

O “DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO DISCIPLINAR” E A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM PROGRAMA SANCIONATÓRIO ADEQUADO

Inácio de Loiola Mantovani Fratini¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Evolução da noção do devido processo legal no direito sancionador; 2.1 – A noção do “Jus Puniendi” estatal; 2.2 – O problema da transposição automática das garantias do direito penal ao direito sancionador; 2.3 – Princípios do direito sancionador; 3 – Racionalidade do direito disciplinar; 3.1 – Administração Pública e a regulação responsiva; 3.1.1 – “Tit-for-tat enforcement” (TFT); 3.2 – Consensualidade no direito sancionador; 3.3 – Programa de reportantes (“Whistleblowing”); 4 – Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O estudo objeto do presente artigo pretende revisitar a noção do devido processo legal, analisando as especificidades do direito disciplinar e voltar o olhar para uma perspectiva mais ampla que contemple a implementação de um programa sancionatório adequado e consentâneo com o atual estágio do direito sancionatório.

PALAVRAS-CHAVE: Devido processo legal. Identidade do direito administrativo sancionador. Programa sancionatório adequado.

¹ Procurador do estado de São Paulo. Atua como Procurador do estado Assistente na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Bacharel em Direito formado pela Universidade Paulista (Unip). Especialista em Direito Civil pela Università Degli Studi di Camerino, Itália. Mestrando pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV).

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo trazer a discussão para o sistema disciplinar acerca dos reais contornos do devido processo legal no direito sancionador, buscando entender sua identidade e campo de aplicação como disciplina autônoma do direito, bem como analisar a racionalidade do direito sancionador na construção de um programa sancionatório adequado que seja consentâneo com o atual estágio de desenvolvimento do direito administrativo, pensando em uma política pública que melhor prestigie as boas técnicas de governança e gestão dos recursos humanos.

Nesse sentido, por devido processo legal disciplinar se pretende analisar não somente o sistema de garantias inerentes ao processo sancionador, mas sobretudo refletir sobre o dever do Poder Público de implementar um programa sancionatório adequado, que considere a importância das técnicas responsivas e a busca pela ampliação do espaço de consenso como medidas de *enforcement* complementares à aplicação da sanção, com vistas a uma melhoria da eficiência na seara sancionatória.

Para essa releitura do tema em questão, em primeiro lugar verifica-se a necessidade de romper com um vetusto dogma do direito sancionador que enxergava o direito disciplinar como um mero apêndice do processo penal, sem atentar para a existência no ordenamento jurídico de um conjunto de regras e princípios que lhe confere identidade própria.

Outrossim, não se mostra mais viável conceber o direito disciplinar sob sua vertente exclusivamente punitivista, em que a Administração Pública se vale de seu poder de império para aplicar ao servidor sanções como a primeira e única alternativa, sem pensar em um desenho mais amplo que estabeleça um programa sancionatório com instrumentos adequados, lastreado nas técnicas responsivas e na consensualidade ao lado das medidas de imposição de sanções.

Com essa análise não se pretende rechaçar a importância das penalidades administrativas no direito sancionatório, mas trazer luzes para a importância da utilização de ferramentas que incrementem os incentivos corretos para que o agente público não incida em infração funcional ou, quando não possível evitar sua ocorrência, possibilite buscar a resolução por mecanismos outros que não a sanção, deixando a via punitiva como

uma das ferramentas dispostas pela lei ao gestor público e não mais como o primeiro mecanismo a ser acionado, formando, desse modo, um arcabouço disciplinar mais fluido e menos custoso para o Estado.

E foi justamente com esse racional que o estado de São Paulo introduziu no sistema disciplinar paulista um programa consensual sancionatório envolvendo as práticas autocompositivas, o termo de ajustamento de conduta e a suspensão condicional da sindicância².

É preciso ajustar as lentes e fortalecer o caráter instrumental do poder punitivo estatal, para que seja possível substituir a cultura de uma Administração Pública adversarial por uma concepção mais moderna de dissuasão da prática infracional e que vise alcançar melhores resultados na árdua tarefa de promover o desenvolvimento e a melhoria do serviço público para os administrados.

2. EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO SANCIONADOR

O princípio do devido processo legal é considerado por muitos doutrinadores como o princípio mais importante³, encerrando verdadeira garantia fundamental e servindo como norte para todos os demais princípios que tutelam o plexo de direitos e prerrogativas dos cidadãos, mormente no contexto das relações sancionatórias⁴.

2 As alterações incorporadas pela Lei Complementar estadual nº 1.361, de 21 de outubro de 2021 ao Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de São Paulo tiveram origem na minuta de anteprojeto de lei elaborada pelo Grupo de Trabalho que foi instituído por meio da Resolução PGE nº 19, de 30 de junho de 2017 e formado por integrantes da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, da Procuradoria Administrativa, da Assessoria Jurídica do Governador, da SubConsultoria, um representante das Procuradorias Regionais e três representantes das Consultorias Jurídicas, sendo um da Educação, um da Administração Penitenciária e um da Saúde. A minuta enviada no relatório final do Grupo de Trabalho em março de 2018 foi endereçada na parte disciplinar no Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 26/2021, que foi aprovado pela Assembleia Legislativa em outubro de 2021.

3 Cabe trazer os ensinamentos de Nelson Nery Junior sobre o princípio do devido processo legal: “O princípio fundamental do processo civil que entendemos como a base, sobre a qual todos os outros se sustentam, é o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*’”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 30).

4 Nesse sentido, Fábio Medina Osório: “A base dos princípios (e direitos) fundamentais do Direito Administrativo Sancionador, no sistema brasileiro, reside na cláusula do *due process of law*,

Essa prerrogativa possui origem na *Common Law*, remontando à Magna Carta Inglesa de 1215, exurgindo como uma via de proteção dos cidadãos com vistas à tutela da própria liberdade e do patrimônio. Na Constituição Federal de 1988, o princípio se encontra previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, no inciso LIV do art. 5º: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵.

Com efeito, o devido processo legal abarca não somente o denominado devido processo legal formal ou adjetivo, como também o devido processo legal material ou substancial, o que importa dizer que a proteção visa efetivamente garantir que o cidadão tenha respeitado seu mais irrestrito direito a um processo justo, protegendo-o do arbítrio estatal.

Na seara disciplinar, destaca Antonio Carlos Alencar Carvalho que:

O servidor público goza da segurança de que não poderá ser sumariamente punido, nem ficar privado da oportunidade de se defender e de influenciar a decisão final a ser proferida a seu respeito pela Administração Pública, na sede de processos punitivos, de maneira que o funcionário acusado de irregularidades e desvio de conduta funcional *não será surpreendido pela súbita perda do cargo público, nem* pela imposição de pena de suspensão, advertência, cassação de aposentadoria ou disponibilidade ou multa, senão depois de concluída uma relação processual instaurada e processada pela autoridade ou pelos órgãos imparciais competentes, precedida de um rito previamente definido, com prazos e formalidades quanto a intimações/citações/notificações/decisões/recursos regulados em lei.⁶

expressamente prevista na CF/88. Necessário será, portanto, partir de uma visão preliminar desse importante princípio jurídico, percebendo o potencial alcance dessa cláusula constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Há que se proceder a uma análise fundamentada do Direito Comparado e também na inserção e caracterização técnica do instituto no contexto normativo nacional. Sem embargo, desde logo é possível assinalar que o devido processo legal resguarda o campo das relações punitivas, direitos fundamentais em todas as direções possíveis e legítimas, o que envolve a proteção dos direitos dos acusados e das vítimas em perspectiva equilibrada. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 174-175).

- 5 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.
- 6 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. *Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 352.

No âmbito da Lei nº 10.261/1968, deve ser observada pela Administração Pública uma colheita de indícios de autoria e de materialidade por meio da apuração preliminar⁷ nos termos dos seus artigos 264 e 265, com ulterior instauração do processo disciplinar⁸ com observância do contraditório e da ampla defesa.

Não se pode olvidar a importância da observância do princípio do devido processo legal sancionatório sob sua vertente formal, pois é justamente na previsibilidade por parte do acusado ou do administrado acerca da ritualística que será seguida pela autoridade que se permitirá deduzir uma defesa justa, contrapondo-se à acusação formulada pela Administração em todos os seus pontos.

Como bem observa Fábio Medina Osório, citando Eloísa Carbonel e José Luis Muga, o procedimento deve ostentar os seguintes passos:

-
- 7 A apuração preliminar tem caráter inquisitivo, razão pela qual não há obrigatoriedade de observância do contraditório que será diferido para a fase de instauração do procedimento disciplinar. Não obstante, conforme se verifica da alteração trazida pela Lei nº 13.245/2016 ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração” (BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 jan. 2016, art. 7º, inc. XXI).
- 8 No sistema disciplinar do estado de São Paulo coexistem três ritos procedimentais, a saber: aos servidores estatutários e aqueles regidos pela Lei nº 500/1974, a sindicância com incidência nos casos de mera violação de dever e falta grave, e o processo administrativo disciplinar para os casos de infrações que levem à demissão e à demissão a bem do serviço público. No caso dos empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho aplica-se o processo sancionatório previsto nos artigos 62 e ss. da Lei nº 10.177/1998, conforme entendimento exarado no parecer PA nº 39/2013, cuja ementa peço vênua para transcrever: “SERVIDOR TRABALHISTA. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. Lei Complementar estadual nº 1183, de 30/08/2012, que criou a Procuradoria de Procedimentos Disciplinares e atribuiu-lhe competência para ‘realizar procedimentos disciplinares punitivos’ em face de servidores autárquicos, inclusive submetidos ao regime jurídico da CLT. Viabilidade de extensão analógica do art. 63 da Lei nº 10.177/1998 para disciplinar processo a ser instaurado no âmbito da PPD, quando não houver a autarquia disciplinada a matéria em regulamento. Viabilidade de enquadramento das condutas tidas por irregulares no art. 482 da CLT. Desnecessidade de adequação formal dos regulamentos disciplinares das autarquias à nova lei, eis que se operou ‘ex vi legis’. Condutas definidas em lei como ‘falta grave’ são aptas a ensejar a rescisão contratual por justa causa, mesmo quando não referidas expressamente no regulamento disciplinar” (SÃO PAULO. *Parecer PA nº 39/2013*. Servidor Trabalhista. Procedimento disciplinar. São Paulo: Procuradoria-Geral do Estado, 2013, p. 1).

notificação ou citação do imputado, para dar-lhe ciência da imputação em curso; garantia dos direitos de defesa, com abertura da possibilidade de manifestar-se, por escrito ou oralmente, a respeito do caso; resolução motivada por parte da autoridade competente (previamente); existência de um órgão decisor imparcial.⁹

Essa exigência visa justamente impedir desmandos da Administração no exercício do direito punitivo, representando verdadeira garantia aos administrados em geral e aos servidores em sua relação de sujeição especial, de que não serão surpreendidos por decisões imotivadas, que não sejam adotadas por autoridade incompetente ou que não observem o rito do procedimento previsto em lei, o que revela a importância de observar, nessa esteira, o princípio da confiança legítima, com o cumprimento das regras procedimentais de parte a parte.

