

Do Ilícito Administrativo.

J. Cretella Júnior

Professor titular de direito administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *O problema.* 2. *O ilícito como categoria jurídica.* 3. *Definição categorial do ilícito.* 4. *Ilícito civil.* 5. *Ilícito penal.* 6. *Ilícito administrativo.* 7. *Julgamento do ilícito administrativo.* 8. *O problema do resíduo.* 9. *Valor jurídico do resíduo.* 10. *Ausência de resíduo do ilícito.* 11. *Ilícito administrativo disciplinar.* 12. *Ilícito penal administrativo.* 13. *A Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal.* 14. *Conclusões.*

1. O problema.

O *ilícito administrativo*, entidade autônoma como instituto jurídico, com delineação inconfundível, é *figura iuris* específica do direito administrativo, não obstante possa coincidir e identificar-se, numa de suas perspectivas, com outras modalidades de *ilícitos*, peculiares a outros ramos do direito.

O *ilícito administrativo* pode apresentar-se como infração de dispositivo estatutário, tão só, configurando o *ilícito administrativo puro* ou *propriamente dito*, que nasce e se exaure na esfera do direito administrativo, como também pode apresentar-se como infração dúplice, configurando o *ilícito administrativo penal*, capitulado nos dispositivos *estatutários* e *penais*, que nasce na esfera administrativa e a trans-

cende, chegando ao âmbito judiciário, onde também é apreciado.

Vários e difíceis problemas suscita o *ilícito administrativo*, quando submetido à apreciação das autoridades administrativas e do judiciário: qual a relação entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*? Quando, pelo mesmo *fato*, o agente público é julgado na *esfera administrativa* e na *esfera penal*, é ele acusado de *dois ilícitos*, ou se trata do mesmo ilícito apreciado sob *duas óticas* diferentes? Nesse caso, se o *ilícito* é o mesmo, e o agente sofre duas sanções, uma em cada esfera, não está havendo infração flagrante à regra do “non bis in idem”? Se, ao contrário, são duas figuras autônomas, em que consiste a diferença entre ambas? Se há diferença entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*, a diversidade reside apenas no grau (diferença quantitativa) ou é ontológica, de natureza, de essência, ou qualitativa? Qual a natureza jurídica de infração capitulada, simultaneamente, em dispositivo estatutário e dispositivo penal? Ilícito administrativo, ilícito penal ou ambos? Quando o agente administrativo, acusado de infração estatutária, é absolvido pelo Poder Judiciário, o reflexo ou não desse pronunciamento, no juízo administrativo, tem seu fundamento na *natureza da infração*, no *modo de apreciação da prova* ou no *alicerce da acusação*? “Falta residual” é expressão *unívoca*, que designa apenas o *quantum* atípico de *falta disciplinar* ou *ilícito administrativo puro*, que aderiu, como corpo estranho ao *ilícito penal típico*, ou é expressão *equivoca* que, além dessa noção, designa também o *minus* ou *resíduo* que restou do *ilícito penal*, quando provado insuficientemente ou deficientemente perante o Poder Judiciário? A consideração da *prova do fato*, pelo magistrado, tem o dom de metamorfosear, descaracterizar ou desclassificar o *ilícito penal típico*, transformando-o em *ilícito administrativo*? Ou o juízo penal apenas se pronuncia sobre a *infração penal*, remetendo a *falta residual*, agregada, aderente ou paralela, para a apreciação administrativa?

2. O ilícito como categoria jurídica.

A figura do *ilícito*, em si, não é peculiar a nenhum dos ramos da ciência jurídica, nem no âmbito do direito público, nem no âmbito do direito privado, pertencendo seu conceito genérico à *teoria geral do direito* que, abstraindo as notas tipificadoras do instituto, aqui e ali, chega ao conceito categorial puro, *in genere*, que abrange todos e cada um dos matizes assumidos pela infração na esfera penal, administrativa, civil, tributária, financeira, trabalhista.

A *substância* ou *materialidade* do ilícito é sempre um *fato*, que ocasiona um *dano*, o que gera *responsabilidades* e *sanções*, em razão das perturbações causadas ao particular, à sociedade, à Administração, ou às pessoas jurídicas privadas. Esses diversos tipos de perturbações e desequilíbrios levaram os diversos setores em que se desdobra a ciência jurídica a se especializarem na apuração das respectivas *responsabilidades*, com as consequentes aplicações das correspondentes *sanções*.

Desse modo, o *ilícito*, antes de ser penal, administrativo, civil, tributário, financeiro ou trabalhista, é *ilícito categorial*, entendendo-se, como tal, a formulação genérica do instituto da *ilicitude*, que põe em relevo as conotações genéricas típicas identificadoras de qualquer modalidade de quebra de norma, caracterizadora do *ilícito*.

A identificação do *ilícito* pressupõe, antes de tudo, sua fonte, causa eficiente, ou fato gerador, que é o homem.

Fatos do mundo não originam *ilícitos* que, para começarem a existir, pressupõem a participação humana.

Em segundo lugar, o *dano* ou *prejuízo* é elemento que deve figurar como obrigatório, na conceituação do ilícito, trate-se de dano moral ou material: as modalidades assumidas pelo ilícito penal (homicídio), pelo ilícito civil (danificações causadas à propriedade), pelo ilícito administrativo (desobediência às ordens do superior, interferências no fun-

cionamento dos serviços públicos), pelo ilícito fiscal (danos ao fisco), pelo ilícito financeiro (atividades danosas no campo de operações da bolsa), pelo ilícito tributário (sonegação de tributo) pelo ilícito trabalhista (participação ou incitação a greves).

Em terceiro lugar, o ato danoso do homem deve ferir texto legal do sistema jurídico em que é considerado.

