontra, nos procedimentos descritos nos itens precedentes, claro desenvolvimento, quando se observa que a manifestação punitiva no âmbito disciplinar administrativo brasileiro, por reiteradas vezes, não tem encontrado embasamento em provas ou elementos racionais de formação do convencimento, mas nas emoções e crenças pessoais dos

membros das comissões processantes os quais, então, produzem deliberada distorção retórica da realidade processual, para justificar suas opções (FIGUEIRA, 2019, p. 150).

Aquilo que na tradição democrática seria deslealdade processual e mesmo mentira é convertido em estratégia para dar vazão aos sentimentos pessoais e gerar sensação afirmativa deles, como se fossem corretos, ignorando ter tudo principiado em uma distorção da realidade e abandono dos dados objetivos.

Quando essa matéria é permeada da estrutura discursiva de melhoria da administração pública, para combater os maus funcionários e fortalecer a moralidade pública, entre outras generalidades de fácil apreensão emotiva pela população, aquele que age dentro da lógica da pós-verdade está longe de ser visto como negativo, podendo converter-se em exemplo e, em muitos casos, talvez assim se sinta.

Esse quadro normaliza a prática deliberada do mal, transformando comportamentos negativos e prejudiciais à formação da empatia e da cidadania, em situações regulares.

A concepção de banalidade do mal surge no clássico, *Eichmann em Jerusalém* de Hannah ARENDT (ARENDR, 1983, p. 314) que, como correspondente da revista *The New Yorker* acompanha em Jerusalém o julgamento de Adolf EICHMANN, sequestrado pelo serviço secreto israelense, no território argentino em 1960, e levado a julgamento por crimes contra a humanidade e contra o povo judeu, o qual foi sentenciado à pena de morte e executado em 1961.

Para entender, é importante saber que EICHMANN *tinha a tarefa de localizar judeus nos territórios ocupados, detê-los e transportá-los para os campos de concentração, local em que muitos deles eram mortos nas conhecidas câmaras de gás. EICHMANN não participou da criação do sistema de extermínio e também não dava ordem em relação a ele, mas comandava uma engrenagem sem a qual não poderia ocorrer* (TASSE, 2018, p. 306).

Em outras palavras, EICHMANN seria um típico servidor tecnocrata daqueles que dizem lamentar, mas estar cumprindo sua função.

A propósito, EICHMANN comportava-se como cidadão comum, atuando dentro do cumprimento tecnocrata de suas funções, com propósito de ser um servidor exemplar e ascender em sua carreira, tanto que, durante o julgamento, afirmou não ter feito nada por escolha própria pelo mal ou pelo bem, mas somente cumprindo suas obrigações.

Isso chama a atenção por se tratar de alguém condenado por crimes contra a humanidade, considerado essencial para que os extermínios massivos nos campos de concentração nazistas ocorressem (CHAVES, 2009, p. 43).

A questão, conforme ensina ARENDT, nessa típica forma de defesa utilizada pelos nazistas, desde os julgamentos de NUREMBERG, despersonalizando a si próprios, é que demonstra não haver mal maior do que o cometido por ninguém.

Melhor explicando, as piores ações são as praticadas por agentes que não demonstram necessariamente intenções malignas, mas se recusam a aceitar a sua condição de pessoa, a sua condição humana e, com isso, abdicam do que define a espécie, a capacidade de pensar, pois, não pensando não há capacidade de realizar juízos morais e, então, contribuem na produção do

colapso moral da sociedade, fazendo com que a crueldade passe a ser praticada de forma permanente, pois o fundamental do pensar, do realizar os juízos morais é a capacidade de distinguir o bem do mal e, quando o agir mediocrizado de forma burocrática ignora tudo isso, o mal se banaliza (ASSY, 2003, p. 144).

Essa forma de ação foi abertamente determinada na Alemanha Nazista, por exemplo: *foi direta e claramente Hans Frank, o presidente da Academia, quem se ocupou de assinalar aos doutrinadores jurídicos sua função e seus limites políticos, no marco institucional destes anos. Dirigindo-se aos juristas os advertiu, sem meias palavras, que tinham proibida toda crítica a lei, porque, como todo bom nazista, estão estritamente ligados a seu Führer pelo dever de lealdade e obediência. A natureza da ciência jurídica – da dogmática – não seria outra que um serviço prestado ao Führer, que consistiria unicamente em prover um aparato de compreensão do direito. As conclusões do pensamento jurídico, da investigação e da doutrina jurídica não podem não concordar sempre com o governo e com a condução política* (ZAFFARONI, 2017, p. 170).