Porém, o respeito ao devido processo legal formal não se mostra suficiente para garantir aos acusados em geral a tutela ao direito fundamental ao processo justo. Nesse sentido, de nada serviria o cumprimento das formalidades procedimentais no processo disciplinar se a portaria instauradora não descrevesse adequadamente a conduta¹⁰ que teria sido praticada pelo acusado, impedindo que este pudesse exercer, em sua plenitude, o contraditório e a ampla defesa. Tampouco se pode imaginar uma defesa técnica que não proteja adequadamente os interesses jurídicos do acusado, não indicando a produção de provas ou não realizando a juntada de documentos probatórios, quando poderia fazê-lo.

O prolator da decisão no processo administrativo também deve, no momento de aplicação e fixação da dosimetria da pena e na análise da viabilidade ou não da mitigação da sanção, levar em consideração todas as circunstâncias específicas¹¹ do caso concreto, assim como

9 OSÓRIO, op. cit., p. 179.

10 No âmbito da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares (PPD), os requisitos para a elaboração de uma portaria se encontram previstos na Ordem de Serviço PPD nº 05/2018, que veicula as Rotinas da PPD, com indicação dos elementos indispensáveis para a elaboração da portaria.

11 Para maior aprofundamento sobre os critérios para a dosimetria da pena na seara disciplinar, ver em artigo deste articulista: FRATINI, Inacio de Loiola Mantovani. As hipóteses de demissão simples e de demissão agravada à luz da Lei nº 10.261/68 e a incompatibilidade com o serviço público. Critérios para a mitigação da pena legalmente prevista. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, Procedimentos Disciplinares, nº 85, p. 231-259, 2017.

as circunstâncias de caráter pessoal, objetivo e subjetivo do servidor, para que a pena imposta seja razoável e proporcional, princípios estes inerentes ao devido processo legal substancial.

Para além dessas variantes já conhecidas do devido processo legal, verifica-se atualmente a necessidade de que a autoridade competente possa fazer um juízo de valor sobre de qual mecanismo irá lançar mão dentro do conjunto de medidas dispostas no ordenamento jurídico e do programa sancionatório como ótima solução do caso concreto.

Com efeito, essa valoração poderá levar à conclusão pela adoção das técnicas responsivas de dissuasão ou das medidas consensuais, como as práticas restaurativas e o termo de ajustamento de conduta, ferramentas que podem ser aplicadas mesmo antes da instauração da sindicância ou, ainda, que seja aplicada ao caso a suspensão condicional da sindicância, nos termos das medidas consensuais implementadas pela Lei Complementar estadual nº 1.361/2021¹².

Finalmente, caso esses mecanismos mais flexíveis não se mostrarem pertinentes para a solução do caso concreto, de acordo com a gravidade do fato, restará à autoridade competente encaminhar o caso para a via tradicional do processo administrativo disciplinar.

2.1. A noção do *Jus Puniendi* estatal

A evolução da noção do poder punitivo estatal (poder extroverso) e a opção pela transposição das garantias do direito penal para o direito sancionador são quase indissociáveis, o que se pode verificar na doutrina e também na jurisprudência¹³.

12 Essas medidas serão melhor apresentadas no item 3.2.

13 Em recente decisão exarada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.975-DF, em 7 de dezembro de 2020, o eminente relator Min. Gilmar Mendes proferiu voto em que sustentou a aplicação dos princípios, garantias e normas do processo penal à atividade sancionatória do Estado, mencionando precedente do C. Superior Tribunal de Justiça (RMS nº 24.559-DF no mesmo sentido). No voto condutor, o relator sustenta a inconstitucionalidade da norma prevista no parágrafo único do artigo 137 ao estabelecer a proibição de retorno ao serviço público ao servidor punido nas hipóteses dos incisos I, IV, VIII, X e XI do artigo 132 da Lei nº 8.112/90 por afronta ao inciso XLVII, “b” do artigo 5º da Constituição Federal que veicula a garantia fundamental da vedação à pena perpétua, ressalvando a possibilidade de ser a matéria regulamentada pelo Congresso Nacional que poderia, com certa margem de discricionariedade, estabelecer o prazo de proibição, que não pode ser fixado de forma

Nessa linha, Alice Voronoff pondera sobre a escolha de inúmeros¹⁴ autores ao acolher o discurso da transposição das garantias penais para o direito sancionador, sob o fundamento de que haveria uma unidade do *ius puniendi*¹⁵ do Estado, ressaltando que esse posicionamento se deve, em grande parte, à influência da doutrina espanhola¹⁶, que reverberou fortemente em países como Brasil e o Chile.

Porém, para a construção de um modelo sancionatório adequado deve haver a compreensão de que a sanção disciplinar não se apresenta como uma consequência imediata¹⁷ da violação de uma dada norma legal, devendo respeitar a adequação da resposta estatal face à infração cometida e às características próprias de determinada seara do direito, sob pena de representar a aplicação de determinadas garantias de outro ramo do direito ao sancionatório uma adaptação sem uma justificativa suficiente, o que iria de encontro com a segurança jurídica.

indefinida e tampouco desproporcional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.975**. Lei nº 8.112/90. Afronta ao artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2159610>. Acesso em: 21 jun. 2022). No estado de São Paulo os prazos de incompatibilização para novas investiduras vêm definidos no parágrafo único do artigo 307 da Lei estadual nº 10.261/68, fixando em cinco e dez anos respectivamente para os casos de condenação a pena de demissão simples e demissão a bem do serviço público, o que está em linha, a contrário senso, do quanto decidido pelo Pretório Excelso na decisão ora apreciada (SÃO PAULO. Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**: seção 1, São Paulo, ano 78, n. 206, p. 2, 29 out. 1968).

14 Dentre os autores administrativistas brasileiros que adotaram o entendimento do poder repressivo estatal único podem ser citados: Heraldo Garcia Vitta, Regis Fernandes de Oliveira, Daniel Ferreira, Rafael Munhoz de Mello, e Fábio Medina Osório (VORONOFF, Alice Bernardo. **Direito administrativo sancionador no Brasil**: Justificação, interpretação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018).

15 Nas palavras da autora: “Na literatura nacional, tem destaque a posição de autores administrativistas que partem da origem comum do poder punitivo do Estado (o *ius puniendi* único) para dela extrair consequências relevantes. A primeira delas é que não existiriam diferenças ontológicas entre sanções penais e administrativas. Por isso, caberia ao Estado decidir, no âmbito de sua discricionariedade político-legislativa, entre tipificar ilícitos de uma ou de outra espécie, ou até de ambas. Logo a diferença entre esses institutos jurídicos decorreria exclusivamente do elemento formal, *i.e.*, do regime jurídico escolhido pelo legislador. Regime esse, por sua vez, construído em larga medida a partir da transposição de garantias típicas da seara criminal à administrativa, ainda que com nuances” (Ibidem, p. 57).

16 García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, dentre outros.

17 A respeito do tema, interessante ponderação trazida por Alice Voronoff: “A sanção administrativa não deve ser tida como consequência necessária e automática do descumprimento de uma obrigação pelo administrado. Nem como fim em si mesmo. É preciso que ela se apresente como uma resposta apropriada em cada contexto, à luz dos incentivos que potencialmente pode produzir”. (Ibidem, p. 198).

Nesse passo, faz-se necessário aprofundar a análise acerca das garantias que integram o devido processo legal no direito sancionatório, bem como verificar a natureza da relação jurídica que lhe serve de sustentação, procurando identificar contornos mais bem definidos para conferir segurança jurídica aos administrados.

Como primeiro ponto de *discrímen* entre o direito penal e o direito disciplinar, e talvez o mais importante, tem-se a relação de sujeição especial que se estabelece entre o Poder Público de um lado e os servidores e empregados públicos de outro, formada pelo vínculo funcional ou contratual, que faz exsurgir, a partir dos critérios definidos em lei, a moldura dos direitos e deveres a eles aplicáveis e, conseqüentemente, o poder punitivo disciplinar.

Com efeito, o servidor público, quando ingressa no serviço público, adere a um conjunto de normas e princípios que formam seu regime jurídico, tendo o estatuto dos servidores como plexo normativo de regência, mas também as demais normas e regulamentos editados pelo ente federativo. Isso porque a atividade administrativa do Estado segue o influxo das regras de organização administrativa fundadas nos poderes da Administração Pública que, no caso dos servidores, decorrem diretamente dos poderes hierárquico e disciplinar.