Quando os diplomas legais, códigos ou estatutos, impõem normas de conduta, implícita ou explicitamente, configurando o *tipo*, preceituando “não mates”, “não danifiques a propriedade alheia”, “não desobedeças às ordens legais do superior hierárquico”, “não perturbes o bom funcionamento dos serviços públicos”, “não sonegues tributos”, o *ilícito* consiste, precisamente, na conduta humana, no ato voluntário ou involuntário do homem, que infringe a parte *condicional* ou *hipótese* da norma (“se matares teu próximo” = prejuízo ao serviço público; “se lesares o fisco” = sonegação) e que, por isso, será responsabilizado, suportando a *sanção*, ou pena, contida no *preceito normativo* (“ficarás privado de tua liberdade” = prisão; “pagarás a soma correspondente ao prejuízo” = indenização; “ficarás privado de teu cargo público, para sempre” = demissão, ou “ficarás afastado do teu cargo por certo tempo” = suspensão, etc.).

O *ilícito*, em qualquer das modalidades com que se apresenta, empenha a *responsabilidade do agente*, sempre que o ato humano emane de sujeito imputável, porque a *responsabilidade* não se resolve em *monólogo*, mas em *diálogo*, visto enquadrar situação de todo aquele que, infringindo a norma, e sendo chamado a admitir o nexó direto entre agente e violação, não consegue eximir-se, ficando passível da aplicação da respectiva *sanção*.

3. Definição categorial do ilícito.

Ilícito é toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidades e sanções.

O *ilícito*, assim definido categoricamente, é *gênero*, de que o *ilícito penal*, o *ilícito civil*, o *ilícito administrativo*, o *ilícito fiscal*, o *ilícito trabalhista* são *espécies*.

Nenhuma dessas modalidades ocorre sem ato humano, positivo ou negativo, antijurídico, definido em lei, atribuído a alguém que, desse modo, por ele responde, sofrendo a *pena* cominada pela norma jurídica.

4. Ilícito civil.

Ilícito civil é todo fato antijurídico, danoso, imputável a seu autor, cometido com intenção de prejudicar. O traço de *ilicitude* caracteriza o *delito civil*, conforme a fórmula romana milenar, expressa em um dos capítulos da Lei Aquília, o *damnum iniuria datum*. Ausente a *intenção de prejudicar*, teremos o *quase-ilícito civil*, ou *quase-delito*.

Aos *atos voluntários* ou *involuntários*, danosos, cujas consequências indenizatórias, não são desejadas pelo autor, damos, no primeiro caso, o nome de *delito civil*, no segundo caso, o nome de *quase-delito civil*. Ambos são *atos ilícitos*, que empenham a *responsabilidade civil* ou *patrimonial*.

Aos *atos voluntários*, lícitos cujas consequências são desejadas pelo agente, damos o nome de *atos jurídicos*.

Ao passo que o *ilícito penal*, lato sensu, é o fato previsto, de maneira precisa, pela lei repressiva, o *ilícito civil* é todo e qualquer ato do homem que causa dano a outrem e que gera a obrigação de indenizar.

Por outro lado, o *ilícito civil* opõe o *autor* do ato danoso à *vítima*, ao passo que o *ilícito penal* opõe o *autor* do delito à *sociedade*. O *ilícito civil* põe em jogo o *interesse privado*, o *ilícito penal* põe em jogo o *interesse público*.

O *ilícito civil* surge quando ocorre “qualquer” *ato humano danoso*, não importa de que natureza. Nem mesmo se exige que esteja capitulado em texto especial, ao contrário do que ocorre com o *ilícito penal* que só se configura

quando ocorre *ato humano de configuração precisa*, enquadrado em texto especial (tipicidade).

Somente quando há *produção de dano* se delinea o *ilícito civil*; o *ilícito penal*, ao contrário, surge mesmo sem a *concretização do dano*, como acontece nas *tentativas*, nos *crimes impossíveis*, enfim, nas hipóteses variadas em que, por qualquer motivo, o *prejuízo não ocorre*.

O *ilícito civil* empenna a reparação do prejuízo sofrido pela vítima, o *ilícito penal* impõe a aplicação de *pena*, de *sanção penal*.

5. Ilícito penal.

Ilícito penal é todo ato positivo ou negativo do homem, antijurídico, típico, imputável e punível.

Previsto de maneira inequívoca pela lei, sancionado por uma pena, podendo existir independentemente de um dano efetivo, o *ilícito penal* apresenta pontos de contato e pontos divergentes, quando comparado ao *ilícito civil*.

O rol do *ilícito penal* é rigorosamente delimitado e de interpretação restritiva. Em virtude do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a lei penal tem de precisar a incriminação e prever todas as condições que cercam o fato, apontando todos os elementos constitutivos da figura delineada, ao contrário do que ocorre com o *ilícito civil*, definido em fórmula geral e admitindo, pois, interpretação ampla.

Pode haver *ilícito penal* e não haver *ilícito civil*, como, por exemplo, nas tentativas, punidas penalmente e não ressarcíveis civilmente, já que não se configurou o *ilícito civil*, cujo pressuposto é o *prejuízo*, o *dano*.

Reciprocamente, pode haver *ilícito civil*, sem que ocorra *ilícito penal*, como, por exemplo, no caso de ato do homem que produza, em virtude de imprudência, danos materiais, mas que não esteja capitulado em nenhuma lei penal.

Dum modo geral, porém, o mesmo *fato ilícito*, ato do homem, ocasiona os dois tipos de ilícitos, o *ilícito penal* e o *ilícito civil*.

As sanções provocadas pelo *ilícito penal* derivam do poder geral que compete ao Estado para com os cidadãos que violam a ordem jurídica estabelecida no interesse da sociedade juridicamente organizada e, assim, são manifestações do seu poder jurisdicional, ao contrário das *penas disciplinares* que pressupõem uma relação especial entre o ente público e as pessoas a ele sujeitas, em virtude da mencionada relação, sendo sua aplicação função *de parte*, não *função jurisdicional* (Cf. LENTINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, p. 13).