Parece ser bastante claro que uma manifestação punitiva, capaz de chegar a níveis extremos como o comprometimento da própria capacidade de subsistência da pessoa e de seus familiares, produzida dentro da estrutura da pós-verdade, em abandono à racionalidade das provas, da base lógica, com a prevalência das emoções e dos sentimentos de quem julga, em reafirmação de suas convicções preconcebidas, pois disso depende a própria manutenção da estrutura burocrática a que pertence, o fazendo ao argumento que apenas cumpre suas obrigações, outra coisa não é que a própria banalização do mal.

Exatamente isso é que os processos administrativos disciplinares, dentro da sua atual estrutura de funcionamento, são hábeis em produzir, o mal como algo normalizado, comum, banal e, com isso, ao contrário de toda a retórica de que estaria construindo um Estado mais probo, uma sociedade mais honesta o que, em verdade, está sendo interiorizado a cada dia é a distorção da realidade como acei-

tável, a má-fé legitimada, que o bom cidadão não pensa, não distingue bem e mal, em resumo, interioriza a mesma lógica implantada na estrutura estatal nazista a qual, lentamente, dia após dia, conduz à corrosão moral da sociedade.

7 O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO NOS CASOS DE PUNIÇÃO EXTREMA

A jurisprudência é estruturada na ideia de que a manifestação do mérito do ato administrativo presente no julgamento não é passível de controle judicial, cabendo ao Poder Judiciário somente avaliar a presença de eventuais vícios que produzam a nulidade do processo.

Nos processos judiciais, a jurisprudência vem pontuando a necessidade inflexível de demonstração, não de mera referência, da má-fé do servidor, para permitir a condenação na improbidade por descumprimento dos princípios que regem a administração pública.

Embora essa seja a posição prevalente, é importante que se proceda à cautelosa reflexão crítica sobre ela, principalmente a partir das problemáticas apontadas nos itens anteriores, pois, então, a conclusão, ao que o raciocínio conduz, é a da existência de uma forma descontrolada de poder punitivo na sociedade a produzir a normalização do mal e os julgamentos que o produzem, por mais subjetivos, distantes da prova dos autos que possam ser, não admitem análise pelo Poder Judiciário, apesar de ele ter, no regime democrático, a função fundamental de conter o poder punitivo do Estado, até porque ocorre em contrário, *a vigente Constituição, ao firmar como fundamento da República a dignidade humana.* (FACCI, 2011, p. 206).

Aparentemente tem havido mera repetição conceitual de estrutura teórica desenvolvida durante momento autoritário, pela qual os atos punitivos administrativos foram excluídos do controle jurisdicional, sem a percepção de incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, negando ao Poder Judiciário sua função fundamental de contenção ao poder estatal, em prol da salvaguarda dos cidadãos.

Vale lembrar que *é da essência do Estado Democrático a existência de*

controles recíprocos entre os órgãos do Estado, em que pese a separação de poderes alçada à categoria de cláusula pétrea constitucional (CF, art. 2º e art. 60, § 4º), em face da necessidade de se imprimir, democraticamente, visibilidade, transparência, moralidade e eficiência à atividade daqueles que exercem o poder político estatal, cujo titular é o povo. Existem, pois, mecanismos de controle tanto do Poder Executivo, como do Legislativo e do Judiciário, formando o conhecido sistema de freios e contrapesos (GOMES, 2003, p. 63).

Efetivando a noção de controles democráticos ao exercício do poder, a

Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão de direito, portanto, há descompasso evidente entre o princípio na inafastabilidade da jurisdição, contemplado expressamente na Lei Maior e a interpretação de que a administração pública tem liberdade plena para sancionar seus servidores e este ato não pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário (CARVALHO, 2012, p. 63), como se houvesse um vazio de jurisdição, no qual o poder punitivo pode ser exercido de forma primitiva.