No campo do direito penal, a relação existente entre o cidadão e o Estado é de sujeição geral, decorrente da aplicação da lei a todo aquele que incidir na violação da norma criminal, sob a perspectiva de uma presunção¹⁸ de que a lei em vigor no país é de conhecimento e observância de toda a coletividade, razão pela qual há um *discrímen* nítido do vínculo que justifica a repressão nesse ramo do direito daquele vínculo de caráter funcional ou contratual que embasa a aplicação de sanção ao servidor.

O servidor público possui um ônus em relação ao particular, pois tem o dever de estar em dia com leis e regulamentos, devendo, assim, conhecer as normas que digam respeito às suas funções, o que no final do dia, importa nesse especial vínculo de sujeição com o Estado,

18 Essa presunção decorre do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 9 set. 1942, art. 3º).

trazendo contornos diferenciados entre o arcabouço jurídico que irá buscar na Magna Carta o fundamento para o exercício do *ius puniendi*.

Logo, ainda que se admita que exista uma origem comum desse *ius puniendi*, uma vez que sua fonte emana diretamente da Constituição, que formula um conjunto de princípios explícitos e implícitos que constituem um núcleo comum de garantias aos cidadãos face ao poder repressivo estatal, cada disciplina, como não poderia deixar de ser, possui seus próprios princípios informativos, ainda que haja pontos de intersecção entre esses ramos do direito.

Por outro lado, também podem ser mencionados como um segundo ponto diferenciador entre o direito penal e o direito sancionador os bens jurídicos tutelados, bem como o objeto sobre o qual poderá recair a sanção que se diferencia em ambas as disciplinas.

Na penalidade criminal, a sanção pode recair sobre a própria vida do autor do fato (em alguns países que adotam a pena de morte ou mesmo no Brasil quando houver declaração de guerra¹⁹) ou sobre a liberdade de ir e vir (com a privação da liberdade do réu), enquanto que no direito administrativo sancionador eventual penalidade se restringe a direitos (de propriedade ou do exercício de determinada atividade) e, no caso do agente público, a sanção imposta poderá, nos casos mais graves, redundar no rompimento do vínculo de caráter funcional ou contratual.

Sobre o ponto ora analisado neste estudo, cabe mencionar interessante passagem da obra de Rafael Munhoz com alusão aos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso:

Ocorre que tais princípios do regime jurídico punitivo decorrem da opção constitucional por um Estado de Direito. São corolários do princípio do Estado de Direito, uma das “decisões políticas estruturais do Estado”, segundo Luís Roberto Barroso. Tratando-se de princípio constitucional fundamental, seus efeitos incidem sobre toda a ordem jurídica – o que inclui o regime jurídico que disciplina a imposição de sanções retributivas pela Administração Pública. Não se trata, portanto, de princípios de direito penal, mas sim de princípios que regem toda

19 Conforme artigo 5º, inciso XLVII, “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inciso XIX”. (BRASIL, 1988, art. 5º).

manifestação do poder punitivo estatal, seja penal ou administrativa. Tampouco se trata de aplicar no campo do direito administrativo sancionador os princípios que são próprios do direito penal, mas apenas os que são comuns a ambos os ramos jurídicos, corolários da opção constitucional por um Estado de Direito.²⁰

Também nessa linha José Roberto Pimenta e Dinorá Adelaide Musetti, em lúcida passagem informam:

A identidade do Direito Administrativo Sancionador deve ser construída no próprio Direito Administrativo, como ordem jurídica vocacionada à tutela e realização de interesses públicos. Este componente nuclear de qualquer legislação de DAS não afasta a necessidade de exame rigoroso do conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, expressa ou implicitamente, previstos na Constituição, na tutela das situações jurídicas afetadas por potestades sancionadoras.²¹

Essa discussão sobre as diferenças do direito disciplinar em relação ao direito penal já vem de longa data, sendo oportuno mencionar a ponderação feita por Carlos S. de Barros Junior, citando a diferenciação feita por Laband: “o poder disciplinar encontra fundamento num princípio diverso daquele que é próprio do direito penal. Êste é decorrência da soberania; aquêle, do vínculo de subordinação que nasce de certas relações especiais, como por exemplo o emprego público”.²²

2.2. O problema da transposição automática das garantias do direito penal ao direito sancionador

Não se discute a imprescindibilidade da proteção dos administrados e servidores frente ao exercício arbitrário do poder repressivo estatal, tutela esta que representou uma conquista histórica que necessita ser devidamente respeitada, seja em relação ao direito penal seja em relação ao direito sancionador.

20 MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105.

21 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, 2020, p. 121.

22 BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 30.

Ocorre que pretender transpor de maneira acrítica todas as garantias do direito penal para o direito sancionatório, para além de ser inviável, também tem gerado distorções que não se fundamentam em uma base teórica e não permite o estabelecimento de critérios uniformes que prestigiem a segurança jurídica, pois ora a doutrina aplica um entendimento mais garantista para determinado caso e ora atenua os rigores de determinada proteção, de maneira absolutamente casuística²³.

Embora seja possível verificar uma repressão estatal tanto na pena imposta pela prática de um crime quanto em relação à sanção que incide sobre um infrator no âmbito administrativo, há peculiaridades próprias que no caso do direito sancionatório lhe confere identidade que não justificam o argumento da necessidade de transposição automática dos princípios do processo penal para o direito administrativo sancionador.

Essa oscilação e insegurança jurídica também vem sendo sentida na jurisprudência, que por vezes amplia a rigidez das garantias aplicáveis ao direito sancionador, e por vezes faz incidir uma interpretação maleável, a depender do caso concreto.

Há necessidade de desenvolvimento de contornos reais entre o ramo do direito penal e o espaço do direito sancionador, para que os limites da extensão e a densidade das garantias aplicáveis a este último ramo não fiquem sempre na dependência da análise casuística do gestor ou do julgador, o que pode resultar em decisões que não privilegiem a segurança jurídica.

2.3. Princípios do direito sancionador

Não há uma definição legal²⁴ acerca dos princípios aplicáveis ao direito sancionador, cabendo justamente à doutrina e à jurisprudência

23 Sobre essa questão não há como deixar de concordar com os argumentos apresentados pela ilustre jurista Alice Voronoff quando trabalha sobre o tema da transposição de garantias penais ao direito sancionador: “Assim, com a mesma naturalidade com que se maximizam garantias, excepcionam-se garantias. Sem muito bem explicar por que nem como. De forma *ad hoc*. É como se o direito administrativo sancionador se movesse por intuições, guiado pela sensação de que aqui ou acolá, determinadas exigências não fazem sentido. Como num ciclo vicioso perverso, propagam-se fórmulas nuançadas e construções excepcionais que buscam se legitimar a fórceps. Pela repetição e pela prática, e não pelo direito” (VORONOFF, op. cit., p. 200).

24 A Constituição Estadual prevê em seu artigo 111 os princípios aplicáveis à Administração Pública: “A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes

a incumbência de formar o quadro de garantias dos administrados face ao poder repressivo estatal no âmbito do direito administrativo sancionador, mesmo porque esse ramo se espraia por inúmeras tarefas do Poder Público nas diversas esferas de poder, passando tanto pelo campo regulatório e contratual como também pela seara disciplinar do funcionalismo público.

Para além dessa gama de incidência do poder sancionatório, cabe também relembrar que a formação do Estado Federativo Brasileiro conduz a múltiplos centros irradiadores de normas jurídicas, uma vez que a competência para legislar sobre matéria administrativa é comum a todas as pessoas jurídicas de direito público.

A delimitação do direito sancionador como ramo autônomo do direito ganhou ainda mais força com a recente alteração trazida pela Lei Federal nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, que introduziu o §4º ao artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 8.429/1992): “Aplicam-se ao sistema de improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”²⁵.

O legislador não apresentou um rol principiológico que comporia o direito sancionador, nem tampouco procurou conceituar os institutos, mas destacou que seriam os princípios do direito constitucional sancionador, o que se revela positivo, de certa maneira, tendo em vista que essa tarefa de mapear e consolidar os princípios do direito sancionador pode ser melhor desenvolvida pelos estudiosos do direito.

do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência” (SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. *Constituição Estadual de 5 de outubro de 1989*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 22 jun. 2022). A Lei de Processo Administrativo Paulista define em seu artigo 4º: “A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos” (SÃO PAULO. Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*: seção 1, São Paulo, v. 108, n. 248, p. 3-4, 31 dez. 1998). Porém, em ambos os casos, os princípios têm destinação mais ampla, não havendo elenco próprio do direito sancionatório.

25 BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, que dispõe sobre improbidade administrativa. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 out. 2021, p. 1.

Sem a pretensão de esgotar o tema, serão abordados, na sequência, alguns dos princípios elencados pela doutrina como aplicáveis ao direito sancionador, notadamente aqueles com incidência e repercussão direta no direito disciplinar.

1) *Princípio da legalidade (tipicidade)*

O conceito do princípio da legalidade sempre foi visto no direito administrativo clássico como uma limitação da atuação estatal que só poderia fazer ou deixar de fazer alguma coisa se houvesse lei autorizando.

Não se pode olvidar que as atividades da Administração Pública são dinâmicas e há impossibilidade de definir *ex ante* todos os contornos das condutas proscritas aos servidores públicos, sendo esta questão reconhecida por Fábio Medina Osório:

a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos ou termos jurídicos altamente indeterminados²⁶, cláusulas gerais, princípios e descrição de valores superiores que outorgam amplos espaços à autoridade julgadora, seja ela administrativa ou judicial.²⁷

Sobre o atual conceito mais amplo da legalidade na esfera administrativa, ensina Gustavo Binenbojm: “A ideia de juridicidade administrativa, traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição”²⁸.