6. Ilícito administrativo.

O *ilícito administrativo* empenha a *responsabilidade administrativa*, que tem por objeto a aplicação de penas que, entretanto, não fazem parte do direito penal, porque não são aplicadas pelo Estado, em sua função de justiça, mas no exercício de uma potestade administrativa. Por isso, a aplicação de tais penas é sempre da autoridade administrativa, cuja competência cabe também a entes públicos diferentes do Estado, enquanto titulares de direito protegidos com tal forma de responsabilidade (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol. I, p. 285).

Ilícito administrativo é todo ato positivo ou negativo, imputado a agente administrativo, em virtude de infração a dispositivo expresso estatutário.

A agente público, por ação ou omissão, pode, na qualidade de cidadão comum, cometer *ilícito civil* ou *ilícito penal*, como também, *in officio* ou *propter officium*, isto é, na qualidade ou em razão de ser *funcionário*, pode editar atos ou omitir-se, contrariando preceitos contidos em seu Estatuto; no primeiro caso, o julgamento tem por base o Código

Penal e o Código Civil, no segundo caso, o julgamento tem por base o Estatuto e o Código Penal.

O *ilícito administrativo*, consubstanciado na *falta disciplinar*, que pode ou não erigir-se, também, em *ilícito penal*, consiste na violação de regras peculiares *a grupos diferenciados da sociedade*, como magistrados, advogados, médicos, engenheiros, professores, estudantes, funcionários, ao passo que o *ilícito penal* consiste na violação de regras gerais, aplicáveis, sem exceção, *a todo cidadão*.

Sem dúvida, pode o magistrado, o advogado, o médico, o engenheiro, o professor, o estudante, o funcionário contrariar regra de caráter geral, aceita pela sociedade, como um todo, refletindo-se, porém, nos grupos diferenciados, como, por exemplo, a quebra de ética, a ação contrária à honorabilidade, à dignidade. Ao agente condenado pela prática de *ilícito penal* os tribunais repressivos aplicam sanções penais referentes ao fato enquadrado em norma típica, prévia e precisa, ao passo que o *ilícito administrativo* é punido por colegiados administrativos (Conselho Superior da Magistratura, Conselho da Ordem dos Advogados, Conselho dos Médicos, dos Engenheiros, Conselho da Universidade, Congregações) ou por autoridades singulares do setor administrativo, *diretamente*, quando se trata de infração de pequena gravidade, ou após regular *processo administrativo*, quando de infração grave ou gravíssima.

Juridicamente, o *ato* ou *omissão* do funcionário não se erige em *ilícito administrativo*, a não ser que, previsto e reprimido por disposição estatutária própria (*elemento legal*), tenha sido levado a termo materialmente ou em alguns casos, tenha tido começo de execução (*elemento material*), por agente público, dotado de vontade livre e consciente (*elemento moral*).

Por outro lado, ao passo que a repressão do *ilícito penal* é regida pelo *princípio da legalidade*, a autoridade que exerce o *poder disciplinar* pode aplicar, discricionariamente,

sanções disciplinares, em virtude de infrações aos deveres da profissão, a princípio de honra, de dignidade, de ética, mesmo que não haja expressa disposição estatutária precisa a respeito. A Administração age dentro das chamadas *normas elásticas, flexíveis* ou *plásticas*.

Há diferença *ontológica* ou de *natureza* entre o *ilícito administrativo* e o *ilícito penal*? Ou a *diferença* entre ambos os *ilícitos* é apenas *de grau*, de intensidade? Será o *ilícito administrativo* um *minus* em relação ao *ilícito penal*? E, reciprocamente, o *ilícito penal* um *majus* em relação ao *ilícito administrativo*?

Depende da modalidade de *ilícito administrativo*. Porque, se o *ilícito administrativo*, for *ilícito* puro, que se exaure na própria esfera do Poder Executivo, a diferença entre ele e o *ilícito penal* é “ontológica” ou “de substância”, objeto que é do *direito administrativo disciplinar*; se se tratar, porém, de *ilícito administrativo* que transcenda o próprio campo do Executivo, para inserir-se também no campo do direito penal, então, nesse caso, a diferença entre ambas as figuras é apenas *de grau*, diferença quantitativa, sendo o *ilícito penal administrativo* um *minus*, um grau a menos, em relação ao *ilícito penal*.

O *ilícito penal administrativo* é um *fato ilícito*, capitulado nas leis penais e nas leis administrativas. É um *crime*, um *delito*, por vezes, uma *contravenção*, ou de um modo mais genérico, *ilícito* ou *infração* que, ao mesmo tempo que afeta a sociedade, afeta a Administração. O *ilícito administrativo puro*, entretanto, afeta específica e diretamente o *serviço público*, a *hierarquia*, a *ordem interna da Administração*. Não transcende a órbita administrativa.

O agente público que comete *ilícito administrativo puro* é perigoso internamente, porque compromete o bom andamento do *serviço público*, pondo em risco o prestígio da *função pública*.

O agente público que comete *ilícito administrativo penal* é não só dotado de *periculosidade externa*, porque traz em

si potencialidade danosa que se projetará sobre o cidadão comum, como também é dotado de *periculosidade interna*, porque traz em si potencialidade ruínosa que colocará em risco a própria Administração.

Por isso, o *ilícito penal administrativo* é apreciado pela autoridade administrativa, que lhe aplica *sanções administrativas*, que atingem a *relação de função pública*, ao mesmo tempo que é apreciado pela autoridade judiciária, que lhe aplica *sanções externas* que atingem a *liberdade*, a *vida*, o *patrimônio* ou a *honorabilidade*.

