

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO SERVIDOR PÚBLICO POR ATOS PRATICADOS NA VIDA PRIVADA: LIMITES AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Daniel Jonas Rocha

Resumo

Estamos diante de uma crise hermenêutica, em que o judiciário vem, de forma crescente, adentrando no campo de atuação do legislativo e do executivo. Ponderaremos críticas realizadas a esse ativismo judicial para demonstrar que esse tipo de atitude vem se ampliando, sendo adotado por operadores do direito na seara disciplinar. Completamente sem razão, utilizam-se de termos abertos e imprecisos para justificar os desrespeitos às normas. Nesse sentido, o artigo propôs responder quais são os limites da administração para apurar e responsabilizar o servidor público no processo administrativo disciplinar por atos praticados na vida privada. Partiu-se da hipótese de que, não havendo relação com o cargo a atitude realizada pelo servidor público quando não está de serviço, por mais reprováveis moralmente que possam parecer, não poderão ser atingidas pelo Direito Disciplinar nos moldes atuais, em virtude do princípio constitucional da legalidade. Concluiu-se, ao fim, por confirmar a hipótese originária, sendo que a responsabilização disciplinar do servidor por atividades privadas sem relação com o cargo fere a Constituição Federal. Sugere-se, caso haja entendimento pela necessidade de controlar os servidores a terem atitudes probas e desejáveis fora de seu horário de trabalho, sem relação com seu cargo, que isto seja realizado pela via adequada a um Estado Democrático de Direito: o processo legislativo.

Palavras chave: Processo Administrativo Disciplinar. Atos da vida privada. Legalidade. Ativismo Administrativo.

Abstract

We are facing a hermeneutic crisis, in which the judiciary is increasingly entering the field of action of legislative and executive. We will consider criticisms of this judicial activism to demonstrate that this type of attitude has been increasing, being adopted by law professionals in the disciplinary field. Quite wrongly, open and imprecise terms are used to justify disregarding the rules. In this sense, the article proposes to answer the limits of the administration to investigate and blame the public agent on the administrative disciplinary process for acts practiced on private life. It was assumed that, since the attitude performed by the public agent when he is not on duty is not related to the position, however morally reprehensible they may appear, they cannot be affected by Disciplinary Law in the current molds due to the constitutional principle of legality. At the end, it was confirmed the original hypothesis, being that the disciplinary responsibility of the server for private activities unrelated to the position violates the Federal Constitution. It is suggested, if there is an understanding of the need to control the agents to have a proven and desirable

attitude outside their working hours, unrelated to their position, that this be done through the appropriate means of a Democratic State of Law: the legislative process.

Keywords: *Administrative Disciplinary Process. Acts of private life. Legality. Administrative Activism.*

1. Considerações iniciais - Princípio da legalidade

As Constituições burguesas da Revolução Francesa de 1789, dentre outras revoluções liberais da época, foi o marco para o rompimento com o antigo regime feudal. O Estado absolutista, que não se submetia aos interesses do povo, estando acima deste, justificado por um poder divino conferido ao monarca, é substituído pelo Estado liberal através do pacto social. O poder deixa de ser a expressão de apenas um homem para representar a vontade geral. A lei não é mais a expressão única do rei e reflete o interesse do povo unido na convergência de interesses.

Dessa feita, tem-se que o homem é anterior ao Estado e aquele é o fundamento deste. O indivíduo é livre e o campo de atuação que cabe ao Estado se restringe àquela em que foi lhe concedida no pacto social de John Locke¹. Ou seja, ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, e ao Estado a fazer apenas o que lhe foi permitido. Está, neste momento, instituído o princípio da legalidade, do qual se espera a sustentação da bandeira revolucionária francesa de igualdade e de liberdade. A lei agora é o reflexo da vontade geral de um povo, que estabelece as atribuições e competências do Estado. Nasce, então, o Estado Liberal de Direito, que na visão de Elías Díaz, comentado por Streck (2011, p. 52), “é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime”. A legalidade garante clareza, abstração das regras e generalidade de aplicação. Todos, inclusive a administração, deve agir conforme os ditames legais. O direito administrativo, que surgiu nesse período, reflete a sobreposição dos direitos dos cidadãos às ingerências e repressões estatais.

