

Entrevista • Ana Celeste Carvalho

Juíza Conselheira do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal e Doutora em Direito

1. No Brasil, tem-se discutido muito sobre a aplicação de mecanismos de resolução consensual de conflitos no âmbito do exercício do poder disciplinar. Entretanto, a efetiva aplicação de tais institutos no âmbito do processo administrativo disciplinar ainda é tímida. Como tem se dado, em Portugal, a aplicação de mecanismos de consensualidade no âmbito sancionatório das relações laborais da Administração Pública?

Os mecanismos de resolução consensual de conflitos podem ocorrer (i) na fase pré-judicial, no âmbito da impugnação administrativa da decisão aplicativa da sanção disciplinar, (ii) no âmbito do processo judicial ou (iii) até na pendência do próprio procedimento disciplinar, antes de ser tomada a respetiva decisão final.

Em todos os casos tais mecanismos têm por finalidade obter a resolução do litígio, pondo-lhe fim, por via do consenso entre as partes desavindas ou mediante a obtenção do acordo entre elas.

Em Portugal são amplamente admitidos os mecanismos de resolução consensual de conflitos administrativos, sendo a lei muito generosa na sua admissibilidade.

No entanto, tais mecanismos não são utilizados para a resolução de conflitos em matéria disciplinar, atento o pressuposto que não estejam em causa direitos indisponíveis ou de que o litígio caiba nos poderes de disposição das partes, constituindo o critério da disponibilidade das situações jurídicas litigiosas o critério legal da submissão à resolução consensual de conflitos.

No ordenamento jurídico português, na atualidade, não existem dúvidas que as questões relacionadas com a legalidade das decisões administrativas, no exercício de poderes de definição jurídica unilateral da Administração, estão, quanto em certas matérias, na sua disponibilidade, podendo os litígios ser submetidos a mecanismos de resolução alternativa de litígios, mas considerando a natureza do poder

exercido pelas autoridades públicas no âmbito do procedimento disciplinar, o poder disciplinar, o qual constitui uma das mais fortes manifestações dos poderes de autoridade da Administração – o poder sancionatório –, assim como, perante a consagração de direitos legais de defesa, em ambos os casos, poder e direito irrenunciáveis, tais mecanismos de resolução, na prática, não são utilizados, judicial ou extrajudicialmente.

Dependendo a decisão administrativa sancionatória de multa ou superior, da obrigatoriedade de instauração de procedimento disciplinar, está em causa uma atuação administrativa procedimentalizada, no âmbito do qual vigoram um conjunto de regras jurídicas prescritivas da atuação da Administração, assim como, de normas garantísticas de direitos de defesa do trabalhador, que não se conciliam com a consensualidade inerente à resolução amigável dos litígios.

Acresce não prever a lei portuguesa que possa ser aplicada qualquer sanção disciplinar mediante acordo ou consenso, fora do âmbito do procedimento disciplinar, assim como, não prever que possa ser consensualizada a escolha da sanção disciplinar.

Sem prejuízo, no caso de existirem indícios do cometimento de infração disciplinar, em Portugal não é claro que recaia sobre o empregador público a obrigação de instaurar procedimento disciplinar, não só por não estar legalmente prevista, como por se reconhecer à Administração ampla margem de apreciação e valoração dos factos e, consequentemente, também grande margem de liberdade, segundo critérios de mérito ou de oportunidade, que a si lhe cabem, em relação à decisão de promover ou não a abertura de procedimento disciplinar.

2. Seria possível apontar – se não em termos estatisticamente precisos, ao menos com base nas suas impressões como pessoa com larga experiência de atuação nos tribunais administrativos – a proporção de sanções aplicadas no âmbito disci-

plinar que são revertidas em ações movidas pelos agentes públicos sancionados perante os Tribunais Administrativos? Em outras palavras: qual o nível de “interferência” dos Tribunais Administrativos ao revisar as sanções aplicadas no âmbito das relações laborais da Administração Públicas em Portugal?

Não existem dados quantitativos precisos sobre o âmbito da atuação do poder judicial na reversão de decisões administrativas disciplinares, não sendo feita essa desagregação no âmbito da multiplicidade de processos administrativos instaurados nos Tribunais Administrativos.

Mas a reversão das decisões disciplinares está admitida, ocorrendo em caso de procedência dos fundamentos de invalidade invocados.