O *ilícito administrativo* ou *ilícito disciplinar* tem como pressuposto a *falta administrativa* cometida pelo funcionário, mas esta *falta* não é obrigatoriamente *ilícito penal* ou *infração penal*: é falta que leva em conta a *violação dos deveres funcionais* e que, por isso, implica *sanção* que atinge o funcionário em seu “status” funcional, que lhe será arrebatado ou que será atingido, em seu grau maior ou menor de algum modo. Ao contrário da *sanção penal* que atinge a vida, a liberdade, a honra ou os bens do cidadão, a *sanção disciplinar* atinge o quantum de *vinculação do agente público ao cargo*, culminando com a supressão total do vínculo, quando ocorre a *pena de demissão*. O fundamento da *sanção disciplinar* é o interesse do serviço público, sua marcha regular, seu bom funcionamento.

A *cominação de sanções disciplinares*, previstas nos dispositivos estatutários peculiares ao agente público faltoso, deriva do poder de supremacia do ente público para com seus próprios dependentes e é inspirada não só no interesse público, mas também no *administrativo*, mesmo quando se refira a fatos que constituem *crimes*.

Ao contrário do *ilícito penal*, de configuração precisa, fixado por texto legislativo que se interpreta restritivamente, o *ilícito administrativo* é capitulado em dispositivos deliberadamente imprecisos, para que o administrador tenha ampla faixa discricionária e, consultando a oportunidade e a conveniência, possa coibir todo comportamento do funcio-

nário, no serviço ou fora do serviço, desde que tal conduta seja suscetível, pela repercussão que possa ter, de afetar ou prejudicar a função pública.

Há catálogos rígidos de *ilícitos penais* e há catálogos flexíveis de *ilícitos administrativos*: os primeiros recebem nomes e definições precisas, ao passo que os segundos são designados de maneira genérica. Os *ilícitos penais* são “típicos”, os *ilícitos administrativos* são “atípicos”.

7. Julgamento do ilícito administrativo.

O julgamento do *ilícito administrativo puro* cabe às autoridades administrativas, que concluirão pela existência ou não do fato, capitulado como infração de dispositivo estatutário. Ou pela inexistência do *ilícito*.

Nesse sentido é que se diz que a decisão administrativa faz *coisa julgada*, porque o Poder Judiciário não é competente para apreciar *faltas disciplinares*, não obstante, é claro, possa apreciar o aspecto formal do processo administrativo.

Capitulado nos dispositivos estatutários, o *ilícito administrativo puro* configura a *falta funcional*, a *falta disciplinar*, a *quebra a dever funcional*, o *desrespeito à hierarquia*, a *perturbação ao serviço público*.

São deveres do funcionário, por exemplo, a assiduidade, a pontualidade, a urbanidade, o zelo às coisas públicas, a submissão à inspeção médica, a presteza e eficiência nos trabalhos de que for incumbido, a denúncia de irregularidades, a decência nos trajes e uniformes, o conhecimento da legislação, o tratamento, na repartição, apenas de assuntos públicos, o procedimento regular, dentro e fora do serviço.

A infração a esses deveres configura o *ilícito administrativo puro*, que não se eleva, entretanto, necessariamente, e sempre, à altura do *ilícito penal*.

Há casos, no entanto, em que a *infração* a deveres se erige em *ilícito penal*. O mesmo *fato ilícito* configura transgressão a normas estatutárias e a normas penais.

Nessas hipóteses, o mesmo *fato ilícito* é apreciado na esfera administrativa e na esfera judiciária, empenhando a *responsabilidade funcional* e a *responsabilidade penal*, acarretando, ferimento à regra do “non bis in idem”, a aplicação de *sanção administrativa* e de *sanção penal*.

Trata-se agora do *ilícito administrativo impróprio* ou *ilícito administrativo penal*, crime contra a Administração, objeto do *direito administrativo* e objeto do *direito penal*, ou, como querem alguns, do *direito penal administrativo*.

O agente apresenta *periculosidade genérica*, porque afeta todo o meio social, e *específica*, porque atinge diretamente a própria Administração. Quem pratica o crime de peculato, comete *ilícito penal administrativo*, “penal”, porque o fato ilícito opõe seu autor a toda a coletividade, “administrativo”, porque opõe seu autor à Administração.

Se um funcionário é indiciado em processo administrativo e acusado da prática de *ilícito administrativo*, capitulado no Estatuto, a pena pode ir da simples repreensão até a demissão, “simples” ou com a nota “a bem do serviço público”.

Não se pense, porém, que o poder discricionário da autoridade administrativa é ilimitado. O limite da discricionariedade, na aplicação da pena disciplinar está no próprio Estatuto.

Assim, por exemplo, a *impontualidade*, mesmo constante, não leva à demissão, a não ser que chegue a configurar a *ineficiência no serviço*. Esta mesma só servirá de suporte à pena de demissão, quando verificada a impossibilidade de readaptação.

Há evidente gradação. Leva-se em conta a reincidência, estudam-se as circunstâncias, procura-se adaptar o funcionário.

Tudo, porém, no âmbito administrativo, sempre que o *ilícito administrativo* não se transforme, agravando-se, em *ilícito penal*. A *impontualidade reiterada* pode evoluir para a *inassiduidade*, esta para o *abandono de cargo ou função*.

É o caso do agente que teima em chegar tarde ao serviço e, por esse motivo, não tem condições, em determinados casos, de executar seu trabalho, como, por exemplo, o maquinista de estrada de ferro, que perdesse, sistematicamente a hora, sendo substituído pelo companheiro.