Alguns autores (LEAL, 2007; NUNO, 2005) buscam em suas teorias quebrarem essa rigidez dada à lei. Sustentam que o direito, nesta fase revolucionária, é reduzido à lei e a ideia de justiça é preterida à necessária pacificação social, “o direito abandona a sua preocupação com o justo e com o injusto (noção finalista), para concentrar-se, especialmente, no aspecto procedimental, ou seja, na obediência a procedimentos e na correta utilização dos instrumentos instituídos pela própria lei (LEAL, 2007, p. 13). Nesse sentido, conforme Leal (2007, p. 18), a soberania legislativa era tamanha que a própria noção de direitos humanos e suas garantias ficaram subordinadas ao reconhecimento pela lei.

Leal (2007) e Nuno (2005) puderam analisar os eventos históricos da Segunda Guerra Mundial e da globalização, retomando a discussão de teorias antes defendidas sob a ótica de uma normatividade estática e previsível. Consideram que

¹ John Locke foi um filósofo inglês considerado o pai do liberalismo político, o qual escreveu a obra “Two Treatises on Civil Government”, na qual assegurou que o governo deve ser exercido com o consentimento dos governados. Foi o primeiro autor a estabelecer a separação de poderes para garantia da liberdade, teoria amadurecida na obra “De l’Esprit des Lois”, escrita em 1784, por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu. (Cf. Nuño, 2005, p. 53-54)

os direitos da pessoa humana não foram possíveis de serem resguardados em uma noção de Constituição fechada. Os conceitos constitucionais precisam de adequação à realidade social. A prática exige conformação do texto normativo ao caso concreto. E, para isso, faz-se necessária a existência de um ativismo judiciário. Esta atuação do Judiciário em questões políticas para garantir os valores elencados não afronta a democracia, conforme sustentam os autores.

Todavia, conforme ensina Streck (2013), há uma diferença básica entre judicialização e ativismo judicial. O que os autores (LEAL, 2007; NUÑO, 2005) defendem, analisando os ensinamentos de Streck (2013), é demonstrar que não há incompetência para a prática de atos pelo judiciário, quando a competência é dos outros poderes. A rápida transformação social justificaria a interferência do Poder Judiciário, já que a sociedade não pode ficar refém de leis rígidas e pouco propícias a mudanças, já que exprimem a vontade da maioria, algumas vezes reprimindo direitos das minorias. O importante é, para os adeptos da judicialização, que as garantias fundamentais da pessoa sejam resguardadas pelo judiciário. Já “o ativismo judicial é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade” (STRECK, 2013).

Sem razão quando juízes utilizam de sua subjetividade do que é justiça para contrariarem o ordenamento jurídico, sob argumentos nitidamente contrários ao que estabelece a lei e a Constituição Federal. Mais sem razão, quando tal subjetividade é alcançada pelos servidores públicos ocupantes de cargos no Poder Executivo, que visam amoldar a lei aos seus juízos políticos e morais, realizando um verdadeiro “ativismo administrativo”.

Nesse sentido, no próximo tópico, adentraremos na discussão dos limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro para a atuação da administração para apurar e responsabilizar o servidor público no processo administrativo disciplinar por atos praticados na vida privada. Traremos à discussão pontos de vista de autores que defendem uma análise extensiva do art. 128, da Lei 8.112/90 (BRASIL, 1991), para refutá-la através de uma análise literária do que estabelece a lei, demonstrando que não há espaço para relativizar o princípio da legalidade.

2. Limites do Processo Disciplinar – Lei 8.112/90

O tema em discussão está previsto no art. 148, da Lei 8.112/90, em que estabelece os limites do processo disciplinar, definindo-o como sendo “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido” (BRASIL, 1991).

O “Estado, como personificação criada pelo direito, sem capacidade anímica própria de pronunciar diretamente sua vontade, depende de pessoas físicas por ele investidas de competência para tanto” (CARVALHO, 2014, p. 65). Não restam dúvidas de que o servidor público, quando no exercício de suas atribuições, deve se pautar conforme a lei, já que a ele foi confiada a guarda de bens, valores e interesses da coletividade. O servidor, nessas condições, representa o Estado. E o Estado só pode fazer aquilo que está definido em lei. Portanto, o servidor descumpridor dos ditames legais, quando exercendo suas funções, pauta-se nos limites estabelecidos pela lei. Ao não respeitar esse princípio da legalidade, o servidor estará descumprindo o que lhe é de dever, respondendo disciplinarmente,

além de o Estado carregar o ônus de suportar os prejuízos e desconfiarças geradas pela má prestação dos serviços de seus agentes.