É certo que no direito disciplinar a criação de tipos de infrações funcionais e a previsão das respectivas penas demandam a observância de garantias mínimas que protejam o vínculo funcional do servidor com a Administração Pública, mesmo que não incidam as mesmas garantias do direito penal no que toca à reserva absoluta de lei para a previsão

26 Há na Lei nº 10.261/68 previsão do chamado “procedimento irregular de natureza grave” (inciso II, do art. 256) ou do tipo previsto no inciso I do artigo 257: “for convencido de incontinência pública e escandalosa e de vício de jogos proibidos”, que veiculam conceitos jurídicos indeterminados ou albergam os chamados tipos abertos (SÃO PAULO, 1968, art. 256 e 257).

27 OSÓRIO, op. cit., p. 227.

28 Binenbojm, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 149.

de infrações penais e suas respectivas penas²⁹. E mesmo no direito penal, há situações que admitem um campo de delegação válida, como no caso das normas penais em branco heterogêneas³⁰.

Nesse sentido, pode o servidor público paulista vir a ser processado e até mesmo demitido se praticar conduta que vá de encontro com o quanto estabelecido em regulamento, portaria ou outro ato normativo qualquer, desde que emanado de autoridade competente, pois a própria legislação prevê como dever do servidor agir em conformidade com leis e regulamentos³¹.

Há nessa hipótese verdadeira cláusula de remissão direta, pois o Estatuto dos Servidores Públicos do estado de São Paulo expressamente impõe como dever do servidor público estar em dia com leis e regulamentos, o que neste último caso implica no estabelecimento de uma delegação ao Poder Executivo³² para a edição de atos normativos infra-legais que digam respeito ao exercício funcional do servidor.

Por sua vez, a possibilidade de que a Administração faça uso do poder regulamentar no campo sancionatório e venha a editar normas prevendo ilícitos disciplinares e/ou sanções não importa em liberdade para criar o que melhor lhe aprouver, devendo extrair da norma legal

29 Mesmo no direito penal, há tipos penais que se classificam como normas penais em branco, sendo aquelas que demandam complemento em outro ato normativo de competência diversa, podendo ser da mesma espécie (lei) ou estar situado em ato infralegal (ato normativo do Poder Executivo), como é o caso da Lei de Drogas, em que a listagem das substâncias entorpecentes não se encontra na Lei nº 13.436/2006 e sim em portaria da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), recebendo, nesses casos, respectivamente a designação de norma penal em branco homogênea e heterogênea.

30 A lei penal em branco indica a tipificação de crime que depende de norma posterior que lhe dê conteúdo. Trata-se de hipótese em que a lei penal é imperfeita e exige a complementação de outra norma jurídica, que irá integrar o próprio tipo penal. Em outras palavras, são normas de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam de complementação que, no geral, tem caráter extrapenal (cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 192).

31 Lei nº 10.261/1968: “estar em dia com as leis, regulamentos, regimentos, instruções e ordens de serviço que digam respeito às suas funções;” (SÃO PAULO, 1968, art. 241, inc. XIII).

32 Interessante destacar que o regulamento ou ato normativo pode derivar até mesmo de outra esfera legislativa, como por exemplo a utilização de verba repassada pela União às escolas que demandam por parte do Diretor do estabelecimento de ensino o conhecimento e a observância das portarias e atos normativos exarados pelo Ministério da Educação.

ao menos uma remissão suficiente ou uma habilitação formal³³, isto é, retirar da norma as balizas mínimas para a edição do ato administrativo que veicule sanção disciplinar.

II) *Princípios do contraditório e da ampla defesa*

Não há como falar nos princípios do contraditório e da ampla defesa sem destacar seu substrato de cláusula pétrea previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”³⁴.

Segundo o princípio do contraditório, o acusado que responder a um processo administrativo disciplinar deve ter assegurado o direito irrestrito de ter ciência sobre a acusação formulada e de impugná-la ponto a ponto, isto é, de poder reagir sobre cada acusação e prova contra si apresentada, num processo dialógico e bilateral.

Com relação ao princípio da ampla defesa, consectário indissociável do princípio do devido processo legal, garante ao acusado o direito, dentre outros, de ser notificado da existência do processo administrativo; ter acesso aos autos do processo; requerer produção das provas tendentes a provar sua inocência; acompanhar a produção das provas em audiência; solicitar perícias; arrolar testemunhas; apresentar defesa escrita (defesa prévia e alegações finais); e interpor recurso quando for condenado.

Reforçando a identidade do direito sancionatório em relação ao direito penal, o Pretório Excelso editou a Súmula Vinculante nº 5/2008³⁵,

33 Sobre o princípio da legalidade e a reserva de lei, v. VORONOFF, op. cit., p. 213-265.

34 BRASIL, 1988, art. 5º.

35 No âmbito do direito disciplinar no estado de São Paulo, não obstante a edição da súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal que assevera que a ausência de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição, o acertado entendimento exarado pela Procuradoria Administrativa no Parecer PA nº 173/2008 foi no sentido de que nas sindicâncias e processos administrativos disciplinares regidos pela Lei nº 10.261/1968 continua a ser necessária a presença de advogado, uma vez que a legislação prevê no artigo 282, §3º, a defesa técnica que se revela dada a exigência legal, como verdadeira condição de validade para o processo. No caso de empregado público, regido na parte procedimental pela Lei nº 10.177/1998, a defesa é feita diretamente pelo empregado e no caso de revelia é indicado servidor da Procuradoria de Procedimentos Disciplinares para auxiliar na defesa do empregado, atuação esta que não se dá na qualidade de advogado.

para destacar que não há nulidade na falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar, justamente sob a perspectiva de que o direito disciplinar possui características próprias decorrentes da existência do vínculo especial de sujeição entre a Administração Pública e seus servidores.

III) Princípio da Irretroatividade da norma mais grave

Nesse caso, importante destacar que a vedação de que uma norma não existente ao tempo da prática da conduta levada a efeito pelo administrado ou servidor retroaja, não somente decorre do regime garantista do direito penal, como também do próprio Estado Democrático de Direito que protege como garantia fundamental o princípio da segurança jurídica.

No caso, não se pode conceber que a criação de uma nova infração administrativa ou uma alteração que torne mais grave infração existente³⁶ possa retroagir para incidir sobre fatos pretéritos, sob pena de gerar insegurança aos administrados e frustrar a expectativa de que a Administração Pública não agirá em detrimento do princípio da confiança legítima³⁷.

36 Nesse sentido, poder-se-ia citar como exemplo a infração de abandono de cargo que estava prevista no §1º do artigo 256 da Lei nº 10.261/1968 e estabelecia que o servidor estatutário praticaria a infração de abandono caso faltasse de maneira consecutiva ao trabalho por mais de 30 dias e agora, com a nova previsão trazida pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, passou a estabelecer que a infração de inassiduidade (consecutiva) se caracteriza após 15 dias de faltas consecutivas ao trabalho. Nesse caso, o prazo reduzido é considerado maléfico ao servidor público estatutário, de modo que não pode retroagir para alcançar um servidor por faltas anteriores à entrada em vigor da nova disciplina mais gravosa, sob pena de injusta e ilegítima retroação.

37 Sobre o princípio da confiança legítima aplicável à Administração Pública, interessante ponderação feita por Francesco Caringella: (no original) “La tutela dell’affidamento legittimo è l’incarnazione di un principio non scritto. Se si eccettua infatti l’ordinamento tedesco, che si occupa *ex professo* (agli artt. 20 e 29 del *Grundgesetz*), del *vertrauensschutz* (così assurgendo a principio dello Stato di diritto, ossia a *Rechtsstaatsprinzip*), le fonti comunitarie ed i sistemi europei coniano il legittimo affidamento, ovvero la *legittimate expectation* o ancora la *confiance légitime* (figlia o parente della *securité juridique*) alla stregua di categoria naturale del diritto non scritto. Nonostante l’assordante silenzio della legislazione, la Corte di Giustizia a tal punto non dubita dell’esistenza e della baricentricità dell’istituto da non avere remore nell’affermare che il principio di tutela dell’affidamento fa parte del diritto comunitario. Ad esso quindi fa rinvio l’art. 1 della legge 241/1990, che, dopo la riforma di cui alla L. 15/2005, rinvia ai principi generali dell’ordinamento comunitario ai fini della regolazione dell’azione amministrativa”. (CARINGELLA, Francesco. *Manuale di diritto amministrativo*. 4. ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2011, p. 1062-1063).

Por sua vez, não se aplica ao direito sancionador a retroatividade³⁸ da lei mais benéfica³⁹, tal qual no direito penal, caso o servidor já tenha sido penalizado administrativamente, havendo “coisa julgada administrativa”. Nesse sentido, não há que se falar na necessidade de revisão de penalidade aplicada ao servidor que incidiu em falta funcional de improbidade administrativa por violação de princípios, hoje não mais contemplada na nova redação do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 com a redação alterada pela Lei nº 14.230/2021, pois a situação do acusado já estava definida ao tempo da alteração.

O mesmo fundamento não se pode utilizar se o processo administrativo disciplinar estivesse em curso e não concluído ao tempo da alteração legal, pois no momento de realizar o relatório final que embasará o ato da autoridade competente à infração já não existe, posto ter havido alteração da norma do artigo 11, exigindo a subsunção da conduta praticada pelo servidor num dos incisos que se seguem ao *caput*.

Nesse cenário, não se trata de retroatividade da lei mais benéfica, mas sim impossibilidade jurídica de aplicar infração administrativa não mais contemplada no ordenamento jurídico, isso porque o inciso XIII do artigo 257 que prevê a hipótese de demissão a bem do serviço público por ato de improbidade não define o que seria improbidade, numa espécie de “norma administrativa em branco”⁴⁰, em que o conceito de improbidade é extraído diretamente da Lei Federal nº 8.429/1992.