No que respeita à intervenção dos tribunais, aos mesmos são conferidos poderes para declarar a nulidade ou a anulação, no âmbito de processos impugnatórios do ato administrativo sancionatório, assim como, poderes de condenação a retomar o procedimento disciplinar sem as ilegalidades cometidas, mas não é possível ao juiz alterar o tipo da sanção disciplinar aplicada pela Administração, por estar em causa um controlo de legalidade e não do mérito da decisão administrativa.

Concretizando quanto ao âmbito da sindicabilidade contenciosa dos tribunais em matéria disciplinar, o mesmo incide sobre a legalidade:

do procedimento disciplinar, quanto a apreciar se foram respeitadas as suas prescrições legais (v.g. se foi respeitado o prazo de abertura do procedimento; se ocorre a prescrição da infração disciplinar; se foi deduzida uma acusação suficientemente concretizada quanto às circunstâncias de tempo, modo e lugar; se foram respeitadas as garantias de defesa, designadamente, se o trabalhador foi ouvido e se foram admitidos os meios de prova por si requeridos, entre outras);

do conteúdo da decisão disciplinar punitiva (v.g. quanto à verificação dos factos que integram o ilícito disciplinar, que implica o controlo no plano dos factos e das provas, quanto a aferir se os factos traduzem a prática de alguma infração disciplinar e a subsunção dos factos ao tipo legal de infração; se a decisão foi tomada pela entidade legalmente competente; se a decisão se encontra devidamente fundamentada de facto e de direito; se a sanção aplicada respeita o princípio da proporcionalidade, entre outros).

O controlo jurisdicional efetuado pelos Tribunais Administrativos incide sobre os aspetos da atuação vinculada da Administração, apreciando e julgando

o cumprimento das normas e princípios jurídicos que a vinculam, e não da conveniência ou oportunidade da sua atuação, pelo que está em causa um controlo de legalidade e não do mérito da decisão administrativa.

Especificamente sobre a amplitude do controlo jurisdicional sobre a medida da pena disciplinar ou a concreta sanção aplicada, constitui entendimento dos Tribunais Administrativos portugueses estar em causa o exercício de poderes discricionários da Administração, em que lhe cabe avaliar e decidir, em função da gravidade dos factos e de todas as demais circunstâncias do caso concreto, qual a medida da sanção disciplinar adequada, pelo que, por regra, não cabe a sua sindicabilidade contenciosa.

Constituindo a escolha da medida da pena disciplinar uma escolha que respeita a avaliações sobre o mérito administrativo, apenas se admite o controlo judicial quando seja invocado o erro grosseiro ou manifesto de avaliação dos factos e/ou da escolha da sanção disciplinar, sobre os quais passará a recair um juízo jurisdicional de concordância da decisão com os princípios gerais de direito administrativo, com destaque para o princípio da proporcionalidade.

Pelo que, os poderes dos tribunais circunscrevem-se no plano de ação administrativa de impugnação do ato administrativo de aplicação da sanção disciplinar, sem prejuízo de poder ser emitida alguma pronúncia condenatória da Administração, mas sem que se concedam poderes aos tribunais para alterar ou substituir a sanção disciplinar por outra, diferente da que foi decidida pela Administração, já que isso se traduziria numa invasão do espaço próprio da Administração, violador do princípio da separação de poderes.

3. Com base em sua prática e seus estudos acadêmicos sobre direito administrativo processual, a senhora poderia apontar quais são as garantias e instituições processuais a serem observadas nos processos disciplinares que oferecem maior contribuição à segurança jurídica dos acusados e, ao mesmo tempo, maior contributo à adequada repressão das sanções e ao incremento da integridade e da ética na Administração Pública?

Considerando a importância do poder disciplinar no contexto da relação jurídica laboral pública, como forma de assegurar o cumprimento da lei e o respeito de todas as prescrições de conduta impostas e proibidas aos servidores públicos e de todos os titulares de poderes públicos, assim como, em paralelo, a importância de assegurar um procedimento legal e justo, que garanta os direitos de defesa do agente visado, afigura-se essencial a existência de um regime geral disciplinar público, que defina todos os princí-

pios gerais, regras e trâmites a seguir no âmbito do procedimento disciplinar ou demais procedimentos que a lei entenda consagrar, como o de inquérito, de sindicância, de inspeção ou de auditoria.