Por outro lado, princípios da administração podem ser maculados quando o servidor público, mesmo não estando no exercício de suas atribuições, estando ele de folga, férias ou qualquer outro afastamento legal, pratique condutas em desconformidade com a lei. Prevendo tal possibilidade, o legislador incluiu a segunda parte do art. 148, da Lei 8.112 (BRASIL, 1991).

A título de exemplo, o servidor público, mesmo estando em seu horário de folga, poderá exigir para si uma vantagem indevida, em razão das atribuições de seu cargo, sobre a promessa de fazer ou deixar de fazer o que lhe é devido por lei. Veja que nesse caso hipotético, o servidor, mesmo não estando em suas atribuições legais, agiu claramente utilizando-se de seu prestígio ou de suas prerrogativas de servidor público para almejar um fim ilícito, maculando a moralidade administrativa. A conexão entre o fato e as atribuições do cargo são concretamente perceptíveis. Não se trata de abstrações interpretativas. A lei assim estabeleceu previamente. Aquele que optar por infringir a norma, deverá ser punido pelo que fez.

O servidor público possui o poder-dever de agir com o escopo de zelar pelos interesses da sociedade. O agir probo não é questão individual de cada servidor, e sim um dever jurídico inescusável. A autonomia da vontade dos servidores públicos não se sobrepõe ao seu dever funcional. Portanto, os poderes conferidos aos servidores públicos devem ser obrigatoriamente exercitados. Não podem deixar de executar as funções que lhes foram impostas por lei, ou fazê-las de forma contrária ao delineado pelo ordenamento jurídico. Assim agindo, sem prejuízo de outros enquadramentos legais, o servidor poderá responder por deixar de cumprir as normas legais e regulamentares, conforme art. 116, III, da Lei 8.112/90 (BRASIL, 1991).

Por outro lado, a discussão ganha relevo quando os atos do servidor público na vida privada não possuem relação com o cargo, todavia os reflexos de seus atos colocam o prestígio e a moralidade estatal em situação perigosa. Conforme sustenta Costa (2014), o comportamento desonroso praticado pelo servidor público inescrupuloso e ímprobo em sua vida privada, abalam o crédito, a seriedade e a moralidade com que devem ser considerados os agentes da Administração Pública. Assim, desacreditam, por via indireta, o prestígio estatal perante a sociedade.

Exemplifica Carvalho (2014, p. 159) o caso do policial civil, conhecido explorador de prostituição infantil, agiota, estelionatário, integrante de quadrilhas, autor de extorsão ou tráfico de drogas. Nesse caso, ainda que consume essas condutas reprovadas e criminosas fora do desempenho do cargo, evidencia-se uma incompatibilidade moral da parte da pessoa física para figurar como um componente da Administração Pública e das carreiras efetivas do funcionalismo estatal, sobretudo como combatente da criminalidade, como se supõe ser um policial (COSTA, 2004).

Di Pietro (2004, p. 526) acompanha esse entendimento e sustenta que "a vida privada do funcionário, na medida em que afete o serviço, pode interessar à Administração, levando-a a punir disciplinarmente a má conduta fora do cargo". Enfatiza, por outro lado, que, para configurar ilícito disciplinar, o mau comportamento na privacidade do servidor tem que, direta ou indiretamente, surtir reflexos na vida funcional. Esse também é entendimento compartilhado por outros renomados autores, como Cretella Júnior (1999), apoiador da tese de que a violação dos

deveres funcionais do servidor pode ocorrer por faltas cometidas quando o servidor não esteja de serviço, desde que repercutam sobre a honra e a consideração do agente, de modo a refletir no prestígio da função pública.