IV) Princípio da culpabilidade e do non bis in idem

Como um *standart* do Direito sancionador, o princípio da culpabilidade assegura que ninguém poderá ser punido pela Administração Pública se não tiver agido com intenção deliberada de violar a norma (dolo) ou, ao menos,

38 Rafael Munhoz de Mello diferencia o racional que demanda a retroação benéfica no direito penal e no direito a partir do inciso XL, do art. 5º da Constituição Federal: “Peculiaridades essas atreladas à existência de razões humanitárias que, no âmbito penal, justificariam a retroatividade da lei mais benéfica, mas não no administrativo” (MELLO, op. cit., p. 154-155).

39 Nesse sentido, o entendimento exarado pela Procuradoria Administrativa nos pareceres PA nº 257/2003 e 306/2003.

40 Por norma penal em branco tem-se o tipo penal cujo complemento se encontra em outro ato normativo, de igual hierarquia (norma penal em branco homogênea) ou em ato normativo de hierarquia inferior, e.g. Resolução (norma penal em branco heterogênea).

tenha deixado de agir em conformidade com os deveres objetivos de cuidado (culpa). Não se admite no campo disciplinar a responsabilização objetiva do servidor ou empregado público.

Segundo sustenta Flávio Henrique Unes Pereira acerca do princípio da culpabilidade: “Se não bastasse o Estado Democrático de Direito como alicerce do princípio da culpabilidade, o art. 37, §6º, da Constituição da República de 1988, determina a adoção da responsabilidade subjetiva nas relações entre o Estado, ou de quem lhe faça as vezes, e o agente público”⁴¹. Destaca também o autor que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterada pela Lei nº 13.655/2018, no seu art. 28, afirma que o “agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”⁴².

Por outro lado, o acusado em processo administrativo não pode ser novamente processado pelos mesmos fatos a que já foi condenado anteriormente na seara administrativa, uma vez que incide no processo disciplinar o brocardo do *non bis in idem*. Todavia, em razão da independência das instâncias e dos bens jurídicos tutelados na seara penal, civil e administrativa, eventualmente o acusado poderá ser condenado nas três esferas pelo mesmo fato⁴³, sem que isso importe em violação ao princípio do *non bis in idem*.

Outros princípios também são aplicáveis ao direito sancionador e também decorrem do conjunto de garantias individuais previsto na Constituição Federal, como o princípio da individualização da pena, da vedação da prova ilícita, dentre outros, mas a análise exarada permite, com certo grau de tranquilidade, evidenciar a identidade própria desses princípios constitucionais do direito sancionador, não sendo possível neste estudo realizar uma análise pormenorizada de todos eles.

41 PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 79.

42 *Ibidem*, p. 82.

43 Com a alteração havida na Lei de Improbidade (Lei nº 14.230/2021) o §6º do artigo 12 passou a exigir que o Juiz, no momento de fixação do dano a ser reparado, deduza desse montante o que já tiver sido objeto de ressarcimento nas demais searas pelo réu: “Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos” (BRASIL, 2021, art. 12). Essa alteração prestigia o princípio do *non bis in idem*, ainda que sob o enfoque da reparação do dano.

3. RACIONALIDADE DO DIREITO DISCIPLINAR

Se no passado a resposta punitiva⁴⁴ encontrava esteio no pensamento do direito administrativo, assentado no princípio da imperatividade dos atos emanados da Administração Pública em face dos administrados, numa relação verticalizada, hodiernamente é sentida de maneira sólida uma ação disruptiva que concita todos os operadores do direito a uma reflexão sobre a racionalidade do direito sancionatório e da finalidade da imposição de pena.

Por muito tempo o Poder Público impingiu nos administrados em geral e também nos agentes públicos uma cultura institucional lastreada na imperatividade e na força estatal, uma política que possuía como único e primeiro instrumento a punição, acarretando falhas sancionatórias⁴⁵, formando uma imagem que restou conhecida como a “Administração Pública Adversarial”.

44 Com a experiência adquirida nos últimos sete anos de atuação como Procurador do Estado Assistente na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares, foi possível identificar que a resposta exclusivamente sancionatória encontrou seu ponto máximo de inflexão, exigindo de maneira premente a construção de um conjunto de instrumentos complementares que permita ao Administrador Público soluções mais adequadas aos conflitos, em especial, em relação às situações cuja lesividade ao ordenamento jurídico não demandem aplicação da pena expulsória ao servidor. Dessa maneira, não há dúvidas de que as medidas consensuais introduzidas no ordenamento estadual pela Lei Complementar nº 1.361/2021 vieram em boa hora, demandando agora uma postura proativa da Administração para tornar a implementação dos institutos efetiva.

45 Ao analisar as falhas sancionatórias no campo das concessões do serviço público, Juliana Bonacorsi de Palma aponta cinco axiomas que as explicariam, apontamentos que, embora sejam dirigidos às concessões públicas, possuem perfeita aplicação ao sistema disciplinar: “i) *legalismo estrito*, em que qualquer incompatibilidade normativa ou clausular enseja automática responsabilização da concessionária (*servidores*), com absoluta insensibilidade ao contexto e aos efeitos concretos sobre a prestação do serviço público; ii) *enquadramento estático* da conduta reputada infracional, de forma descolada dos antecedentes e do grau de colaboração da concessionária (*servidores*) com as autoridades públicas; iii) *punitivismo*, em que a sanção é tida mais como retribuição à conduta reprovável que técnica regulatória (política sancionatória adequada), razão pela qual deve ser obrigatoriamente aplicada diante da ocorrência de uma infração ou irregularidade simples; iv) *sobrevalorização do efeito simbólico da sanção* pelo pressuposto forte de que a simples reprimenda sancionatória enseja imediato ajustamento da conduta da concessionária (*servidores*) e dos demais atores sem lastro em evidências, pesquisas empíricas ou dados da ciência comportamental; v) *imperatividade*, seja pela desconfiância da consensualidade ou seu completo afastamento no caso concreto” (PALMA, Juliana Bonacorsi. Identidade das sanções administrativas nas concessões de serviço público. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coord.). *Experiências práticas em concessões e PPP: estudo em homenagem aos 25 anos da lei de concessões*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1, p. 426, grifo nosso).

As mudanças no cenário organizacional e também as complexas relações que são diariamente estabelecidas entre o Estado de um lado e os particulares e os servidores de outro, não mais comportam uma solução simplista fundada exclusivamente no binômio infração/sanção, exurgindo a necessidade de se pensar em modelos sancionatórios mais abrangentes que tenham um leque de ferramentas para ser usado para resolver os distintos conflitos que se apresentam.

Isso porque o poder sancionatório que originalmente encontrava sua razão de ser nas prerrogativas públicas que conferiam ao Poder Público poderes fundados em normas derogatórias e exorbitantes do direito comum (imperatividade na aplicação direta de penalidades), modernamente demanda uma análise voltada ao princípio da eficiência que busca na concepção de uma Administração Pública de resultados a formação de uma adequada política de governança pública na seara sancionatória.

Assim, como ponto de partida, deve ser pensada uma política pública para evitar o cometimento de infrações, o que demanda o estabelecimento no ordenamento jurídico de estratégias dissuasórias, como destacado por Alice Voronoff:

As teorias dissuasórias de justificação da pena (“*deterrence Theories*”) propõem uma abordagem econômica da punição construída a partir de raciocínios alinhados à chamada análise econômica do direito – “*Law and Economics*”, notadamente com lastro nas teorias esposadas pela chamada “Escola de Chicago”.⁴⁶

Para essa vertente teórica a infração à legislação irá ser praticada pelo agente quando os incentivos para sua prática forem superiores aos riscos de ser apenado, considerando que o *homo economicus* levará

46 VORONOFF, op. cit., p. 82. A autora prossegue, destacando que: “Coube a Gary Becker, um dos expoentes da Escola de Chicago explorar esse enfoque de dissuasão ótima no campo punitivo. Para o autor, o crime deve ser encarado como uma atividade economicamente relevante. [...] uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada para ela exceda a utilidade que ela poderia obter usando o seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam ‘criminosos’, portanto, não porque a sua motivação difira da de outras pessoas, mas porque os seus benefícios e custos diferem [...]”. Ibidem, p. 86.

em consideração os benefícios e os prejuízos a serem eventualmente suportados em caso de ser punido⁴⁷.

A utilização das “armas”⁴⁸ mais gravosas tão somente, não tem se mostrado suficiente para operar o efeito dissuasório esperado pela Administração Pública, o que traz à tona a necessidade de pensar em ferramentas complementares como forma de aperfeiçoar o modelo sancionatório disciplinar.

Verifica-se a necessidade de se pensar nos mecanismos que irão integrar o programa sancionatório que se afigure como um modelo ótimo disciplinar e que possa resultar em maior eficiência na organização dos servidores públicos, culminando na conseqüente melhoria dos serviços prestados aos administrados.

Como já destacado anteriormente, não se apregoa com esse pensamento o banimento da sanção ou a redução de sua importância no sistema disciplinar, e sim uma oportunidade de revisitar o significado do devido processo legal no campo disciplinar, com estudo de mecanismos que formam um programa amplo sancionatório.

Desse modo, serão analisadas abaixo as ferramentas de regulação responsiva, como forma de evitar o cometimento das infrações funcionais e trazer os incentivos corretos para o aprimoramento do servidor público, os mecanismos consensuais introduzidos no sistema disciplinar estadual que possibilitam resolver adequadamente os conflitos em relação às infrações de pequeno e médio potencial ofensivo e estimulam, inclusive, o chamado *self report*⁴⁹ e programas públicos de reportantes.

47 São reiterados os casos de servidores públicos que após obterem afastamentos por longos períodos para tratar de problemas de saúde, passam a exercer atividade remunerada na iniciativa privada em violação ao quanto disposto no artigo 187 da Lei nº 10.261/68, sujeitando-se à penalidade de demissão. O prognóstico do benefício econômico nesses casos supera os riscos da descoberta (na visão dos infratores), pois continuam percebendo integralmente suas remunerações durante o período de licença saúde e ainda auferem renda pelo trabalho junto à iniciativa privada.