Não existe a menor sustentação, dentro do atual estágio de evolução do pensamento jurídico e da estruturação dos Estados Democráticos de Direito, para a ideia de que não possa o Poder Judiciário analisar o mérito punitivo do servidor público, máxime quando diante de situação extrema como a demissão⁶.

A questão é conciliar as decorrências da teoria do mérito do ato administrativo, com o princípio da inafastabilidade de jurisdição e a temática é até singela, na medida em que o poder público não goza de poder punitivo discricionário⁷, em relação aos servidores públicos concursados, devendo o ato ser necessariamente motivado, portanto, seu conteúdo

é passível de verificação pelo Poder Judiciário, pois passam os motivos a ser determinantes em relação a ele.

Dentro desse raciocínio, já há importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Laurita Vaz⁸, no qual se destaca: *a pena de demissão imposta a servidor público deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a prática da infração pelo acusado, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade [...] em caso de demissão de servidor público que foi submetido a PAD, a administração não pode restringir a atuação do Poder Judiciário quanto à análise dos aspectos formais do processo. Nessas circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório [...] improbidade administrativa deve ter como escopo a punição do agente público desonesto e desleal, cuja conduta esteja inquinada pela deslealdade, desonestidade, má-fé e desrespeito aos princípios da administração pública, tendo como objetivo manifesto a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem em flagrante prejuízo ao erário.*

Com isso, o Poder Judiciário tem função importantíssima no controle para que não haja perseguição contra o servidor ou mesmo manifestação de puro subjetivismo da comissão processante e da autoridade julgadora, estabelecendo um patamar racional para a avaliação da temática.

Evidente que o campo administrativo disciplinar é espaço para possível descontrole da estrutura punitiva, o que faz essencial a presença do Poder Judiciário, efetivamente ingressando no mérito das decisões, para verificar se os atos se encontram motivados, as motivações embasadas em provas concretas e não em meras afirmações retóricas, não tendo a ação punitiva se constituído em atuação discricionária do poder público, travestida de regularidade formal.

[...] o Poder Judiciário tem função importantíssima no controle para que não haja perseguição contra o servidor ou mesmo manifestação de puro subjetivismo da comissão processante e da autoridade julgadora, estabelecendo um patamar racional para a avaliação [...]

Em verdade, *no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia de tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar em respeito à própria dignidade humana* (GRECO, 2003, p. 61).

Trata-se de mera assunção da estrutura constitucional, libertando-se do apego excessivo às construções doutrinárias e jurisprudenciais concebidas em um momento no qual não havia a atual constitucionalização do direito (BARROSO, 2009, p. 364-375).

8 CONCLUSÃO

Não há dúvida de que, da análise da matéria administrativa disciplinar no Estado brasileiro, o ponto conclusivo central é ela necessitar de reestruturação sob a ótica republicana e democrática (MELLO, 2003, p. 43).

Fundamental a presença efetiva dos princípios e regras garantistas limitadores do poder punitivo, em grande parte, estranhos à realidade atual dos processos administrativos disciplinares, cuja validade depende de alteração da estrutura retórica que os sustentam, com efetiva compreensão das particularidades do serviço público presentes na sua forma de ingresso, instabilidade e contínua mutação das políticas públicas, permanentes e graves consequências da punição daquele que se acha vinculado ao regime estatutário, sem qualquer garantia ou seguro, em hipótese de desemprego.

Há inevitáveis sugestões, para adaptação da legislação aos lineamentos constitucionais, entre elas, o estabelecimento de servidores responsáveis pela persecução, diversos daqueles que serão receptores da prova e produzirão o relatório final, separando claramente as funções de produção da prova, da responsável por atos decisórios e de julgamento, pois a confusão dessas funções atualmente representa estrutura punitiva sem semelhante em qualquer Estado Democrático contemporâneo⁹.

Não se argumente que a autoridade julgadora é distinta da comissão processante, pois, o ato de julgamento é complexo e o relatório da comissão o integra, portanto, a comissão participa do julgamento. Além disso, a autoridade julgadora não participa da colheita da prova, não tendo conhecimento direto dela, mas, somente por registros e informações trazidos pela comissão que nega requerimentos da defesa, produz prova, indícia, defere ou indefere atos instrutórios, investiga e participa do julgamento, em clara e inconstitucional concentração de poderes.