Costa (2004), Di Pietro (2004) e Cretella Júnior (1999) compartilham de um entendimento que, ao nosso ver, parece mais justo, mas que não pode ser elevado na prática sem observância do Princípio da Legalidade garantido na Constituição Federal. A compreensão de justo de que cada um dos citados autores compartilha, assim como é o nosso, não pode ser às custas de rompermos os critérios do Estado Democrático de Direito. Defendemos, assim como os autores, que não se deveria admitir pessoas inescrupulosas e desonestas preencherem os quadros funcionais da administração pública. No entanto, não se admite que nossos posicionamentos pessoais do que venha a ser justo ou injusto sobreponha o que estabelece a legislação. Devemos sustentar nossas posições, procurar reformar a norma, colocar em discussão a matéria, todavia, sem, é claro, praticarmos o “ativismo administrativo”, impondo penalidades a ilícitos não previstos em lei.

As penalidades disciplinares por fatos praticados fora do exercício das funções do cargo e não relacionados a ela precisam ser expressamente previstas em lei. A clareza, a abstração das regras e a generalidade de aplicação da lei, advindos com a Revolução Francesa, garantem aos cidadãos que não sejam surpreendidos com juízos moralistas ou posições autoritárias, desvirtuando, por vezes, garantias a tanto conquistadas. O princípio da legalidade foi o freio posto ao déspota. Quando se busca relativizá-lo, em um discurso de tolerância ao “ativismo administrativo”, pautado na concepção de justiça que cada um carrega, estamos abrindo brechas para o retorno de um estado ditatorial, em que seus servidores são punidos não pelo que fazem, mas sim pelos interesses escusos de seus pares.

O art. 148, da Lei 8.112/90 (BRASIL, 1991), é taxativo ao limitar o direito disciplinar às infrações praticadas no exercício das atribuições do servidor público, ou que tenha relação com as suas atribuições. O que se destaca desse ponto, é que lei foi clara ao estabelecer sua preocupação com o fato, ou seja, com as infrações praticadas pelo servidor público. Não se pune o servidor administrativamente pelos reflexos de seus atos. A infração precisa possuir, ao menos, relação com o cargo. Se a infração não possui referida relação, não podemos buscar a relação de seus reflexos com os preceitos administrativos. Osório (2007, p. 285) sustenta que

a improbidade administrativa não se configura, pois, pelo chamado comportamento incompatível com a função pública, se tal conduta estiver dissociada totalmente das atribuições do agente público, visto que não tratamos de uma honra privada e de seus reflexos no setor público, mas sim da honra diretamente vinculada às funções públicas.

Valendo-se do exemplo de Carvalho (2014, p. 159), o policial civil quando praticou os crimes envolvendo a exploração de prostituição infantil, agiotagem, estelionato, integrando quadrilhas, e sendo autor de extorsão ou tráfico de drogas, se não o fez valendo-se do seu cargo, os reflexos dessas aberrações não foram tipificados como infração disciplinar. Por mais repugnante que pareça ser, não foi admitido pela lei que esse policial fosse punido disciplinarmente. Não cabe à administração pública preencher as lacunas da lei com os juízos de seus administradores ao arrepio do princípio constitucional da legalidade. O direito

punitivo não admite analogia *in malam partem*, tampouco interpretações extensivas que possam prejudicar o acusado.

O exemplo de Carvalho (2014) é fascinante para a discussão. Primeiro, porque algumas das práticas delituosas do hipotético policial civil nos traz repulsa imediata, levando-nos a um posicionamento de que deve o servidor ser punido a qualquer preço. Como admitir a exploração de prostituição infantil ou tráfico de drogas de um servidor policial? Segundo, porque o outro crime apontado, agiotagem, é de menor potencial ofensivo. Seria, então, o policial civil, por ser responsável pelo combate ao crime, diferente dos demais servidores públicos, devendo ser sempre penalizado disciplinarmente por qualquer ato criminoso praticado sem relação com seu cargo?

Para as duas perguntas, temos uma única resposta:

Não basta [...] a mera descrição das penas cabíveis; é preciso que os comportamentos estejam expressamente especificados na lei disciplinar administrativa para que possa ser exercitado o direito de punir, inclusive no caso de crimes comuns (distintos dos crimes contra a Administração Pública), os quais devem ser expressa e previamente arrolados como falta administrativa no estatuto do funcionalismo para permitir a respectiva punição pela Administração Pública (CARVALHO, 2014, p. 96).