48 Esse pensamento de utilização de mecanismos responsivos e outras técnicas dissuasórias antes da utilização das “grandes armas” estão bem apontados por Ian Ayres e John Braithwaite em: AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate.** Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 19-53.

49 O sistema do *self report* já possui larga utilização no direito penal com a delação premiada (Art. 3º-A da Lei nº 12.850/2013, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019), prevendo no artigo 4º a possibilidade de ser concedido pelo juiz o perdão judicial ou a redução

Esses mecanismos podem contribuir com o descortinamento de esquemas de desvios de dinheiro no interior da Administração Pública, viabilizando medidas eficientes de combate à corrupção e desestímulo à prática de condutas desconformes à lei, formando, assim, um conjunto de técnicas de gestão do sistema disciplinar, o que permite deixar a indispensável via punitiva para os casos mais graves.

Para a tomada de decisão pela autoridade acerca de qual mecanismo irá utilizar dentre aqueles vislumbrados no programa sancionatório, revela-se essencial a motivação do ato, para que a escolha não atenda a capricho ou vingança, mas sirva para o atingimento do melhor interesse público⁵⁰, o que somente poderá ser objeto de controle no caso

da pena: “Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados” (BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. *Diário Oficial da União*: edição extra, Brasília, DF, p. 3, 5 ago. 2013). Podem ser também citados os acordos de leniência como o já consagrado programa instituído há longa data pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que traz no seu artigo 86 benefícios para a empresa que trouxer ao conhecimento da autoridade antitruste acerca da existência do cartel, fornecendo provas para o desmantelamento da organização, poderá ser beneficiado com a isenção de responsabilidade administrativa e também penal: “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte” (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 dez. 2011). Não existe instrumento similar no sistema disciplinar paulista, o que pode ser um campo a ser explorado com a previsão de um Acordo de Não Persecução Disciplinar, cuja proposta está sendo veiculada por este articulista na tese de mestrado a ser apresentada perante a Fundação Getúlio Vargas.

50 Nesse sentido, cabe menção ao Artigo 5º, da Lei de Processo Administrativo Estadual: “A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige” (SÃO PAULO, 1998, art. 5º). E na tarefa de bem fundamentar a decisão deve o gestor estar atento não somente ao texto legal, mas igualmente às práticas e costumes administrativos, aos precedentes, inclusive, em relação aos acordos anteriormente firmados, às súmulas administrativas, sob pena de que a escolha pública possa ser invalidada de ofício ou em grau de reconsideração na via administrativa no exercício da autotutela (Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal) ou por meio do controle judicial por força do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (BRASIL, 1988, Art. 5º, inciso XXXV).

de serem exteriorizadas as razões de fato e de direito que deram ensejo àquele ato⁵¹.

Embora seja viável concluir que a competência sancionatória possa ser afastada para que seja utilizada a consensualidade no caso concreto, não se pode olvidar o incremento do ônus argumentativo da autoridade competente com vistas a demonstrar que a medida alternativa melhor atende a finalidade pública, representando a melhor solução para o conflito.

3.1. Administração Pública e a regulação responsiva

A finalidade precípua das sanções disciplinares não é impor uma reprimenda ao servidor público que incidiu em infração funcional, mas servir como um instrumento apto a garantir o regular desenvolvimento do serviço público, com vistas a gerar maior engajamento e sinergia entre a Administração e os agentes públicos.

A propósito, o ideal é que o desenho de um bom programa sancionatório possa servir ao desiderato eminentemente orientativo, colaborativo e dialógico, estabelecendo um sistema de rede entre o Poder Público e aqueles que cumprem a relevante missão institucional de executar as atividades administrativas do Estado.

No caso, a utilização das técnicas responsivas⁵² pode se mostrar extremamente útil na conformação de um adequado programa sancionatório na esfera disciplinar, pois é baseada justamente num escalonamento das medidas que devem ser utilizadas para dissuadir a prática de ilícitos funcionais, manter uma relação de diálogo e conscientização do agente quando o comportamento não estiver de acordo com o ordenamento jurídico, passando pelas medidas consensuais, podendo chegar à adoção das medidas punitivas quando as medidas anteriores não forem suficientes

51 Nesse ponto também a Lei nº 10.177/98 prevê: “A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada” (SÃO PAULO, 1998, art. 9º).

52 Importante destacar que a regulação responsiva foi criada para buscar resolver os problemas que ocorriam entre Regulador e Regulado no campo no contexto da atividade regulatória do Estado, portanto, a utilização da presente teoria para auxiliar na construção de um adequado programa sancionatório se dá a partir de uma adaptação do modelo, considerando as particularidades do sistema disciplinar.

para restabelecer o adequado desempenho das atividades pelo servidor ou quando a conduta praticada for de tal gravidade, que a utilização dos instrumentos menos gravosos não se mostre eficiente e adequada.

A respeito da regulação responsiva vale trazer o destaque de Alice Voronoff, ao mencionar a visão dos idealizadores da teoria (Ian Ayres e John Braithwaite): “Para os autores, o sucesso da regulação nas sociedades atuais, complexas e dinâmicas reside em um sofisticado balanceamento. Nem as medias punitivas e rigorosas seria *per se* eficientes, nem as respostas suaves e persuasivas”⁵³.

Pelas técnicas responsivas se pretende possibilitar ao agente objeto da ação estatal maior capacidade de compreender a dinâmica do funcionamento da máquina pública e poder auxiliar o Poder Público nesta tarefa de planejar e executar as políticas públicas, reduzindo a assimetria informacional entre a Administração Pública e seus agentes, capacitando, no caso do direito disciplinar, os servidores para colaborar para o indene desenvolvimento do serviço público.

De maneira muito simplificada, a regulação responsiva se estrutura a partir de um modelo piramidal, que prevê em sua base medidas de apoio e engajamento, sem conteúdo punitivo, que deve ser seguida como primeira providência, passando-se para as outras camadas, no caso de a anterior não surtir os efeitos esperados, podendo chegar, finalmente, às “armas” mais fortes, que no caso do direito disciplinar seria a aplicação da penalidade.

3.1.1. *Tit-for-tat enforcement* (TFT)

A teoria da regulação responsiva pressupõe a utilização do sistema denominado *tit-for-tat enforcement* (TFT), com utilização de técnicas dialógicas⁵⁴ que conduzam o administrado para o regular comportamento,

53 Como bem observa Alice Voronoff: “a regulação responsiva corresponde a um modelo teórico desenvolvido por Ian Ayres e John Braithwaite na obra *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*, publicada em 1992”. VORONOFF, op. cit., p. 131-132.

54 A Procuradoria de Procedimentos Disciplinares possui a atribuição de prestar orientação técnica sobre a aplicação da lei em matéria disciplinar para as unidades administrativas, conforme inciso VI do artigo 1º da Lei Complementar estadual nº 1.183/2012, mister esse que vem exercendo constantemente com a realização de seminários e palestras para as Secretarias. Já houve ciclos de formação em apuração preliminar na Secretaria de Administração Penitenciária, na Secretaria de Saúde e na Secretaria da Educação, cabendo

mas ao mesmo tempo mantenha, na órbita normativa, a possibilidade de aplicação das medidas mais gravosas, como a efetiva punição e até a aplicação da penalidade expulsória do servidor público.

Nesse sentido, verifica-se a importância de ser estabelecida pela Administração Pública técnicas responsivas no sistema disciplinar que sirvam ao propósito de evitar o cometimento de ilícitos funcionais como alternativa à imposição de sanção.

O efeito de prevenção geral da pena é verificado não somente quando uma sanção é aplicada, mas também pode ter seus reflexos sentidos na vedação legal ao servidor punido de ser beneficiado pelas medidas consensuais, *exempli gratia* com a celebração do termo de ajustamento de conduta e da suspensão condicional da sindicância, o que já se apresenta como um alerta ao servidor para que se conduza corretamente, pois o servidor que estiver impedido de celebrar os acordos substitutivos e vier a ser condenado em sede de sindicância, pode ter como consequência, para além da pena, a interrupção do cômputo do tempo para aquisição de licença-prêmio.

No quadro dos incentivos dispostos pelo ordenamento jurídico para a atuação do agente público em conformidade com a lei e com a eficiência no serviço público, tem-se para alguns cargos a previsão do prêmio de produtividade⁵⁵, dentre outros benefícios/incentivos de caráter funcional, que mesmo sem relação direta com a questão disciplinar propriamente dita, auxiliam no reforço dos estímulos corretos para que o servidor adote boas práticas em sua atividade funcional.

Esses instrumentos legais se apresentam também como mecanismos responsivos para que o servidor permaneça motivado a cumprir adequadamente suas funções e ao mesmo tempo se veja desincentivado

destacar o último ciclo de treinamento ocorrido no ano de 2021, realizado com as 81 diretorias de ensino da Pasta, sob o título: “Procedimentos Disciplinares e Resolução de Conflitos: quebra de Paradigmas Punitivos”. Foram ao todo oito seminários, cada qual abrangendo de 10 a 15 diretorias de ensino, realizado pela plataforma *Microsoft Teams*, que capacitou mais de 1.000 servidores da Secretaria da Educação que trabalham direta ou indiretamente com apuração preliminar em matéria disciplinar.

55 No caso da Procuradoria-Geral do Estado existe o Prêmio de Incentivo à Qualidade e Produtividade – PIQP (LC nº 907/2001).

a perpetrar faltas funcionais, sob o risco de vir a ser punido ou perder direitos e benefícios junto à Administração Pública⁵⁶.