Outra questão de pronta necessidade é observar os avanços gerais na matéria punitiva, com a adoção de medidas como o acordo de não persecução criminal (TASSE, 2020), a suspensão condicional do processo (BONFIM, 2012, p. 610), a reparação de danos à vítima (DOBÓN, 2000, p. 485), para compatibilizá-las nos processos punitivos disciplinares, em especial nas infrações sem produção de dano doloso ao patrimônio público, afinal, é pouco lógico que o sistema punitivo, no aspecto diretamente penal, em que é manifestada a *ultima ratio* do sistema jurídico, conte com várias medidas alternativas à punição e sua faceta administrativo-disciplinar, não experimente igual característica, convertendo-se em algo mais extremado e irracional, que a resposta punitiva a um crime.

Nesse sentido, a partir da brutal realidade gerada pela demissão de servidor público estável, em muitas situações após muitos anos vinculado ao poder público, é que a doutrina já sustenta a necessidade de mitigação da demissão em tais hipóteses, *preponderando entendimento que, de fato, parece ser o melhor, de que é viável a mitigação da pena de demissão e de demissão a bem do serviço público, com a manutenção do servidor nos quadros da administração pública se as circunstâncias de caráter objetivo, subjetivo e pessoal indicarem para a conveniência da manutenção do agente em seu cargo* (FRATINI, 2017, p. 231).

A tudo isso há essencialidade de somar a efetiva jurisdicio-

nalização da matéria, para que o Poder Judiciário cumpra sua missão fundamental de conter o poder punitivo, para tanto, ingressando no mérito da decisão administrativa, a fim de verificar se as regras de garantia foram cumpridas, inclusive a que estabelece ser a formação da culpa dependente de provas robustas o suficiente a produzir o afastamento de um princípio constitucional, o do estado de inocência.

Fora disso o que existe é um espaço de poder punitivo descontrolado, portanto tirano, exercido dentro do próprio Estado que é estruturado pela Carta Constitucional para permanente dignificação do ser humano e desenvolvimento dos valores fundamentais da República e de preservação da democracia (TASSE, 2018, p. 68-69).

Não é aceitável que o Estado Democrático de Direito conviva internamente com mecanismo punitivo no qual a lógica da pós-verdade impere, produzindo a normalização de valores negativos para formação da sociedade e desenvolvimento da cidadania, a auxiliar na retirada de cada um de sua capacidade de pensar, de separar o bem do mal, tudo a partir da vazia afirmação do cumprimento de uma obrigação.

Estruturas com base no pensamento autoritário não podem ser habilitadas e, independentemente do sedutor discurso que as tente justificar, sua existência não se impõe ao modelo republicano democrático.

Dentro dessa perspectiva cumpre ressaltar que, *não é simples trabalhar a partir da cultura acusatória para quem foi concebido naquela inquisitorial, pela qual vive, até hoje, operacionalizando o processo penal que está em vigor. Assim, por mais afinada que seja a racionalidade e vontade de fixar uma estrutura de cariz acusatório, isso não é simples. O manejo dos institutos a partir do abstrato é sempre muito complexo, porque, em se tratando de um sistema, vê-se emergir, com frequência inusitada, os postulados inquisitoriais e, por isso (principalmente, os defeitos aparecem como se fossem naturais)* (COUTINHO, 2018, p. 87).

Em definitivo, os processos administrativos disciplinares, na forma em que são praticados, são estruturas atualmente ilegítimas no Estado brasileiro, man-

tidas e não debatidas apenas por apego ao tradicional, ao herdado em momentos não democráticos, cuja validação na atualidade depende de profunda alteração, desde as bases retóricas que o fundamentam, perpassando os procedimentos adotados e desaguando na importante atuação judicial na contenção do poder punitivo.