Ensina Lorenzo de Membiela², citado por Carvalho (2014, p. 96), que “o princípio da legalidade no âmbito sancionador implica a existência de lei escrita, anterior ao fato punido, e que descreva um pressuposto fático estritamente determinado, o que representa o rechaço da analogia como fonte criadora de infrações penais”. Os ensinamentos de Moura, citado por Carvalho (2014, p. 162), remetem-nos aos exemplos extremos, confirmando a nossa hipótese de que o princípio da legalidade não pode ser afastado, sob qualquer argumento, vejamos:

Dir-se-á que um trabalhador público que no domínio da sua vida privada se prostitui ou deixe fotografar em termos menos decoroso por uma revista da especialidade não cometerá qualquer infracção disciplinar se os actos de prostituição forem praticados e as fotos tiradas fora do serviço e não tiverem qualquer relação com o serviço, uma vez que constitucionalmente só é legítimo efectivar-se a responsabilidade disciplinar quando a infracção for praticada no exercício das funções ou por causa dessas funções. Sem dúvida que admitimos que semelhantes comportamentos tenham uma natural repercussão sobre o interesse público, podendo comprometer a imagem, dignidade e prestígio do serviço. Porém, esses comportamentos foram adoptados no domínio da vida e autonomia privada de um cidadão, não tendo sido praticados nem em serviço nem por causa do serviço, pelo que nos parece que a pretensão de punir semelhante comportamento não tem fundamento constitucional, representando, por um lado, um atentado ao direito individual

2 LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera. 2. Ed. Navarra: Arazandi, 2008, p. 284.

que assiste a cada cidadão e, por outro, uma clara tentativa de efectivar uma responsabilização que a Constituição não prevê nem permite. [...] Também nenhum dever disciplinar é violado pelo trabalhador público que comete fora de serviço um homicídio que nada tem a ver com o serviço (v.g. porque matou o novo companheiro de sua antiga namorada), razão pela qual não poderá ser perseguido disciplinarmente. Porém, se a mesma conduta já se motiva num diferendo que com a mesma pessoa teve durante as horas de atendimento ao público ou se é levada a efeito com bens do serviço, já a causa da conduta ilícita é o serviço ou existe qualquer relação com este, devendo, por isso, considerar-se ocorrer violação de deveres disciplinares e haver lugar a uma sanção disciplinar. [...] Para se poder falar em tal infracção e haver lugar a uma sanção disciplinar, os actos da vida privada que causem um prejuízo para o prestígio e funcionamento do serviço para o prestígio e funcionamento do serviço têm que ter a sua causa justificativa no serviço ou nas funções que nele o trabalhador exerce.

Caso certas condutas da vida privada comecem a refletir negativamente na imagem da instituição, que esse órgão busque, através dos regramentos de um Estado Democrático de Direito, normatizar quais os atos de vida privada não serão admitidos. Assim fez a Polícia Civil do Distrito Federal, quando normatizou seu estatuto através da Lei 4.878/1965 (BRASIL, 1965), estabelecendo como transgressões disciplinares “deixar de pagar, com regularidade, as pensões a que esteja obrigado em virtude de decisão judicial” ou “quando deixar, habitualmente, de saldar dívidas legítimas” ou, ainda, “dar-se ao vício da embriaguez”, entre outros.

Nesses casos, as regras foram previamente estabelecidas. As condutas inerentes à vida privada foram taxativamente expostas, demonstrando respeito ao princípio da legalidade. O servidor não será surpreendido com valores morais e políticos, em um verdadeiro “tribunal administrativo de exceção”, criado com o escopo de punir os indesejáveis. Quando a legalidade é relativizada, o direito sancionatório passa a supervalorizar o sujeito em detrimento do fato, preocupando-se mais com quem fez, do que com o que foi feito.

No próximo tópico, faremos uma reflexão sobre a impossibilidade de analogia na questão em debate. O direito disciplinar punitivo não pode se valer da analogia para justificar a aplicação de penalidades disciplinares em casos não previstos em lei. Além do mais, como veremos a seguir, o ordenamento jurídico brasileiro não foi omissivo quanto às condutas reprováveis praticadas sem relação com o cargo. O Código Penal, no art. 92 (BRASIL, 1940), estabeleceu de forma taxativa quais os casos que possuem reflexos na vida funcional do servidor público.