Tal regime geral que regule o poder disciplinar e o procedimento disciplinar deve servir de padrão ou constituir o tronco comum aplicável a todos os demais regimes disciplinares ou sancionatórios especiais que o ordenamento jurídico estabeleça para outras carreiras ou serviços da Administração Pública, servindo de lei subsidiária ou supletiva a aplicar a todos os demais regimes disciplinares.

Além disso, porque o procedimento disciplinar constitui ele próprio um procedimento administrativo especial, existe toda a vantagem que o ordenamento jurídico possa contar com uma verdadeira lei geral do procedimento administrativo, que, em Portugal, adota a designação de Código do Procedimento Administrativo (CPA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07/01, mas que no Brasil se encontra incipientemente previsto, nos termos da Lei n.º 9.874, de 29/01/1999.

Não é apenas a Administração federal que carece de ser regulada quanto às suas formas de atuação administrativa, mas todas as entidades públicas, quaisquer que sejam as formas de organização político-administrativa do Estado, incluindo todas as que exercem a função administrativa ou se encontrem materialmente no exercício da função administrativa.

Afigura-se importante a aprovação de uma verdadeira lei geral do procedimento administrativo no Brasil, não só com a total abrangência quanto às entidades submetidas à sua regulação, como também quanto ao seu conteúdo, concentrando a regulação de todas as formas de atuação da Administração Pública, passando a constituir o mais importante instrumento jurídico da Administração Pública e o mais garantístico na sua relação com os particulares.

Também se impõe uma cultura que potencie a transparência de atuação, devendo ser dados a conhecer os principais procedimentos administrativos e as decisões de aplicação de sanções disciplinares, isto sem prejuízo da anonimização da identificação dos visados, por respeito às regras de proteção de dados pessoais.

O conhecimento das principais e mais relevantes formas de atuação dos titulares dos poderes públicos, potencia o sentimento de integração e de partilha, fomentando o sentimento de coesão interna e de envolvimento com a missão e atribuições a prosseguir, o que contribuirá preventivamente para

evitar a adoção de comportamentos violadores das normas legais.

Acrescem deverem existir canais de denúncia, anônima ou não, os quais podem servir de meio ao incremento da integridade e da ética na Administração Pública.

Além de nada obstar a que a Administração Pública possa contar com um Código de Ética ou de boas práticas administrativas, regulando comportamentos atinentes ao exercício de funções, assim como aqueles que, embora respeitem à vida privada, se possam repercutir na instituição e no exercício de funções, considerando que os trabalhadores da Administração Pública têm deveres de conduta da vida privada, podendo afetar o prestígio e a confiança no desempenho das respetivas funções.

4. Quais as principais diretrizes a serem observadas para que o exercício do poder disciplinar pela Administração Pública, além de um mecanismo de sancionamento posterior aos agentes que cometem infrações, assumam também um papel relevante na prevenção de futuras infrações?

Podendo pensar-se na Administração Pública, como um ente inorgânico ou como um todo, associando-a ao conceito do próprio Estado, importa ter em conta que o poder sancionatório é exercido e emana do seio de uma concreta organização administrativa, pelo que, as finalidades de prevenção especial e geral decorrentes da aplicação da sanção disciplinar repercutem-se, sobretudo, no âmbito dessa concreta pessoa coletiva de direito público ou serviço em questão.

O papel que a aplicação da sanção administrativa reveste na prevenção de futuras infrações depende do grau de exigência que é colocado pela cúpula da organização, assim como, por outro prisma, do grau de publicitação interna que ocorra das decisões disciplinares.

Qualquer organização carece de chefias que assegurem o bom funcionamento e organização, constituindo a competência, a seriedade e o exemplo que conferem ao exercício de funções uma forma indireta de primar pela boa atuação de todos os servidores públicos ou agentes administrativos.

Reconhecem-se vantagens na existência de canais internos de comunicação, que permitam difundir informação relevante para todos os colaboradores, assim estreitando relações e criando formas de proximidade comunicacional, incluindo para efeitos de divulgação das decisões tomadas em procedimentos disciplinares.

A cultura de maior transparência de atuação dos titulares dos poderes públicos, contribui para a confiança nas instituições e para a prevenção de atuações ilegais.