No caso da suspensão condicional da sindicância há destaque para a vedação de que o interessado na formalização do acordo substitutivo esteja ocupando ou venha a ocupar cargo ou função de confiança, o que também evidencia um incentivo escalonado até chegar à aplicação da sanção, pois o melhor cenário é o não cometimento de qualquer irregularidade. Se ocorrer uma falha passível de incidir a consensualidade, sua adesão ao acordo evita a punição, mas representa um óbice à ocupação de cargos e funções de confiança na Administração pelo período de um a dois anos, prazo de cumprimento do acordo, conforme previsto no §5º do artigo 267-N da Lei nº 10.261/1968.

Também deve ser levado em conta como técnica responsiva a conscientização do servidor acerca da importância de manter seu histórico funcional incólume, evitando-se, justamente, dano reputacional, que pode gerar impacto na evolução profissional do servidor ou gerar agravamento da penalidade em caso de reincidência.

As técnicas responsivas podem dar maior efetividade ao lado do clássico ferramental de comando e controle das punições, quando for capaz de inibir condutas desconformes que seriam levadas a efeito pelos servidores, seja pelo receio causado pelo efeito repressivo da pena aplicada a outros servidores, seja pela adesão a acordos substitutivos da pena, gerando o efeito comportamental esperado decorrente da sistemática sancionatória.

Para evitar o cometimento de novas infrações, o conjunto de medidas dispostas no desenho sancionatório deve gerar no agente público o sentimento de que o custo por violar a lei é demasiadamente maior do que o de cumprir o seu comando. Desta feita, quanto melhor for o programa sancionatório, maior será o efeito comportamental inibidor da prática infracional (*deterrence effect*).

56 Interessante proposta foi apresentada na minuta do anteprojeto de Lei de alteração do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo pelo Grupo de Trabalho instituído no âmbito da Procuradoria pela Resolução PGE nº 19/2017, no sentido de que a penalidade de repreensão poderia ser imposta ao servidor, com simples anotação em seu prontuário funcional, porém sem gerar a interrupção do prazo de aquisição da licença-prêmio, medida esta que acabou não compondo o rol de alterações enviadas no PLC 26/2021: “Art. 253 – [...] Parágrafo Único – A repreensão poderá ser aplicada com a nota de que a pena não interrompe o prazo aquisitivo de licença-prêmio, desde que devidamente motivada a decisão”.

3.2. Consensualidade no direito sancionador

O segundo instrumento proposto no contexto de um adequado programa sancionatório é a aplicação de mecanismos consensuais de resolução dos conflitos. Como é cediço, a consensualidade hoje possui centralidade na Administração Pública, apresentando-se como importante instrumento de consecução das políticas públicas e de governança pública na busca de eficiência e efetividade da atividade administrativa.

Sobre o fundamento dos reflexos da consensualidade na eficiência na gestão pública, Juliana Bonacorsi de Palma destaca passagem sempre citada pelos administrativistas de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

É inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a junção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e concedente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais estáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁵⁷

No sistema disciplinar paulista não havia qualquer previsão expressa no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 10.261/1968) ou na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 10.177/1998) autorizando a celebração de acordos substitutivos, ferramental importante de política pública que já havia sido implementado por diversos entes federativos. Cabe destacar que alguns entes optaram pela introdução dos mecanismos consensuais por meio de lei em sentido formal⁵⁸, enquanto outros optaram por fazê-la por atos normativos infralegais⁵⁹.

57 MOREIRA NETO, Novas Tendências da Democracia: consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro, p. 36. Apud PALMA, Juliana Bonacorsi. Atuação Administrativa Consensual – Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador, Tese de dissertação de Mestrado defendida na Universidade São Paulo, 2010, p. 84.

58 Adotaram o instituto do Termo de Ajustamento de Conduta por meio de lei formal o estado de Tocantins por meio da Lei nº 1.818, de 23 de agosto de 2007 e o estado de Santa Catarina por meio da Lei Complementar nº 491, de 20 de janeiro de 2010.

59 Fizeram a opção pela introdução do TAC por meio de ato infralegal a Controladoria-Geral da União, por meio da Instrução Normativa nº 04, de 21 de fevereiro de 2020 e a Advocacia Geral da União por meio da Portaria AGU nº 248, de 10 de agosto de 2018.

É certo que a doutrina já indicava que o artigo 26 da LINDB e também o §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) já poderiam ser utilizados como permissivos genéricos dando fundamentos jurídicos suficientes para a implementação de mecanismos consensuais pelo estado de São Paulo por meio de atos infralegais⁶⁰, o que acabou não ocorrendo, vindo a ser instituídos os mecanismos consensuais no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do estado de São Paulo por meio da aprovação da Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021.

Interessante destacar que houve a criação de três instrumentos consensuais na Lei Complementar nº 10.261/1968⁶¹, quais sejam: as práticas autocompositivas, o termo de ajustamento de conduta e a suspensão condicional da sindicância, o que mostra a abrangência do desenho de consensualidade pensado para o sistema disciplinar paulista.

A propósito, verifica-se que a efetiva utilização desses mecanismos consensuais importará em impacto extremamente positivo no sistema disciplinar estadual, contribuindo significativamente na construção de um programa sancionatório estadual.

A análise mais aprofundada dos mecanismos consensuais em espécie criados pela Lei Complementar Estadual nº 1.361/2021 não se mostra possível, tendo em vista o delimitado objeto deste estudo, que não tem por finalidade estudar os instrumentos em si e sim apontar a relevância deles para a composição de um programa sancionatório, razão pela qual apenas serão feitas menções acerca das aplicações de cada um dos mecanismos recém-criados.

As práticas autocompositivas estão voltadas, notadamente, para os casos envolvendo conflitos interpessoais, abarcando diversos modais, como a mediação, a justiça restaurativa, e a conciliação, porém, essas medidas ainda demandam, para sua efetiva implementação, a elaboração de decreto regulamentar.

60 No estado de São Paulo também poderia ser mencionado o Decreto nº 52.201/2007 como um permissivo genérico para viabilizar a realização de acordos na seara disciplinar. Tendo em vista que a análise mais aprofundada deste argumento fugiria do objeto do presente artigo, sugere-se para tal finalidade a leitura do artigo de Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma: GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB – novo regime jurídico de negociação com a administração pública. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018, p. 140.

61 Os mecanismos consensuais na Lei nº 10.261/68 se encontram disciplinados, basicamente, do artigo 267-A ao 267-P.

Por sua vez, o termo de ajustamento de conduta (TAC) foi concebido para ser utilizado na origem, pelas Secretarias e Autarquias para a resolução dos conflitos envolvendo condutas culposas, em especial aquelas que importam em dano ao erário ou resultem em extravio de bens, cujas penalidades sejam de repreensão ou suspensão, isto é, para as infrações de mera violação de deveres e faltas graves.

Já em relação à suspensão condicional da sindicância que abrange as condutas dolosas e culposas passíveis de aplicação de sanção de repreensão e de suspensão até noventa dias, essa medida permite abranger um maior número de situações em relação ao TAC que só permite condutas culposas.

A utilização da consensualidade em detrimento da via punitiva, com celebração de acordos substitutivos bem desenhados e que imponha pertinentes obrigações aos servidores celebrantes é *conditio sine qua non* para o sucesso do programa sancionatório vislumbrado para o estado de São Paulo.

3.3. Programa de reportantes (*Whistleblowing*)

No direito estrangeiro, já existe de longa data uma cultura de estimular que administrados reportem⁶² para o Poder Público falhas ou ilícitos perpetrados por agentes públicos no seio das instituições, havendo incentivos, inclusive, financeiros para que o particular colabore com a elucidação de esquemas de corrupção, normalmente sendo fixado um percentual de recompensa sobre o montante que for restituído ao erário a partir da notícia e das provas apresentadas.

Diversamente do que ocorre nos casos de delação premiada ou nos programas de leniência existentes no ordenamento jurídico brasileiro, no caso do programa de reportantes, o informante não faz parte de nenhuma irregularidade, seja ela penal ou administrativa, mas dela tem conhecimento e por essa razão pode colaborar com a Administração Pública.

62 Conforme ensina Irene Nohara, a “Expressão inglesa que literalmente significa ‘assoprador de apito’, em alusão à postura antiga da polícia na Inglaterra que usava o apito para acusar em público uma prática delituosa e chamar a atenção da sociedade” (NOHARA, Irene. O que é whistleblower. *Direito Administrativo*, São Paulo, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/o-que-e-whistleblower/>. Acesso em: 03 mar. 2022).

Sobre o instituto houve expressa previsão na Lei Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019) que alterou o artigo 15 da Lei Federal nº 13.608/2018 dispondo sobre a figura do reportante:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas autarquias e fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista manterão unidade de ouvidoria ou correição, para assegurar a qualquer pessoa o direito de relatar informações sobre crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos ou quaisquer ações ou omissões lesivas ao interesse público.

Parágrafo único. Considerado razoável o relato pela unidade de ouvidoria ou correição e procedido o encaminhamento para apuração, ao informante serão asseguradas proteção integral contra retaliações e isenção de responsabilização civil ou penal em relação ao relato, exceto se o informante tiver apresentado, de modo consciente, informações ou provas falsas.⁶³

Na linha dos incentivos corretos visando fomentar a adesão dos administrados ao instituto, há previsão de isenção da responsabilização na seara penal ou cível por parte do informante, proteção como regra de sua identidade, que só será revelada em caso de relevante interesse público ou interesse concreto para apuração dos fatos, havendo, ainda, incentivo financeiro com a previsão de que o colaborador, no caso de recuperação do produto do crime contra a administração pública, em decorrência das informações por ele prestadas, poderá ter fixada em seu favor, recompensa de até 5% do valor recuperado.

Trata-se de relevante ferramental previsto pela Lei para que a Administração Pública possa frear atividades ilícitas perpetradas nas organizações estatais, bem como possa viabilizar a recuperação dos valores pecuniários desviados dos cofres públicos.