NOTAS

- 1 O Brasil é signatário, com relevância direta no tema em análise neste artigo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU); do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU), e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA).
- 2 O vício do pensamento inquisitivo é tão evidente que até mesmo o Manual Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância, da Advocacia-Geral da União, formaliza, na página 54, orientação de que é vedado ao acusado ou a seu procurador, caso presentes à audiência, interferir nas perguntas feitas pela comissão e nas respostas das testemunhas, com a faculdade, porém, de que venha a reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão, após promovida a inquirição por parte da comissão processante, deixando de observar a prerrogativa prevista no inciso X do art. 7º da Lei n. 8.906/1994 que garante ao advogado a possibilidade de se manifestar, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, prerrogativa respeitada inclusive nas sessões de julgamento da Corte Máxima, ou seja, do Supremo Tribunal Federal.
- 3 A primeira obra crítica à inquisição que se tem notícia é a *Cautio Criminalis* de Friedrich von Spee, publicado originalmente 1631, nela é destacada a estratégia do Santo Ofício de presumir a culpa como estratégia processual para avaliar a transformação da pessoa acusada em objeto e chegar ao extremo de habilitar a tortura, inclusive observando que nenhum jurista seria capaz de explicar como um inocente poderia provar sua condição no procedimento inquisitivo, em que a presunção de inocência é uma mera proclamação teórica.
- 4 Cf. Relatório DIPREV PPRP 4ª Região. 1º Trimestre 2020.
- 5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt. no AREsp. 1168115/PE**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 1ª Turma. Julgado em 25/9/2018. Brasília. DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702306792&dt_publicacao=2/10/2018>. Acesso em: 8 jun. 2020.
- 6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC 3823/DF**. Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 6/12/2006. Brasília. DF: Supremo Tribunal Federal, [2006]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495520>. Acesso em: 8 jun. 2020.
- 7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 20.052/DF**. Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção. Julgado em 1º/12/2016. Brasília. DF: Superior Tribunal de Justiça, [2016]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400637739&dt_publicacao=19/12/2016>. Acesso em: 8 jun. 2020.

- 8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13520/DF**. Rel. Ministra LAURITA VAZ (1120). Terceira Seção. Julgado em 14/8/2013. Brasília. DF: Superior Tribunal de Justiça, [2013]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800877198&dt_publicacao=2/9/2013>. Acesso em: 8 jun. 2020.
- 9 A título comparativo e hermenêutico, em torno da não legitimação de concentração de poderes acusatórios e decisórios no mesmo órgão, importa a manifestação realizada pelo Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, no Inquérito 4781, número único: 107339/2019, em trâmite no Supremo Tribunal Federal: *o sistema penal acusatório estabelece a intransponível separação de funções na persecução criminal: um órgão acusa, outro defende e outro julga. Não se admite que o órgão que julga, seja o mesmo que investigue e acuse [...]. O processo penal em um regime democrático, como o do Brasil, sob o princípio do sistema penal acusatório, sustenta-se na premissa da isenção e imparcialidade do Poder Judiciário, em razão da clara separação das funções (de acusar, defender e julgar), atinentes à marcha persecutória criminal.*

REFERÊNCIAS

- ALVES, Léo da Silva. Processo disciplinar: entre a legalidade e o abuso. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4725, 8 jun. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46362>. Acesso em: 27 maio 2020.
- ANJOS, Crislayne Fátima dos. O Malleus Maleficarum e o pensamento inquisitorial: o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição e suas conexões com o cotidiano e cultura de uma época (século XV). *Revista Mosaico*, Goiás, v. 7, n. 11, p. 206-219, 2016.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. Milão: Dott.A. Giuffrè Editore, 2003.
- ARENDR, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Diagrama & Textos, 1983.
- ASSY, Betbânia. Eichmann, banalidade do mal e pensamento em Hannah Arendt. In: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (org.). Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: UFMG, 2003, 136-165.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Aline Maria. *Regime jurídico do servidor público temporário*. Belém: Cultural Brasil, 2016.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BORTONILI, André Luis. O simbólico direito penal econômico e a possível descriminalização a partir do direito administrativo sancionador. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012, p. 797-810.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. AgInt. no AREsp. 1168115/PE*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 25 de setembro de 2018. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400637739&dt_publicacao=19/12/2016.

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702306792&dt_publicacao=02/10/2018. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Mandado de Segurança. MS 13520/DF*. Relatora: Min. Laurita Vaz, 14 de agosto de 2013. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2013]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800877198&dt_publicacao=02/09/2013. Acesso em: 8 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *Mandado de Segurança. MS 20.052/DF*. Relator: Min. Gurgel de Faria, 1º de dezembro de 2016. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2016]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400637739&dt_publicacao=19/12/2016. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI-MC 3823/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 6 de dezembro de 2006. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2006]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495520>. Acesso em: 8 jun. 2020.