5. Como é encarada, em Portugal, a responsabilidade disciplinar em razão do erro administrativo? Como equilibrar a adequada punição com a garantia aos gestores de que eles não serão rigorosamente punidos pelos erros escusáveis, pelos erros de boa fé ou pelos erros cometidos em tentativas de modernização da máquina pública?

Sobre a responsabilidade pelo erro administrativo, parece-me importante distinguir a responsabilidade disciplinar, da responsabilidade civil extracontratual, podendo ambas operar, em simultâneo, mas também existir situações em que apenas uma das modalidades de responsabilidade se justifique.

Em Portugal, desde 1967 que existe uma lei da responsabilidade civil que assegura que o Estado português responda civilmente, assegurando o pagamento de indemnizações por erros ou omissões imputáveis à Administração e aos seus respetivos servidores, agentes ou funcionários públicos, sendo atualmente a Lei n.º 67/2007, de 31/12, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro consagre constitucionalmente o princípio da responsabilidade dos poderes públicos, no artigo 37.º, § 6.º da Constituição federal, não dispõe de um regime jurídico que lhe dê efetiva concretização, por não existir um regime geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado e dos seus funcionários ou agentes.

A regulação constante dos artigos 121.º a 126.º-A, integrados no Capítulo IV, “Das responsabilidades”, do Título IV, “Do regime disciplinar”, da Lei n.º 8.112 brasileira, afigura-se incompleta, pelo que, insuficiente a dar concretização ao comando constitucional e a dar resposta integral às exigências que se colocam no plano das garantias dos administrados lesados pela atuação da Administração Pública.

Pelo que, as lacunas ou insuficiências do quadro normativo brasileiro em matérias tão relevantes do direito administrativo – como (i) uma lei geral do procedimento administrativo, (ii) uma lei de responsabilidade civil dos poderes públicos e, devemos dizê-lo, também de (iii) um regime processual próprio para a resolução de tais litígios nos tribunais – não contribuem para a afirmação das garantias administrativas e contenciosas dos particulares.

Se o Código do Procedimento Administrativo é a principal lei da Administração Pública, que se deve aplicar a todas as entidades públicas e a entidades

privadas no exercício de poderes públicos, e seus respetivos servidores públicos, a lei da responsabilidade civil extracontratual do Estado assegura os termos e condições em que o Estado e todos os seus agentes respondem pelos danos causados por erros ou má conduta.

Neste plano há que distinguir a responsabilidade do Estado, enquanto pessoa coletiva, da responsabilidade do titular de poderes públicos, pois enquanto o Estado responde sempre que a atuação seja ilícita e culposa, independentemente do grau de culpa do funcionário, este apenas responde civilmente no caso de agir dolo ou culpa grave, não podendo ser demandando no caso de culpa leve.

Assim, nos casos de culpa leve a responsabilização do titular dos poderes públicos ou servidor apenas pode ocorrer no plano disciplinar.

Os erros desculpáveis ou as meras faltas de serviço não podem fundar a responsabilidade civil do agente, mas, consoante as circunstâncias, podem merecer relevância no plano disciplinar.

Considerando que quando a autoridade tiver ciência de irregularidade no serviço público o artigo 143.º da Lei n.º 8.112, de 11/12/1990 brasileira estabelece uma obrigação de promover o procedimento disciplinar, deve admitir-se que, no caso de a atuação ilícita ter sido cometida com culpa leve, em função de todas as demais circunstâncias do caso, como a falta de repercussões dessa atuação para a organização ou para terceiros, se possa não se justificar a abertura de procedimento disciplinar.

Cabe às entidades competentes proceder à avaliação de todas as circunstâncias do caso, mediante o apuramento rigoroso dos factos, com a liberdade de formular, em cada caso, o juízo de desconsideração da culpa, não para o favorecimento pessoal do agente, mas por essa ser a melhor decisão para o interesse público.

A culpa constitui um elemento central na responsabilidade individual, pois sem culpa não existe imputação de responsabilidade pessoal, sendo esse um juízo que cabe primacialmente à Administração.

Pelo que, no caso de culpa leve ou negligência, no caso de não ocorrerem consequências lesivas para a instituição ou para terceiros, não é forçoso que a prática de um facto ilícito dê lugar a responsabilidade disciplinar, cabendo esse juízo à entidade legalmente competente para decidir, segundo poderes de oportunidade e de conveniência administrativa.