Se um funcionário é indiciado em processo administrativo e a Administração lhe atribui a prática de *ilícito administrativo penal*, de *crime contra a Administração*, capitulado, no Estatuto, com uma série de *palavras e expressões*, às quais, na técnica precisa do Código Penal, correspondem nomes consagrados e tradicionais, que enquadram o *fato ilícito* numa das figuras típicas reservadas para o delito (peculato, concussão, prevaricação, advocacia administrativa, corrupção passiva, abandono de cargo, violação de sigilo funcional), as sanções poderão ser duas, a aplicada pela Administração e a aplicada pelo Judiciário.

Ao passo que o Estatuto fala, de modo genérico, em “lesão ao patrimônio público”, “lesão aos cofres públicos”, “dilapidação do patrimônio nacional”, o Código Penal dá o *nomen iuris* técnico ao ilícito, precisando-lhe o contorno de modo inequívoco. Assim, sob o nome de *peculato* o Código Penal Brasileiro enquadra a “ação do funcionário público que se consubstancia em apropriação de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou o desvio, em proveito próprio ou alheio desses mesmos bens”.

Ao julgar o funcionário, acusado de fato lesivo ao patrimônio público, a autoridade administrativa conclui ou pelo enquadramento do ilícito nos termos amplos do Estatuto, podendo ocorrer, o que é raríssimo, infração atípica, do ponto de vista penal, ou, então a autoridade administrativa faz suas as palavras do legislador penal e aprecia, na esfera administrativa, o fato lesivo, segundo o *modelo penal*, mas com as conotações mais amplas do diploma estatutário.

Resta saber ainda se, *aderente* ou *agregado* ao crime contra a Administração, assim julgado pelo Poder Judiciário,

restou algo de *ilícito administrativo puro*, inconfundível com o *ilícito penal típico*, o que caracterizaria a chamada *falta residual*.

São, portanto, três as hipóteses, até agora: (a) o funcionário incorre em *ilícito administrativo puro*, (b) o funcionário incorre em *ilícito penal administrativo* e (c) o funcionário incorre em *ilícito penal*, ao qual adere algo de administrativo ou *falta funcional*.

No primeiro caso, o *ilícito administrativo puro* é denunciado, apurado e julgado na esfera administrativa, erigindo-se a decisão administrativa em *res iudicata*, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, ou, tão-só, apreciada sob o aspecto da legalidade, isto é, da forma. Note-se que o Poder Judiciário não pode *julgar o funcionário*, indiciado apenas administrativamente por *infração funcional*, por *falta disciplinar*. Abrindo inquérito administrativo, processando e aplicando sanções administrativas ao funcionário público, acusado da prática de *ilícito administrativo puro*, a Administração esgota, com sua decisão, a única via julgadora do indiciado. Cabem recursos contra a decisão, recursos hierárquicos próprios e impróprios, mas sempre na *via administrativa*, cujo pronunciamento final fecha a possibilidade de qualquer outra abertura para julgamento.

No segundo caso, o *ilícito penal administrativo*, que tem por objeto “crime” e não “falta”, oferece duas vias, a administrativa, em que a autoridade abre processo administrativo, assegurando-se ao indiciado ampla defesa, a judiciária, em que a *infração penal* é apreciada na esfera do Poder Judiciário. São dois julgamentos pelo mesmo fato, que podem ter os seguintes desfechos: (a) dupla absolvição, (b) dupla condenação, (c) absolvição pelo Judiciário e condenação pelo Executivo, (d) condenação pelo Judiciário e absolvição pelo Executivo.

No terceiro caso, ao *ilícito penal* soma-se uma parcela de *ilícito administrativo puro*, isto é, ao lado do *crime* há a *falta funcional* ou disciplinar. *Ilícito*=crime+falta — eis o

que a Administração remeteu ao Poder Judiciário para julgamento. Nesse caso, o Judiciário entra no exame do *crime*, absolvendo ou condenando, mas exime-se de apreciar a *falta funcional*, considerada *resíduo*, ou *falta residual*. Interdito de apreciar a *falta*, o Poder Judiciário respeita o pronunciamento administrativo.

8. O problema do resíduo.

As considerações acima levam a indagar a respeito da conceituação do *resíduo* ou *falta residual*, a que alude a Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal: “Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”

Que é *resíduo*?

Que é *falta residual*?

Resíduo é o quantum de *ilícito administrativo* que se agrega ao *ilícito penal*, matéria estranha, de natureza diversa, que vai possibilitar mais tarde a triagem pelo Poder Judiciário? Ou *resíduo* é não só isso como também aquilo que restou do próprio *ilícito penal* quando, apreciado pelo Judiciário, ofereceu dúvidas em sua caracterização, porque as provas dos autos foram insuficientes, ineficientes ou deficientes?

A nosso ver, nos dois casos, houve *resíduo*; no primeiro caso, *resíduo heterogêneo*, de espécie diversa; no segundo caso, *resíduo homogêneo*, da mesma espécie. No primeiro caso, o resíduo é um *aliud*, no segundo caso, o resíduo é um *minus*.

Aliud é aderência, é agregação residual, matéria imiscível, levada da esfera administrativa para a esfera judiciária, por qualquer motivo.

Minus é a mancha que não se conseguiu apagar, por ineficácia, inoperância ou deficiência probatória.

No primeiro caso, o fato existiu, mas não ensejou condenação penal. A absolvição penal incidiu sobre uma área,

deixando de abranger a área anexa; no segundo caso, sendo uma só a área, a absolvição penal incidiu sobre ela, mas restou algo, na própria área, insuficiente para a condenação penal, suficiente para a condenação administrativa.

Em ambos os casos, há *resíduo*, fundamento bastante para a imutabilidade da decisão administrativa condenatória: *resíduo heterogêneo*, resquício de ilícito administrativo puro, para a incriminação judiciária; *resíduo homogêneo*, sobra do próprio ilícito administrativo penal, *minus* resultante de prova deficitária, prova de pequeno valor para a demonstração cabal da inocência para o magistrado, suficiente, entretanto, para a absolvição penal (“in dubio pro reo”).