Se de um lado o Poder Público deve buscar implementar técnicas de regulação responsiva visando o importante efeito dissuasório, bem como fortalecer o espaço de consensualidade para a resolução consensual dos conflitos, por outro deve fechar o cerco aos infratores,

63 BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-7, 24 dez. 2019, p. 7.

fomentando programas de reportantes e de *self report* de modo que os riscos da punição se evidenciem para o infrator em maior peso em relação aos possíveis benefícios decorrentes de sua violação.

Há no direito disciplinar previsão legal do dever do servidor⁶⁴ de representar aos superiores hierárquicos qualquer irregularidade de que tenha conhecimento no exercício da função, sob pena de incidir em violação funcional.

Todavia, muitas vezes o agente público tem receio de representar um colega ou seu superior hierárquico por medo de sofrer represálias ou perseguições⁶⁵, não havendo previsão legal de alguma espécie de proteção ao servidor que cumpre com seu dever de reportar para o Poder Público, o que precisa ser repensado para estimular melhores práticas.

64 Na Lei nº 10.261/1968 o artigo 241 estatui os deveres dos servidores públicos do estado de São Paulo, prevendo no inciso V: “representar aos superiores sobre todas as irregularidades de que tiver conhecimento no exercício de suas funções;” (SÃO PAULO, 1968, art. 241, inc. V). No âmbito federal a Lei nº 8.112/90 estabelece no inciso VI do artigo 116: “levar as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo ao conhecimento da autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, ao conhecimento de outra autoridade competente para apuração;” (BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991, art. 116, inc. VI).

65 Nesse sentido, bem lembrado por Juliana Bonacorsi de Palma o caso envolvendo a máfia dos fiscais do ICMS: “Em 2015, fiscal de rendas do Estado de São Paulo relatou ao Ministério Público a Máfia do ICMS. Trata-se de um esquema de corrupção maduro estruturado desde 2003 na Secretaria da Fazenda paulista envolvendo ao menos 12 agentes fiscais. A soma dos desvios é multimilionária – em apenas uma empresa, o suborno chegou ao valor aproximado de R\$ 17 milhões entre 2006 e 2013. Em síntese, fiscais reduzem significativamente o valor da multa pela inadimplência de pagamento do tributo – desproporcionalmente fixada – em troca de propina. Apenas através do relato do fiscal reportante pôde ser deflagrada a Operação Zinabre, que culminou na acusação pelo Ministério Público dos suspeitos e já levou ao sequestro de mais de 90 imóveis e bloqueio de contas. Porém, não são apenas os fiscais da Máfia do ICMS que respondem a processo: também o próprio reportante responde a processo administrativo disciplinar instaurado pela Secretaria da Fazenda. Acusa-se quebra do sigilo fiscal, pois teria repassado informações sigilosas a terceiros, já que as provas apresentadas foram obtidas no sistema interno do órgão. [...] O reportante impetrou mandado de segurança que foi denegado em primeira instância, porém revertido em grau de apelação pelo TJ-SP, em abril de 2019 que determinou o trancamento do processo administrativo disciplinar.” (PALMA, Juliana Bonacorsi. O Brasil precisa de um programa público de reportantes contra a corrupção? Juridicidade e proteção para relatos envolvendo o poder público. *In*: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (coord.). *Direito administrativo e corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 179).

No âmbito do Estatuto dos Servidores Públicos Federais há previsão expressa no artigo 126-A, com redação dada pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), isentando de responsabilização civil, penal ou administrativa o servidor que der ciência à autoridade superior para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício do cargo, emprego ou função pública⁶⁶.

Como se vê da norma federal, há importante tutela do servidor reportante relativa aos crimes e atos de improbidades reportados, o que não se verifica na legislação bandeirante. Não obstante, mesmo na Lei nº 8.112/1990, não houve extensão da mesma proteção ao servidor que reporta infração funcional praticada por outro servidor ou por superior hierárquico, o que poderia ter reforçado o sistema de incentivos para os reportantes públicos.

No âmbito do estado de São Paulo, a previsão de um programa público de reportantes poderia representar em ganhos ao programa sancionatório, uma vez que permite aos servidores reportantes se afastarem da ilegalidade e trazer à luz esquemas perversos de desvios de dinheiro público, incrementando os riscos e os incentivos negativos para aqueles que pretendam se locupletar às custas do estado.

4. CONCLUSÃO

No presente estudo, o devido processo legal foi analisado em sua perspectiva tradicional de proteção dos administrados face ao poder estatal, sem perder de vista que a noção do que se concebe por processo justo demanda a previsão de ferramentas mais amplas aos gestores públicos para aplicar as medidas corretas para cada situação concreta.

A ideia de procurar uma resignificação dos contornos do direito administrativo sancionador não parte de preconceções meramente terminológicas, mas da necessidade de definir contornos mais precisos acerca dos princípios aplicáveis ao direito disciplinar, estabelecer um programa sancionador adequado que considere a identidade desse ramo do direito e um conjunto de mecanismos capazes de sustentar o desenvolvimento desse desenho sancionatório.

66 BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1-4, 18 nov. 2011.

Quando da análise da racionalidade do direito sancionador, foram apontadas como medidas que podem ser implementadas para um adequado programa sancionatório: i) *das técnicas responsivas*; ii) *dos mecanismos consensuais*; iii) *das medidas tradicionais de imposição de pena*; iv) *dos programas de reportantes*, considerando que o ótimo desenho sancionatório pressupõe a utilização coordenada desses mecanismos.

O Poder Público tem capacidade institucional para alavancar a cooperação quando dispõe de uma escalada de meios intimidatórios, a serem manejados de forma responsiva⁶⁷, restando o imperativo de formulação de políticas públicas voltadas à melhoria efetiva da organização e desenvolvimento do serviço público para potencializar os resultados esperados.

Com efeito, a Procuradoria-Geral do Estado, após a aprovação das medidas consensuais previstas na Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, assume uma posição ainda maior de centralidade na promoção de políticas públicas na seara disciplinar, cabendo atuar em coordenação com as Secretarias e Autarquias para que o sistema sancionatório paulista possa estar na vanguarda do direito disciplinar.

Na parte dialógica e orientativa é essencial que se dê continuidade aos programas de capacitação dos servidores estaduais que atuam com apuração preliminar, com ampliação dos destinatários e disponibilização das ferramentas necessárias para aplicar as novas medidas pensadas sob o enfoque de um novo desenho sancionatório.

No campo normativo verifica-se a importância de que sejam regulamentadas por meio de Decreto estadual as práticas autocompositivas, para que os mecanismos consensuais possam ser integralmente implementados⁶⁸, buscando aproveitar o entusiasmo das Secretarias e Autarquias com a edição das alterações legislativas.

67 AYRES; BRAITHWAITE apud VORONOFF, op. cit., p. 144.

68 Conforme já destacado no item 3.2., o termo de ajustamento de conduta (TAC) e a suspensão condicional da sindicância (SUSCONSIND) possuem aplicabilidade imediata, diversamente das práticas restaurativas, cuja implementação depende de regulamentação por decreto, por expressa exigência legal constante do artigo 267-B, da Lei nº 10.261/68.

Com vistas a atender adequadamente os desafios que foram trazidos a partir da introdução dos novos mecanismos consensuais no estado de São Paulo, será muito importante coragem para aplicar os institutos e para experimentar novos modelos, com responsabilidade e inovação no ordenamento jurídico na esfera disciplinar estadual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation**: transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt. **Do poder disciplinar na administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 13635, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 19 abr. 1991.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-4, 18 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 1 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. **Diário Oficial da União**: edição extra, Brasília, DF, p. 3, 5 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1-7, 24 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 26 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.975**. Lei 8.112/90. Afronta ao artigo 5º, XLVII, “b”, da Constituição da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2159610>. Acesso em: 21 jun. 2022.

CARINGELLA, Francesco. **Manuale di diritto amministrativo**. 4. ed. Roma: Dike Giuridica Editrice, 2011.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da administração pública**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FRATINI, Inácio de Loiola Mantovani. As hipóteses de demissão simples e de demissão agravada à luz da Lei nº 10.261/68 e a incompatibilidade com o serviço público. Critérios para a mitigação da pena legalmente prevista. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, Procedimentos Disciplinares, n. 85, p. 231-259, 2017.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi. Art. 26 da LINDB – novo regime jurídico de negociação com a administração pública. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição especial, p. 135-169, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOHARA, Irene. O que é whistleblower. **Direito Administrativo**, São Paulo, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/o-que-e-whistleblower/>. Acesso em: 25 maio 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, São Paulo, 4 jun. 2019, p. 1-23. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Atuação Administrativa Consensual – Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**, Tese de dissertação de Mestrado defendida na Universidade São Paulo, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Identidade das sanções administrativas nas concessões de serviço público. *In*: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze (coord.). **Experiências práticas em**

concessões e PPP: estudo em homenagem aos 25 anos da lei de concessões. São Paulo: Quartier Latin, 2021. v. 1, p. 425-457.

PALMA, Juliana Bonacorsi. O Brasil precisa de um programa público de reportantes contra a corrupção? Juridicidade e proteção para relatos envolvendo o poder público. *In*: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (coord.). **Direito administrativo e corrupção.** Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 179-212.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SÃO PAULO. [Constituição (1989)]. **Constituição Estadual de 5 de outubro de 1989.** São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, [2021]. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 22 jun. 2022.

SÃO PAULO. Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública estadual. **Diário Oficial do Estado de São Paulo:** seção 1, São Paulo, v. 108, n. 248, p. 3-4, 31 dez. 1998.

SÃO PAULO. Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968. Dispõe sobre o estatuto dos funcionários públicos civis do estado. **Diário Oficial do Estado de São Paulo:** seção 1, São Paulo, ano 78, n. 206, p. 2, 29 out. 1968.

SÃO PAULO. **Parecer PA nº 39/2013.** Servidor Trabalhista. Procedimento disciplinar. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 2013.

VORONOFF, Alice Bernardo. **Direito administrativo sancionador no Brasil: Justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.