6. Em linhas gerais, como a atividade disciplinar do Estado, preventiva ou repressiva, no âmbito das relações laborais da Administração Pública,

pode contribuir para a melhoria da integridade na Administração e na qualidade das políticas públicas ofertadas ao cidadão?

A atuação das instituições de controlo, fiscalização e sancionamento do Estado e da Administração Pública afiguram-se essenciais no contexto de uma democracia madura e evoluída, que pretende que toda a atuação administrativa seja orientada pela legalidade e pela defesa intransigente do interesse público, sob uma lógica de responsabilização e de integridade das instituições públicas e de todos quantos nela exercem funções.

Sendo o interesse público algo que está definido primacialmente na lei, sendo uma opção decorrente do exercício da função político-legislativa, carece depois de ser executado pelos titulares do poder administrativo através de atuações concretas da Administração Pública.

Neste sentido, a Administração Pública realiza e executa as políticas públicas que hajam sido definidas pelos órgãos do poder político-legislativo, pelo que, com a sua ação interfere decisivamente na realização do bem comum e na satisfação das necessidades coletivas e individuais dos cidadãos.

No exercício da sua competência disciplinar, as entidades estão a contribuir para o esclarecimento e a clarificação quanto aos padrões de diligência, de cuidado ou de aptidão que sejam, razoavelmente de exigir, pelo que a decisão disciplinar proferida num caso concreto poder servir a finalidade de contribuir para a melhoria da integridade na Administração e da qualidade das políticas públicas executadas.

Dai a enormíssima importância da Administração Pública e dos seus órgãos de controlo e fiscalização, designadamente, no âmbito do exercício do poder disciplinar, como forma indireta de regulação da conduta administrativa, no sentido de definir um padrão de atuação e, desse modo, influenciando a concreta atuação a desenvolver, promovendo as boas práticas administrativas.

Importa considerar que além do objetivo repressivo ou de prevenção especial, a aplicação da sanção disciplinar também visa repor o equilíbrio da relação jurídica de emprego público, perturbado pela violação dos deveres funcionais, pelo que o exercício do poder disciplinar contribuirá para a reafirmação dos valores da instituição.

Donde relevar o exercício do poder disciplinar no âmbito do procedimento administrativo, ele próprio respeitador da lei e suficientemente garantístico para o agente visado, o qual, além do mais, também constitui em si mesmo um instrumento de realização

da política pública de fomentar a melhoria da integridade na Administração Pública.

7. Para encerrar, que mensagem a senhora gostaria de deixar para os leitores da Revista da CGU, especialmente aqueles que integram o Sistema de Correição e se dedicam à construção de uma Administração Pública ética, técnica e justa?

Considerando a multiplicidade de áreas de atuação da Administração Pública e que os titulares do poder administrativo se relacionam diretamente com os particulares – ao contrário dos decisores políticos, cujos atos praticados, por não terem destinatários concretos e determinados, não se projetam diretamente sobre a esfera jurídica dos cidadãos, sejam os atos políticos *stricto sensu*, sejam os atos legislativos – é muito expressivo e intenso o impacto das decisões administrativas na vida dos particulares.

Por isso, se configura a Administração Pública como um importantíssimo poder do Estado, dependendo muito da sua atuação a qualidade da vida das populações.

A defesa da legalidade e da integridade da Administração Pública constituem importantes alicerces da construção do Estado de direito democrático, de uma Administração que atua de acordo com a lei e sob a lógica de defesa intransigente do interesse público.

A evolução do direito administrativo, na sua vertente procedimental e contenciosa, deve estar ao serviço de contribuir para uma cultura de maior exigência de atuação dos poderes públicos e, simultaneamente, de maior escrutínio na ação.

Além disso, importa que a Administração Pública, globalmente considerada, com vista a potenciar o melhoramento das competências técnicas de todos quantos nela estão integrados, invista na sua própria formação, enquanto via para o melhor exercício de funções públicas.

A capacitação técnica de todos quantos exercem funções na Administração Pública, será uma importante via para a melhoria da sua atuação, preventiva de erros ou de más práticas, pelo que deve constituir verdadeira obrigação do Estado assegurar os meios para a realização de formação profissional.

Por último destacar a quem exerce funções de controlo, de fiscalização e de sancionamento, que além da legalidade, também o princípio de justiça, segundo o qual a Administração deve tratar todos de forma justa, constitui um pilar essencial para a paz social e para a aceitação da atuação administrativa.