Quer no caso do *resíduo heterogêneo*, quer no caso do *resíduo homogêneo*, a decisão do Poder Judiciário prestigia e reforça a decisão do Poder Executivo, porque sobre ela não repercute.

A verificação do *resíduo heterogêneo* pelo Judiciário, mediante rigoroso exame da prova, conduz o juiz a uma distinção: “condeno pelo quantum de *penal*, que há no ilícito, abstenho-me de pronunciar-me pela porção de *administrativo*, que há no ilícito”; a verificação do *resíduo homogêneo*, pelo Judiciário, mediante o exame da prova, abala a convicção do magistrado (“não posso condenar, porque a prova não me convence da culpabilidade, nem me convence, cabalmente, da incidência; na dúvida, absolvo, por ineficiência de prova, mesmo porque o réu já foi ou será punido na esfera administrativa, em razão do *minus* residual”).

9. Valor jurídico do resíduo.

O fundamento da condenação administrativa, em razão do *resíduo heterogêneo* e do *resíduo homogêneo*, é bem claro, porque se as autoridades do Poder Executivo com base em processo administrativo regular chegaram à conclusão de

que o funcionário deve ser punido pelo fato ilícito que lhe é imputado, o Poder Judiciário não contraria tal decisão.

Não há repercussão da sentença penal absolutória prevalecendo o que foi decidido no juízo administrativo, ou seja, a apuração da *falta*, no primeiro caso, do *crime*, no segundo caso.

A *insuficiência*, *deficiência* ou *ineficiência* de prova, no juízo penal, deixa um *resíduo*, cujo valor assim se traduz: “absolvo penalmente, sem prejuízo da decisão administrativa que, no caso, deve prevalecer”.

Tal é a orientação dos tribunais italianos em consonância perfeita com a colocação doutrinária: “a absolvição no juízo penal não preclui a ação disciplinar quando se baseia na *insuficiência de provas*” (cf. D’ALESSIO, *Istituzioni*, 4.^a ed., 1949, vol. I, p. 579, nota 2; ZANOBINI, *Corso*, 4.^a ed., 1949, vol. III, p. 249; PETROZZIBELO, *Il rapporto di pubblico impiego*, 1935, p. 264; PIROMALLO, *Disciplina della pubblica amministrazione*, em *Nuovo digesto italiano*, 1938, vol. V, p. 28, “sub voce”).

Em pronunciamento preciso, LAUBADÈRE resume a posição da doutrina francesa a respeito do *valor do resíduo*, que leva o magistrado a absolver, em caso de *iliquidez*: “a autoridade administrativa não se acha vinculada às decisões penais que absolvem, por motivo de dúvida” (*Traité*, 3.^a ed., 1963, vol. II p. 92). “Se o funcionário foi absolvido *au bénéfice du doute*, por motivo de dúvida, esta decisão não se impõe à autoridade administrativa” (AUBY e DUCOS-ADER, *Droit administratif*, 1967, p. 179).

Considerada *insuficiente*, *ineficiente* ou *deficiente*, a prova, colhida no processo administrativo e remetida ao Judiciário, fundamentará a sentença penal absolutória. Se a prova existe, mas não conduz à convicção cabal da inocência, é porque deixa uma dúvida, que serve para caracterizar o *resíduo homogêneo*, aquele *minus* que foi apurado na esfera do Poder Executivo e que permitiu a responsabilização do indiciado e a aplicação de sanção.

A jurisprudência brasileira é unânime em reconhecer, com base, aliás, no artigo 66 do Código de Processo Penal (“Não obstante a sentença penal absolutória no juízo criminal, a *ação civil* poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”). OBS. Substitua-se a expressão grifada por *ação administrativa*) que a prova insuficiente”, “ineficiente” ou “deficiente” para provar categoricamente a *materialidade do fato* conduz à sentença criminal absolutória, sem prejuízo, porém, da *sanção administrativa*, que fica na esfera do poder discricionário da autoridade encarregada das penas disciplinares (STF, em RDA 106/211; STF, em RDA 97/112; RDA 51/177 e 51/191; RDA 37/514).

Havendo dúvida quanto à *culpabilidade* e, pois, *não havendo certeza* plena, cabal, insofismável, da inocência, subsiste o *resíduo*, seja heterogêneo ou administrativo (falta a disciplina) seja homogêneo (crime contra a Administração), não repercutindo, jamais, na decisão administrativa, a sentença penal absolutória, prolatada com esse fundamento.

10. Ausência de resíduo do ilícito.

Inexiste *resíduo* sempre que a sentença penal absolutória, apreciando a prova, fundamentar-se em (a) inexistência do fato, (b) falta ou ausência de prova da existência do fato, (c) negação de autoria.

Nestes casos, a *sentença penal absolutória* repercute de maneira válida sobre a decisão proferida na esfera administrativa e a esta se superpõe, substituindo-a, o que tem como consequência investir o funcionário público demitido em um *direito subjetivo público* de reclamar sua *reintegração*.

Tal sentença elimina todo e qualquer *resíduo*, porque nega a *materialidade* dos fatos, abala o *motivo* imaginário da condenação administrativa, estabelecendo a inexistência de falta disciplinar residual e de porção residual de crime.

Não ocorrendo nem *ilícito administrativo puro* e nem *ilícito penal administrativo*, a decisão do magistrado transcende a própria esfera do Poder Judiciário e repercute no âmbito do Poder Executivo, como proclama, sem a menor vacilação e com unanimidade perfeita a nossa jurisprudência: “*negada a existência do fato*, no juízo criminal, não subsiste a pena administrativa” (STF, em RDA 94/86); “deve ser invalidada, com a conseqüente reintegração do servidor, a demissão fundada em prática de crime que veio a ser considerado *inexistente pelo Judiciário*” (STF, em RF 221/121); “absolvido na instância criminal, por *falta de provas*, o funcionário demitido, acusado de furto, em processo administrativo, deve ser *readmitido* (sic!), leia-se *reintegrado* (STF, em RDA 97/113); “somente a decisão, na esfera criminal, sobre a *negativa do fato*, imputado, geraria ao funcionário público, demitido pela denúncia da prática de peculato, o direito de pleitear o seu reingresso no funcionalismo, voltando para o lugar do qual fora alijado” (TJRS, em RT 412/367).