3. Reflexos dos atos da vida privada no âmbito administrativo

A responsabilização do servidor público deve ser em decorrência da prática de atos em razão dos desempenhos de sua função ou a pretexto de executá-las ou deixar de executá-las. A conduta absolutamente circunscrita ao âmbito da vida privada do agente público e sem envolver a instituição pública é atípica para fins disciplinares. Conforme exposto no tópico anterior, a atipicidade só será afastada

quando previamente uma instituição ou órgão, através do processo legislativo, estabeleça quais são as condutas na vida privada são inadmissíveis e, portanto, reflitam na seara disciplinar. Assim, como exemplo, já temos as condutas tipificadas dos Policiais Civis do Distrito Federal pela Lei 4.878/1965.

Por outro lado, no que pese a independência das instâncias criminais e administrativas, o legislador não foi omissivo quanto a responsabilização de atos indesejáveis praticados por servidores quando não estão no exercício de suas funções. O Código Penal (BRASIL, 1940), no art. 92, estabeleceu efeitos à condenação criminal, que refletem diretamente na vida funcional do servidor público, que tenha praticado fatos criminosos.

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

O ordenamento jurídico é uno. A tipificação dos efeitos da condenação é o substrato que dá força à tese de que o legislador não foi omissivo na edição da Lei 8.112/90 (BRASIL, 1991), tampouco deixou margens para interpretações extensivas quanto à abrangência do direito disciplinar. Qualquer ato que enseje a responsabilização disciplinar de servidor deve ser por infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. Caso contrário, restará à justiça criminal estabelecer a perda do cargo do servidor público e ao executivo acompanhar e requer que a lei penal seja devidamente aplicada.

O legislador, portanto, elencou como preocupante para se ocupar os cargos públicos pessoas que tenham praticado fatos criminosos, mesmo que fora das atribuições do cargo, com pena privativa de liberdade superior a quatro anos. Veja que está estabelecido pelo legislador a gravidade dos crimes que possuem reflexos para a administração. Não cabe ao gestor do Poder Executivo delinear penalidade disciplinar evocando a gravidade em abstrato do crime, quando o fato foi praticado pelo servidor público em sua folga, sem relação com o cargo.

Nesse sentido, alguns dos exemplos de Carvalho (2014, p. 159) são facilmente abarcados pela consequência criminal. O servidor público terá como reflexo do reconhecimento de seus crimes a perda do cargo. Afora isso, mesmo que a conduta seja moralmente inadmissível, não cabe apuração disciplinar. A lei não possibilitou nos casos que não se enquadrem no art. 148 da Lei 8.112/90 ou, então, no art. 92 do Código Penal, que o servidor público tenha como sanção qualquer penalidade ligada ao exercício de suas funções, seja essa criminal, seja disciplinar.

O crime de agiotagem exemplificado por Carvalho (2014) é de menor potencial ofensivo e, devido a esse fato, se não possuem relação com o cargo, não devem possuir reflexos na vida funcional do servidor, em respeito ao princípio da legalidade. As eventuais falhas do ordenamento jurídico incriminador não podem ser preenchidas pelo administrador ou pelo juiz, já que é vedado a complementação

legislativa, que não seja pelo legislador. O Estado Democrático de Direito não admite que a autoridade administrativa tenha o poder de criar ilícitos funcionais, ameaçando a segurança jurídica e a liberdade do agente público.

E, mesmo para os criminosos exploradores de prostituição infantil, integrantes de quadrilhas, ou autores de extorsão ou tráfico de drogas, ficará a cargo do Judiciário eliminá-los, com a perda do cargo, dos quadros da administração pública, quando os fatos se derem fora do exercício do seu mister de funcionário público ou em razão dele. Não que tal realidade seja estática, todavia se exige que haja a implantação legal para que administrativamente se abarque tais situações.

4. Conclusão

A sociedade passou por uma grande revolução para conseguir superar o antigo regime feudal e absolutista, em que a vontade do rei, justificada em um poder divino, sobrepuja aos interesses individuais e coletivos da sociedade, sem possibilidade de questionamentos. A Revolução Francesa, marco histórico dessa transformação, estabeleceu limites ao poder estatal, a fim de garantir liberdade e impedir tiranias. A partir de então, os estados democráticos de direito, como é o caso brasileiro, são alicerçados pela lei, não cabendo aos administradores alterar o seu limite através de sua concepção individual de justo ou para outro fim escuso, sem que passe pelo devido processo legislativo.