CARVALHO, Daniel Pinheiro de. Reserva de jurisdição: classificação doutrinária e jurisprudência brasileira. *Publicações da Escola da AGU*, ano 4, n. 18, Brasília, DF, p. 45-65, maio/jun. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1586/1275>. Acesso em: 8 jun. 2020.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CHAVES, Rosângela. *A capacidade de julgar: um diálogo com Hannah Arendt*. Goiânia: Canone Editorial, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 1.

DENBEAUX, Mark P.; HAFETZ, Jonathan. *The Guantanamo Lawyers*. New York: New York University Press, 2009.

DOBÓN, M. Carmen Alastuey. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

EL TASSE, Adel. O acordo de não persecução penal: possibilidade vinculada à observância da Constituição Federal. *Migalhas de Peso. Revista Migalhas*, Ribeirão Preto, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318960/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-possibilidade-vinculada-a-observancia-da-constituicao-federal>. Acesso em: 1 jun. 2020.

EL TASSE, Adel. *Júri: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2018.

EL TASSE, Adel. *Manual de direito penal: parte geral*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

EL TASSE, Adel. *O novo rito do Tribunal do Júri: em conformidade com a Lei 11.689/08*. Curitiba: Juruá, 2008.

FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativa. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano 10, n. 30, out./dez. 2011, p.191-233.

FIGUEIRA, João; SANTOS, Sílvio (org.). *As fakes news e a nova ordem (des)informativa na era da pós verdade*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2019.

FRATINI, Inácio de Loliola Mantovani. As hipóteses de demissão simples e demissão agravada à luz da Lei 10.261/68 e a incompatibilidade com o serviço público: critérios para a mitigação da pena legalmente prevista. *Revista da Procuradoria Geral do*

Estado de São Paulo, São Paulo, n. 85, p. 231-260, jan./jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. *Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 51, n. 305, p. 61-99, mar. 2003.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. In: HUNGRIA, Nelson. *Seleção histórica da RDA: (matérias doutrinárias publicadas em números antigos de 1 a 150)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 15, 1945-1995.

KEYES, Ralph. *Era da pós-verdade: desonestidade e enganação na vida contemporânea*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

KRAMER, Heinrich, SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. Publicado originalmente em 1497.

LIBERA, Alain de. *Pensar na Idade Média*. Tradução: Paulo. Neves. São Paulo: Editora 34, 1999.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6. ed. São Paulo: Bookseller, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. O horizonte interpretativo da Constituição e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 69-99, 2003.

MESTIERI, J. Controle Social e Direito Penal Científico. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Curitiba: LedZe, 2012, p. 67-75, 2012.

NICOLITT, André Luis. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PANZA, Luiz Osório Moraes. Direito e historicidade: a evolução do pensamento jurídico através das escolas hermenêuticas. *Revista da Escola da Magistratura do Paraná*, Curitiba, v. 1, p. 95-115, 2011.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a iniciativa probatória do juiz no processo penal. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 19, n. 66, p.71-79, maio/ago. 2015.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral*. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019. v. 1.

QUIRÓS, Diego Zysman. Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. In: HENDLER, Edmundo S. (comp.). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 339-359.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES NETO, José Andrade. O embate entre o garantismo e neoconstitucionalismo: uma análise sob a ótica de Lujji Ferrajoli. In: SOARES, R. M. F. et al. *Estudos jurídicos fundamentais*. Salvador: Paginae, 2018, p. 159-182.

SOUZA, Márcio Luís Dutra. O princípio da boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. *Revista da AGU*, Brasília, DF,

ano 10, n. 32, p. 199-244, abr./jun. 2012.

SPEE, Friedrich von. *Cautio criminalis*. Roma: Salerno Editrice, 2004. Publicado originalmente 1631.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crimenes de masa*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doctrina penal nazi: la dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*. Buenos Aires: Ediar, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Origen y evolución del discurso crítico e el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2003.

Artigo recebido em 18/5/2021.

Artigo aprovado em 22/6/2021.