11. Ilícito administrativo disciplinar.

O *ilícito administrativo disciplinar* ou *ilícito administrativo puro*, previsto no Estatuto que estabelece o *regime jurídico do funcionário público*, é a *ação* ou a *omissão* do funcionário que, sem chegar à categoria do *ilícito penal*, causa dano à Administração e que, por isso, empenha a responsabilidade de seu autor, deixando-a à mercê da sanção administrativa competente.

Poder ocorrer que a autoridade administrativa, baseando-se nas conclusões do inquérito administrativo, entenda dever remeter suas conclusões para o Judiciário, em virtude de considerar criminoso o fato ilícito atribuído ao agente.

O magistrado pode, examinando a *prova*, concluir que houve *ilícito*, mas *ilícito administrativo puro* ou *disciplinar*, nunca, porém, *ilícito penal*, absolvendo, pois, o incriminado

do *crime*, que não se configurou, mas deixando de manifestar-se sobre a *falta residual*, da competência da autoridade administrativa.

Nesse caso, houve *resíduo heterogêneo*, falta residual ou falta disciplinar, que será julgada, só e só, na esfera administrativa.

Pois bem, este *resíduo*, de índole administrativa, resquício do pronunciamento penal, não permite afirmar, como erroneamente disse NELSON HUNGRIA, que “o ilícito administrativo é um *minus* em relação ao ilícito penal” e que “não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal” (*Comentários ao Código Penal*, 4.^a ed., 1958, vol. I, tomo 2.^o pp. 35-36; vol. VII, p. 25 e vol. IX, n.^o 133).

E não é um *minus*, porque o *ilícito administrativo puro* ou *ilícito administrativo disciplinar* é a *falta disciplinar, pura*, que não chega a erigir-se em *crime*, porque ambas as figuras não estão na mesma escala, não se situam no mesmo plano, não são de mesma índole. São ontologicamente diversas.

Trata-se de *resíduo* aderente, espúrio, por agregação, heterogêneo.

12. Ilícito penal administrativo.

O *ilícito penal administrativo* é *crime*. Crime contra a Administração.

Capitulado no Código Penal e no Estatuto, o *ilícito penal administrativo* tem uma configuração *externa*, porque, contrapondo seu *autor* à *sociedade*, é reprimido “fora de casa”, por autoridade estranha à Administração, mas tem também uma configuração *interna*, porque, contrapondo seu *autor* à *Administração*, é reprimido “dentro de casa”, por autoridades administrativas.

Neste caso, sim, o *ilícito penal administrativo* é um *minus* em relação ao *ilícito penal*.

A diferença entre ambos é *de grau*, de quantidade, porque as figuras são, ontologicamente, as mesmas, ou, em outras palavras, é a mesma figura, materialmente, vista sob dois prismas diversos.

Apreciando o mesmo *ilícito*, sob óticas diferentes, a autoridade administrativa vê o suficiente para condenar, ao passo que o magistrado não vê o fato, através da prova, com a mesma clareza que o julgador administrativo.

São duas valorações da mesma realidade, a do administrador, mais sensível, a do juiz, mais intelectual; o primeiro, mais próximo dos acontecimento, o segundo mais distante; o que basta para um, é insuficiente para o outro; o primeiro usa o método da intuição sensível, o segundo o método da intuição intelectual; o primeiro sente a repercussão próxima da conduta do funcionário, o segundo julga objetivamente os fatos à distância.

13. A Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal.

“Pela *falta residual*, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público” — proclama a Súmula 13 do Supremo Tribunal Federal.

Resta saber o sentido exato da expressão *falta residual*, ou seja, se designa apenas resíduo administrativo, infração disciplinar, falta disciplinar ou se designa também aquilo que restou do ilícito penal, não provado suficientemente na esfera judiciária.

A questão é sutil e merece análise mais demorada, porque o resíduo pode ser interpretado *stricto sensu* e *lato sensu*.

Numa primeira interpretação, *falta residual* designaria apenas o *resíduo heterogêneo*, o *quantum* administrativo que se agregou ao *ilícito penal*, discriminado depois pelo Judiciário. É a interpretação *stricto sensu*.

A análise de julgados anteriores, preliminares, preparatórias da Súmula, permite tal interpretação restritiva. Em

1962, o Supremo Tribunal Federal decide que “a absolvição, no processo criminal, não invalida, por si só, a demissão de funcionário contra o qual ficou apurada infração disciplinar” (RDA 77/206). Aqui está, antes da petrificação, na Súmula, a orientação da Corte Suprema da Nação. Temos, no caso, o *resíduo heterogêneo*, inapreciado pelo Judiciário, que só julga crime, ilícito penal e não falta administrativa.

Numa segunda interpretação, *falta residual* designaria ambos os *resíduos*, o *heterogêneo*, ilícito administrativo puro, e o *homogêneo*, ilícito administrativo penal.

Esta a nossa interpretação da Súmula. Tanto é *resíduo* a falta disciplinar ou *falta administrativa* agregada ao *ilícito*, que foi entregue ao Judiciário para apreciação (e que ele não apreciou porque não lhe competia mesmo apreciar), como também é *resíduo* o *ilícito penal*, o *crime* contra a Administração, que o Judiciário apreciou (e que estava obrigado a apreciar, sob pena de denegação de justiça), mas concluiu pela absolvição, em virtude de ineficiência, insuficiência ou deficiência de prova.