Nesse mesmo sentido, foi a necessidade de se adotar procedimentos legais rígidos para penalizar servidores públicos. Sem o respeito à legalidade estrita, os servidores públicos ficam reféns de decisões arbitrárias e motivadas por sentimentos pessoais ou interesses políticos. O descaso com a lei interfere no fim primordial do serviço público, que é atender o interesse de todos, para atender o interesse daqueles que estão exercendo o poder naquele determinado momento. Com o escopo de impedir as ingerências dos representantes do Executivo, a Lei veio para delimitar o raio apuratório a que o Estado está adstrito em matéria disciplinar.

Os limites da administração para apurar e responsabilizar o servidor público no processo administrativo disciplinar por atos praticados na vida privada estão elencados taxativamente no art. 148 da Lei 8.112/90. O disciplinado, por tratar de matéria punitivista, não admite interpretação extensiva. Portanto, concluímos que o dispositivo não pune os reflexos dos atos do servidor público sem relação com o cargo, mas tão somente estabelece que o servidor público deverá ser punido pelo que efetivamente fez no exercício de suas atribuições, ou pelos atos que tenham relação com as atribuições do cargo.

Acrescenta-se o fato de que o ordenamento é uno e o legislador traçou expressamente os fatos praticados na vida privada do servidor público que possuem relevância a ponto de ensejar a perda do cargo. O art. 92 do Código Penal traça os efeitos penais de uma sentença criminal, excluindo dos quadros da administração aquelas pessoas que praticam crimes considerados graves para sua manutenção nas atividades públicas, ou seja, aqueles que praticaram crimes com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública e foram apenados com um ano ou mais ou, então, aqueles apenados pelos demais crimes a privação de liberdade por mais de quatro anos. O legislador não deixou brechas na lei. Não cabe, portanto, ao administrador público ou ao Poder Judiciário aplicar penalidade sem previsão legal.

Não assiste razão admitir o “ativismo administrativo”, em que a lei precise se amoldar aos fatos, enquanto o correto é apenas verificar se o fato se enquadra em uma norma escrita. A invasão do Judiciário na seara legal já há muito é criticada. Mais sem razão é admitir o executivo também relativizar a abrangência da norma, agindo em verdadeiro processo legislativo. A tripartição de poderes, a democracia, não pode se curvar aos discursos moralizantes.

Casos que não estejam delineados pela lei, por mais reprováveis moralmente que possam parecer, não poderão ser atingidos pelo direito disciplinar, em virtude do princípio constitucional da legalidade. Qualquer relativização abrirá oportunidades a fins escusos, em que a motivação de decisões administrativas serão apenas pró-forma, em um discurso vazio de moralismo, em que o servidor ficará refém da insegurança, característica de ditadura, como foram as dos regimes fascistas e nazistas, em que a lei servia tão somente para justificar atitudes autoritárias, através de um discurso aberto e moralista.

Concluiu-se, ao fim, por confirmar a hipótese originária, sendo que a responsabilização disciplinar do servidor por atividades privadas sem relação com o cargo fere a Constituição Federal. Sugere-se, caso haja entendimento pela necessidade de controlar os servidores a terem atitudes probas e desejáveis fora de seu horário de trabalho, sem relação com seu cargo, que isto seja realizado pela via adequada a um Estado Democrático de Direito: o processo legislativo.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Publicação no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1940.

BRASIL, **Lei 4.878**, de 03 de dezembro de 1965. Publicação no Diário Oficial da União em 06 de dezembro de 1965.

BRASIL, **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Publicação no Diário Oficial da União em 19 de abril de 1991.

CARVALHO Antônio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância**: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 4. ed. rev. atual. e aum.: prefácio Marco Aurélio Melo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COSTA, José Armando da. **Direito Administrativo Disciplinar**. Brasília Jurídica, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática de processo administrativo**. 3 ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17 ed., São Paulo: Jurídico Atlas, 2004.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUÑO, Ulises Coello. La Constitución **abierta como categoría dogmática**. Barcelona: Bosch, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre, 2011.

O que é isto, o ativismo judicial, em números. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: http://conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788. Acesso em 04.10.2017.