Se o juízo criminal pronuncia a absolvição, é admissível, não obstante, a punição administrativa do servidor público, porque pode restar uma falta residual, de natureza puramente administrativa — “ilícito administrativo puro” ou “falta disciplinar” — ou de natureza penal administrativa, insuficiente para a condenação penal, suficiente para a condenação administrativa.

Quando o Código de Processo Penal diz, no artigo 66, adaptado ao nosso caso, que *a ação administrativa poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato, pela sentença penal absolutória, no juízo criminal*, o legislador, implicitamente, admitiu a condenação administrativa residual, *lato sensu*, entregando à discricionariedade administrativa a concretização ou não da punição.

A jurisprudência brasileira é exaustiva e convincente a respeito.

Examinando caso de funcionário federal da Caixa Econômica demitido por haver praticado ato ilícito com mutuário, qual fosse a negociação de jóia furtada, ou seja, em outras palavras, funcionário acusado de crime de receptação (artigo 180 do Código Penal) o Supremo Tribunal Federal concluiu que “a absolvição no juízo criminal não afeta o ato administrativo praticado com observância das normas legais” (RDA 51/121).

Absolvido por deficiência de prova do crime de receptação, foi o funcionário demitido do cargo que exercia, porque o processo administrativo regular concluiu que ele praticara ato absolutamente imoral e incompatível com as suas altas funções no referido estabelecimento de crédito (RDA 51/122). Temos aqui o *resíduo homogêneo*, o *minus*, insuficiente para a condenação penal, suficiente para a penalidade administrativa.

14. Conclusões.

No direito administrativo brasileiro, o *ilícito administrativo* está disciplinado nos Estatutos do Funcionário, em sua respectiva esfera, da União, dos Estados, dos Municípios.

Configura-se o *ilícito administrativo*, quando o agente público infringe *deveres funcionais* ou pratica ato que contraria o capítulo denominado *das proibições*.

Em razão de sua conduta, é o funcionário público responsabilizado. Um só ato do funcionário, decorrente do *exercício irregular de suas atribuições*, pode levá-lo a responder civil, penal e administrativamente: a *responsabilidade civil* decorre de procedimento doloso ou culposos, que importe em prejuízo da Fazenda Nacional ou de terceiros; a *responsabilidade penal* abrange os crimes e contravenções imputados ao funcionário, nessa qualidade; a *responsabilidade administrativa* resulta de ação ou omissão praticado no desempenho do cargo ou função.

O funcionário responsável é passível de sanções ou penalidades que vão desde a *repreensão*, passam pela *multa* e *suspensão*, até se erigirem em *destituição de função*, *demissão* e *cassação de aposentadoria ou disponibilidade*.

Na aplicação das *penas disciplinares*, o *poder discricionário* do administrador tem ampla atuação, levando em conta a *natureza* e a *gravidade* da infração e os *danos* que dela provierem para o serviço público. Certas *penas* só serão aplicadas em caso de *falta* grave; havendo conveniência para o serviço, a pena de suspensão poderá ser convertida em *multa*.

Por aí se vê, imediatamente, a influência da *discricionariedade administrativa*, no campo da aplicação das *sanções disciplinares*.

Ocorrendo um fato, no âmbito da Administração, fato previsto no Estatuto, o superior hierárquico manda apurar a responsabilidade do culpado.

Se o fato configura o *ilícito administrativo puro* ou *infração disciplinar*, tudo se resolve “em casa”, na esfera administrativa, mas se o fato é de tal natureza que configura o *ilícito administrativo penal* ou *ilícito administrativo contravencional*, a apuração, responsabilização e aplicação de penalidade transcenderá o campo administrativo e será apreciado pelo juízo criminal, resolvendo-se, em parte, “fora de casa”, na esfera penal.

Quando, com base em processo administrativo, a autoridade do Poder Executivo aplica a pena, pode o funcionário recorrer ao Poder Judiciário (não ao juízo criminal), que examinará o aspecto formal do processo. O Judiciário pode proceder ao mais completo e exaustivo exame da legislação, descendo aos motivos, aos fins, sempre que estes sejam fundamentais para a apuração da conformidade do ato com o texto legal.

Outras vezes, quando o processo administrativo conclui pela culpabilidade do funcionário e a autoridade aplica *pena*, por haver concluído que não houve *infração discipli-*

nar, mas *crime* — crime contra a Administração — é o próprio Poder Executivo que toma a iniciativa de submeter o *ato ilícito* ao Poder Judiciário, ao juízo criminal.

O *juízo criminal*, entre as várias conclusões a que pode chegar, decidirá quanto ao *ilícito*, de duas maneiras: houve *crime* ou houve *infração disciplinar*.

Sobre a *infração disciplinar*, que é o *ilícito administrativo puro*, o Poder Judiciário Criminal não se pronuncia (nem poderia fazê-lo); sobre a *infração pena* o pronunciamento do juízo criminal é da mais alta importância, ora repercutindo de maneira direta e eficaz sobre a conclusão administrativa, caso em que sobre ela recai, substituindo-a (inexistência do fato, falta de prova de existência do fato, negação de autoria), ora não repercutindo de maneira alguma sobre a decisão administrativa, quer porque (a) restou um *minus*, um *resíduo homogêneo*, algo de *ilícito penal administrativo*, suficiente para a condenação administrativa, insuficiente para a condenação penal (deficiência, ineficiência ou insuficiência de prova), quer porque (b) restou também um *resíduo*, mas *resíduo heterogêneo*, aderente, espúrio, inconfundível com o crime, porque *ilícito administrativo puro*, verdadeira *infração disciplinar* ou *falta disciplinar*, cuja apuração cabe só e só à Administração.